

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 141 (2022)

**Artikel:** L'influence de la CEDH en droit civil : aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille

**Autor:** Papaux van Delden, Marie-Laure

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1052952>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 03.04.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# L'influence de la CEDH en droit civil: aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille

MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN\*

---

\* Professeure ordinaire au Département de droit civil, Faculté de droit, Université de Genève. L'auteure remercie vivement la Professeure MICHELLE COTTIER, pour ses commentaires essentiels, ainsi que Mmes ALBERTINE NECKER, JUSTINE JACQUEMOUD et LEILA ENA pour l'aide précieuse apportée lors des recherches pour le présent texte, ainsi que Mme SOLENN JOMINI pour ses recherches, doublées de sa relecture attentive.



## Table des matières

A.	Introduction . . . . .	158
B.	Relations entre la CEDH et le droit civil . . . . .	159
I.	Caractéristiques de la CEDH et du droit civil . . . . .	160
II.	Contrôle de la conventionnalité du droit civil . . . . .	161
1.	Anticipation et résolution des conflits entre la CEDH et le droit civil . . . . .	162
2.	Primauté absolue de la CEDH . . . . .	163
III.	Applicabilité horizontale de la CEDH . . . . .	165
1.	Réalisation des droits fondamentaux . . . . .	165
2.	Obligations positives à la charge des Etats parties . . . . .	167
C.	Contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH . . . . .	169
I.	Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) . . . . .	170
1.	Obligations tant négatives que positives . . . . .	171
2.	Intérêt supérieur de l'enfant . . . . .	172
3.	Notions de «vie privée et familiale» . . . . .	174
a.	Contours de la «vie familiale» . . . . .	175
b.	Contours de la «vie privée» . . . . .	179
4.	Liens entre les art. 8 et 12 CEDH . . . . .	182
5.	Obligations procédurales . . . . .	183
II.	Droit au mariage et droit de fonder une famille (art. 12 CEDH) . . . . .	185
1.	Droit au mariage . . . . .	186
a.	Absence d'un droit au divorce . . . . .	186
b.	Sexe des conjoints . . . . .	187
2.	Droit de fonder une famille . . . . .	188
3.	Limitations . . . . .	189
III.	Interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH) . . . . .	191
1.	Portée autonome à défaut d'existence indépendante . . . . .	191
2.	Critères de distinction topiques en droit civil . . . . .	192
a.	Naissance . . . . .	194
b.	Sexe et orientation sexuelle . . . . .	195
D.	Aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH . . . . .	196
I.	Mariage . . . . .	196
1.	Démariage et remariage . . . . .	197
2.	Limitations au droit de se marier . . . . .	197
a.	Empêchement au mariage . . . . .	197
b.	Mariages fictifs . . . . .	198
aa.	Enseignements tirés des art. 12 et 8 CEDH . . . . .	199
bb.	Obstacles en droit civil au mariage des étrangers . . . . .	199
II.	Droit de la filiation . . . . .	202
1.	Filiation biologique . . . . .	204
2.	Etablissement de la filiation hors adoption . . . . .	206
a.	Etablissement de la filiation maternelle . . . . .	206
b.	Etablissement de la filiation paternelle . . . . .	207
c.	Cas particuliers . . . . .	209
aa.	Enfant mort-né . . . . .	209
bb.	Accouchement confidentiel et boîte à bébé . . . . .	210
cc.	Cessation de la présomption de paternité . . . . .	212
3.	Contestation de la filiation hors adoption . . . . .	212

a.	Conditions pour agir en contestation de la filiation . . . . .	213
b.	Restitution des délais . . . . .	215
4.	Adoption . . . . .	218
a.	Consentements à l'adoption . . . . .	220
aa.	Consentement et maintien des relations personnelles . . . . .	221
bb.	Renoncement au consentement . . . . .	223
b.	Adoption dans le cadre d'une union de partenaires de même sexe . . . . .	225
c.	Adoption dans le cadre d'une union informelle . . . . .	226
d.	Adoption par une personne seule . . . . .	228
e.	Reconnaissance de l'adoption . . . . .	228
5.	Procréation médicalement assistée . . . . .	229
a.	Aspects choisis sous l'angle de la LPMA et de la CEDH . . . . .	230
b.	Gestation pour autrui . . . . .	233
6.	Droits parentaux . . . . .	238
a.	Autorité parentale . . . . .	238
b.	Enlèvement international d'enfants . . . . .	241
aa.	But de la CLaH80 . . . . .	241
bb.	Enseignements tirés de l'art. 8 CEDH . . . . .	242
cc.	Analyse de la jurisprudence fédérale à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH . . . . .	246
III.	Nom . . . . .	248
1.	Historique du droit du nom à la lumière de la CEDH . . . . .	248
2.	Nom des époux . . . . .	250
3.	Nom de l'enfant . . . . .	252
a.	Désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant . . . . .	253
b.	Choix du prénom . . . . .	253
c.	Changement de prénom . . . . .	254
E.	Conclusion . . . . .	255
F.	Bibliographie . . . . .	258

## A. Introduction

L'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, appelée communément Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), en droit civil implique le droit international et le droit interne, le droit public et le droit privé, entraînant un phénomène d'osmose entre ces domaines du droit, traditionnellement différents. Ces thèmes ne sont pas dociles à traiter, chacun étant en partie conflictuel, qu'il s'agisse de la personne, dont l'épanouissement dans les relations interindividuelles est appelé à être garanti par l'Etat, la famille, en constante mutation, ou les droits humains, dont l'invocation permanente peut également être source d'ambiguïtés<sup>1</sup>. Les mises en garde étant posées, la CEDH constitue l'instrument le plus emblématique

<sup>1</sup> Dans ce sens déjà: PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

du point de vue de la conception de la famille, de ses fondements et de son organisation.

Le sujet relatif à l'influence de la CEDH en droit civil, même circonscrit au droit des personnes physiques et de la famille, oblige à cerner les domaines analysés, en raison de l'importance de cet impact. Les droits fondamentaux consacrés par la CEDH exigent également d'opérer un choix. S'agissant de la personne et de la famille, l'art. 8 CEDH consacré au droit au respect de la vie privée et familiale est la disposition cardinale. C'est elle qui retiendra particulièrement l'attention.

La première partie sera consacrée aux relations entre la CEDH et le droit civil (B.), afin d'en circonscrire les caractéristiques (I.), avant d'analyser les mécanismes du contrôle de la conventionnalité du droit civil (II.) et de l'applicabilité horizontale de la CEDH (III.). La deuxième partie permettra de définir le contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH (C.), soit du droit au respect de la vie privée et familiale (I.), du droit au mariage et du droit de fonder une famille (II.), en lien avec l'interdiction de la discrimination (III.), dont l'impact est cardinal en particulier en relation avec la diversité des constellations familiales. La troisième partie consistera à analyser des aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH (D.), à savoir le mariage (I.), le droit de la filiation (II.) et le nom (III.), étant précisé que la densité de la matière nous a amenées à privilégier des exemples hors de ces matières dans la première partie. Il sera temps de proposer une conclusion (E.).

## **B. Relations entre la CEDH et le droit civil**

Les relations entre la CEDH et le droit civil mettent en lien les droits fondamentaux, élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes, et, tout particulièrement au sein du droit civil, le droit de la famille, droit du statut et pilier culturel de chaque société; il y a une contradiction entre le caractère universel, inné des droits humains, et la relativité des droits de la famille, celle-ci étant un concept de droit par essence artificiel, qui varie en fonction du domaine du droit dans un même système juridique. Déjà en 2006 le constat était le suivant: «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>. En 2022, le droit des familles, compte tenu de la diversité des modèles familiaux, met à

---

2 PAPAUX VAN DELDEN, *Droits*, p. 378 s. Sur ce standard minimum et les tensions y relatives: PFIFFNER/BOLLINGER, N 7 s.

l'épreuve régulièrement la sagacité de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)<sup>3</sup>.

Pour déterminer l'influence de la CEDH en droit civil, les caractéristiques tant de la CEDH que du droit civil seront mises en évidence (I.), puis les contours du contrôle de la conventionnalité du droit civil (II.) permettront de traiter de l'applicabilité horizontale de la CEDH (III.), déterminante pour ses effets en droit civil.

## I. Caractéristiques de la CEDH et du droit civil

La CEDH est un instrument de garantie et de promotion des droits fondamentaux mis en place dans le cadre du Conseil de l'Europe, signée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953. La Suisse est devenue membre du Conseil de l'Europe le 6 mai 1963 et a ratifié la CEDH le 28 novembre 1974, date de son entrée en vigueur<sup>4</sup>. La CEDH garantit, d'une part, des libertés classiques, appartenant traditionnellement à la première génération de droits fondamentaux, telles que le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) et le droit au mariage (art. 12) et, d'autre part, des garanties de l'Etat de droit comme le principe de non-discrimination consacré à l'art. 14 CEDH, applicable dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention<sup>5</sup>.

Les dispositions de la CEDH se caractérisent par le fait qu'elles sont directement applicables et peuvent en conséquence être invoquées par les particuliers devant les tribunaux; il est admis que leur contenu est suffisamment clair et déterminé pour être le fondement d'une décision judiciaire concrète<sup>6</sup>. Le Tribunal fédéral (TF) n'examine toutefois la violation de droits fondamentaux que si ce grief est invoqué et motivé par le recourant conformément à l'art. 106 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)<sup>7</sup>.

---

3 GUILLOD/BURGAT ont renommé leur ouvrage «Droit des familles», cf. N 47 sur l'influence croissante de la jurisprudence de la CourEDH; STEGMÜLLER, N 233, relève que la notion de famille soutenant les systèmes de filiation des pays européens a passé en quelques décennies de la famille nucléaire à une pluralité de familles. Sur l'apport essentiel de la jurisprudence de Strasbourg en droit suisse de la filiation: MEIER/STETTLER, N 10 et réf. note 42.

4 RS 0.101 (RO 1974 2148, 2151; FF 1974 I 1020). HOTTELIER, RTDH 2015, p. 552 ss; sur l'intégration «paisible» de la CEDH à l'orée des années 2000 en droit suisse: RIVIÈRE.

5 Le Protocole n° 12, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005, généralise l'interdiction de la discrimination. Il n'est pas ratifié par la Suisse, laquelle a ratifié la plupart des Protocoles additionnels à la Convention, sous réserve, en sus du Protocole n° 12, du Protocole n° 1 relatif à la protection de la propriété privée, au droit à l'instruction et au droit à des élections libres, et du Protocole n° 4 garantissant l'interdiction de l'emprisonnement pour dette, la liberté de circulation et l'interdiction de l'expulsion des nationaux et des expulsions collectives d'étrangers.

6 MALINVERNI *et al.* II, N 93 *in fine*. Sur l'invocabilité d'une norme de droit international par les particuliers en droit interne: CR Cst.-BESSON, art. 5 N 163 ss.

7 RS 173.110; LTF du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et sa version révisée au 1<sup>er</sup> juillet 2022. HERTIG RANDALL, p. 119. En détail sur cette obligation: AEMISEGGER, N 42 ss.

La CEDH a pour particularité de mettre en place une instance judiciaire internationale, la CourEDH, ouverte également aux particuliers (art. 34 CEDH), ce qui a permis aux droits conventionnels de gagner une importance et un impact inégalables. Le caractère contraignant des arrêts de Strasbourg a un caractère révolutionnaire en droit international. En ratifiant la Convention, la Suisse s'est ainsi engagée, non seulement à garantir les droits et libertés fondamentales consacrés, mais également à se soumettre au mécanisme de mise en œuvre institué, ce qui implique l'application et le respect de la jurisprudence de la CourEDH par l'ensemble des autorités suisses, dont les tribunaux. A l'autorité de la chose jugée des arrêts condamnant la Suisse s'ajoute l'autorité de la chose interprétée, qui la lie également<sup>8</sup>. Dans ce sens, les ACEDH ont un effet *erga omnes*<sup>9</sup>; de l'application de la jurisprudence de la CourEDH, laquelle définit le sens et la portée de chaque droit de manière autonome, émerge un véritable «droit européen de la famille»<sup>10</sup>.

La légitimité du mécanisme conventionnel a encore été renforcée par le rejet le 25 novembre 2018 par le peuple et l'ensemble des cantons de l'initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)»<sup>11</sup>. Il s'agit du mécanisme au monde le plus efficace de garantie des droits fondamentaux.

La caractéristique de la législation en matière de droit civil est de relever de la compétence de la Confédération conformément à l'art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.)<sup>12</sup>. Le droit des personnes physiques et de la famille est ainsi régi par des normes fédérales, essentiellement issues du Code civil (CC), sous réserve de lois spécifiques, comme la loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA)<sup>13</sup>, laquelle trouve son fondement constitutionnel à l'art. 119 Cst. Ces lois fédérales sont mises en œuvre par des Ordonnances, dont l'Ordonnance sur l'état civil (OEC)<sup>14</sup>.

## II. Contrôle de la conventionnalité du droit civil

La Suisse suit la tradition moniste, laquelle admet la validité immédiate du droit international en droit interne<sup>15</sup>. Le principe de la primauté du droit international

---

8 Par ex.: ATF 136 III 168, c. 3.3.2, JdT 2010 I 335, le TF faisant application de la jurisprudence rendue dans l'ACEDH, Ünal Tekeli c. Turquie du 16 novembre 2004, n° 29865/96, Recueil 2004-X.

9 PFIFFNER/BOLLINGER, N 20 et réf. note 50.

10 WITTINGER, p. 84 ss. Voir également: GUILLOD/BURGAT, N 47 *in fine*, européenisation jugée timide; PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

11 FF 2019 5651; FF 2017 5027. Dans ce sens: MALINVERNI *et al.* II, N 97 *in fine*.

12 RS 101; Cst. du 18 avril 1999, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

13 Respectivement RS 210; CC du 10 décembre 1907, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912 et RS 810.11; LPMA du 18 décembre 1998, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

14 RS 211.112.2; OEC du 28 avril 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004.

15 CR Cst.-BESSON, art. 5 N 151 s. et 173 ss; AEMISEGGER, N 1; COTTIER, Impulsions, p. 136.

est ancré à l'art. 5 al. 4 Cst.: au titre de principe de l'activité de l'Etat régi par le droit, la Confédération et les cantons respectent le droit international.

L'art. 190 Cst. ajoute que le TF et toutes autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international<sup>16</sup>. La conformité des lois fédérales à la Constitution fédérale n'est ainsi pas examinée par les autorités judiciaires et administratives et il faut admettre que les dispositions fédérales doivent être appliquées même si elles sont contraires à la Constitution<sup>17</sup>. L'art. 190 Cst. commande toutefois également que le TF applique le droit international et en conséquence la jurisprudence de la CourEDH; les droits et libertés garantis par la CEDH, le sont en effet tels qu'interprétés par les juges de Strasbourg<sup>18</sup>. L'art. 190 Cst. ne règle cependant pas la question du conflit entre la CEDH et le droit fédéral, dont le droit civil; il se borne à préciser que tous deux doivent être appliqués.

### *1. Anticipation et résolution des conflits entre la CEDH et le droit civil*

Après avoir suivi une approche radicale de l'art. 190 Cst., prônant l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, le principe de l'interprétation conforme à la Constitution et au droit international a été admis<sup>19</sup>. Il implique que les juges examinent la loi et donnent systématiquement la préférence à l'interprétation favorable au respect des textes supérieurs. Il ne s'agit pas d'une règle destinée à résoudre les conflits mais à les prévenir, dont le fondement se trouve à l'art. 5 al. 4 Cst.<sup>20</sup>.

Une étape supplémentaire est franchie lorsque le TF s'autorise à constater qu'une loi fédérale viole la Constitution ou un traité international<sup>21</sup>. La sanction ne lui appartient pas encore, mais le constat lui permet d'inviter le législateur à réagir<sup>22</sup>. Enfin, en 1993, le TF reconnaît qu'une loi fédérale contraire à une convention internationale, alors que le principe de l'interprétation conforme a atteint ses limites, car celle-ci est impossible, ne doit pas être appliquée<sup>23</sup>.

---

16 Sur les notions de lois fédérales, soit des actes législatifs, et du droit international au sens de l'art. 190 Cst.: MALINVERNI *et al.* I, resp. N 1951 ss et 1955 ss. Sur l'«immunisation» des lois fédérales: DUBEY, N 926.

17 MALINVERNI *et al.* I, N 1943, voir toutefois N 1974 où les auteur.e.s concluent sous l'effet conjugué de la primauté du droit international et du renforcement de la garantie internationale des droits fondamentaux que le juge peut également examiner la constitutionnalité des lois fédérales.

18 Cf. ATF 139 I 16, JdT 2013 I 167.

19 ATF 130 I 96. L'ATF 95 I 330 a introduit le principe de l'interprétation conforme à la Constitution. Sur l'évolution par étapes de l'interprétation de l'art. 190 Cst., avec pour effet d'en restreindre considérablement la portée: MALINVERNI *et al.* I, N 1961 ss. Voir également: CR Cst.-MARTENET, art. 190 N 49 ss.

20 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010, p. 2108.

21 ATF 144 I 126, JdT 2018 I 191; ATF 140 I 353, JdT 2015 I 39; ATF 140 I 305; ATF 117 Ib 367, JdT 1993 I 273 inaugurant cette nouvelle étape.

22 ATF 144 II 147; ATF 141 II 280; ATF 136 III 168, JdT 2010 I 335.

23 ATF 119 V 171, SJ 1994 113.

La protection issue du droit international, et tout particulièrement de la CEDH, est ainsi d'autant plus importante. Les tribunaux doivent en effet contrôler la conformité de lois fédérales à la CEDH, contrôle dit de «conventionnalité»<sup>24</sup>; lorsque la loi entraîne une violation d'un droit fondamental garanti par la CEDH, ils doivent en refuser l'application<sup>25</sup>. Le TF fait preuve d'une extrême retenue en droit civil, et son contrôle est en conséquence parfois imparfait<sup>26</sup>. N'en demeure pas moins que la primauté du droit international sur le droit interne, consacrée à l'art. 5 al. 4 Cst., l'emporte.

De surcroît, la CourEDH contrôle la conformité à la CEDH des arrêts du TF sans restriction<sup>27</sup>; elle peut être amenée à constater que les dispositions légales du droit civil ne sont pas en harmonie avec la Convention<sup>28</sup>.

## 2. *Primauté absolue de la CEDH*

Une controverse a longtemps subsisté sur le point de savoir si une loi postérieure à un traité international, édictée volontairement et en toute connaissance de cause alors qu'elle est incompatible avec ledit traité, peut primer le droit international. Le TF l'a en effet admis en 1973 dans son arrêt Schubert<sup>29</sup>. En 1999, dans l'arrêt PKK, il établit toutefois l'obligation de principe de refuser d'appliquer une loi qui ne respecte pas un traité international visant

---

24 MALINVERNI *et al.* I, N 1970. Voir TF, 9C\_617/2011 du 4 mai 2012, pour l'application d'une loi anticonstitutionnelle, non modifiée par le législateur, et jugée à tort ne tombant pas sous le champ de la CEDH par le TF, suivi de l'ACEDH, B. c. Suisse du 20 octobre 2020, n° 78630/12, condamnant la Suisse pour violation des art. 14 et 8 CEDH étant donné la cessation, à la majorité du dernier enfant, du paiement de la rente de parent veuf s'occupant à plein temps des enfants, lorsque le bénéficiaire est un homme; l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre.

25 ATF 128 III 113, c. 3, JdT 2002 I 443. DUBEY, N 946.

26 ATF 129 III 656, SJ 2004 I 108, JdT 2004 I 264, à l'origine de l'ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, cf. HOTTELIER, Jusletter 2008, N 17. Voir également: ATF 128 III 113, c. 3, JdT 2002 I 443. Sur les rapports entre le droit civil et la CEDH: PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 3 ss; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 266 ss. Sur la retenue du TF: COTTIER/WYTTEBACH, p. 106, relevant le caractère plus innovant des tribunaux cantonaux.

27 ACEDH, B. c. Suisse du 20 octobre 2020, n° 78630/12 (renvoyé devant la Grande Chambre), § 76, le contrôle de la CourEDH n'est pas limité par l'art. 190 Cst. invoqué par le TF, cf. 9C\_617/2011 du 4 mai 2012, c. 2.1 et 3.5; ACEDH, Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06, § 50 *in fine* où la CourEDH, suite au retranchement du TF derrière la Constitution, précise: «[c]eci ne change toutefois en rien la responsabilité internationale de la Suisse au titre de la Convention». AEMISEGGER, N 97, plaide pour une meilleure harmonisation du droit procédural suisse avec la procédure devant la CourEDH.

28 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 87, l'art. 267 al. 2 CC contrevenant à la notion de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH lorsqu'il a pour effet de rompre le lien de filiation maternelle en raison de l'adoption par le compagnon de la fille de sa compagne, cf. *infra* D.II.4.c; ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 40, l'art. 150 aCC violant l'art. 12 CEDH, cf. *infra* D.I.1.; ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, l'art. 160 aCC violant l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, cf. GEORGIN; HOTTELIER *et al.*, p. 73 ss et 316 ss, *infra* D.III.1.

29 ATF 99 Ib 39, c. 3 s. ALFIERI, p. 30 ss.

à protéger les droits humains<sup>30</sup>. Cette jurisprudence a depuis été confirmée<sup>31</sup>. Elle est de surcroît renforcée par le rejet de l’initiative «pour l’autodétermination» le 25 novembre 2018 et par l’adoption de l’art. 122 let. a LTF<sup>32</sup>. Cette disposition prévoit que la révision d’un arrêt du TF pour violation de la CEDH peut être demandée lorsque la CourEDH a constaté, dans un arrêt définitif, une violation de la CEDH et de ses Protocoles<sup>33</sup>; l’entrée en vigueur de la modification de la LTF au 1<sup>er</sup> juillet 2022 ouvre la révision d’un ATF lorsque le gouvernement suisse a reconnu une violation de la CEDH devant la CourEDH et que le cas a été conclu par un règlement amiable, sans exiger en conséquence une condamnation de la Suisse (cf. art. 122 let. a nLTF). L’art. 122 LTF interdit en conséquence au juge d’appliquer une loi fédérale si la CourEDH a constaté une violation de la CEDH ou si celle-ci a été admise, sans que cette voie ne soit par ailleurs nécessaire dans toutes les hypothèses. La révision est un moyen de droit extraordinaire; s’il existe une voie ordinaire permettant de rétablir une situation conforme à la CEDH, celle-ci l’emporte<sup>34</sup>. Le refus d’appliquer une disposition légale jugée contraire à la CEDH entraîne en principe des mesures à caractère général visant la suppression de celle-ci par une révision législative<sup>35</sup>.

La jurisprudence PKK s’impose également à la lumière de l’art. 46 § 1 CEDH; si les ACEDH n’ont pas d’effet cassatoire, ils ont force obligatoire et les Etats sont tenus de les exécuter<sup>36</sup>. Sur cette base, la CourEDH s’adresse directement aux autorités afin que celles-ci envisagent des mesures concrètes, par exemple la possibilité d’établir un contact entre l’enfant et sa mère biologique en tenant compte de la situation de l’enfant et de son intérêt supérieur<sup>37</sup>.

30 ATF 125 II 417, c. 4d, SJ 2000 I 202. En détail sur l’évolution de la jurisprudence depuis l’arrêt Schubert: CR Cst.-MARTENET, art. 190 N 70 ss.

31 ATF 144 I 126, JdT 2018 I 191; ATF 142 II 35, JdT 2016 I 35; ATF 128 III 113, JdT 2002 I 443. COTTIER, *Impulsions*, p. 140, propose pour trancher un conflit entre les instruments de protection des droits humains de l’ONU et la législation fédérale une analogie avec le raisonnement du TF face à un tel conflit avec la CEDH.

32 Dans ce sens: MALINVERNI *et al.* I, N 1971 s. Voir également: AEMISEGGER, N 7, la voie de la révision montre clairement le caractère prioritaire des garanties des droits fondamentaux de la CEDH.

33 Par ex.: TF, 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008, SJ 2009 I 53, suite à l’ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03; TF, 1F\_1/2007 du 30 juillet 2007 suite à l’ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X. HOTTELIER, RTDH 2001, p. 743 ss; en détail sur la révision: AEMISEGGER, N 17 ss.

34 ATF 137 III 332, JdT 2011 II 248. Cf. *infra* D.II.6.b/cc.

35 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. Sur les difficultés relatives à la mise en conformité du droit du nom à la CEDH: cf. *infra* D.III.1.

36 MALINVERNI, *Modifications*, p. 375 s., également sur la surveillance de l’exécution des ACEDH par le Comité des Ministres selon l’art. 46 § 2 CEDH; PFIFFNER/BOLLINGER, N 18 ss sur la mise en œuvre en droit suisse des ACEDH.

37 ACEDH, D.M. et N. c. Italie du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 99 s.; ACEDH, Omorefe c. Espagne du 23 juin 2020, n° 69339/16, § 70.

Il faut en conclusion admettre que l'application de la CEDH, telle qu'interprétée par la CourEDH, dont il faut suivre constamment la jurisprudence au caractère évolutif, prime de manière absolue toute norme de droit civil incompatible.

### III. Applicabilité horizontale de la CEDH

La théorie de l'effet horizontal des droits fondamentaux (*Drittwirkung*) tend à admettre l'application directe des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers, soit entre pairs. Ces droits s'émancipent alors des relations de droit public pour déployer leurs effets dans l'ensemble de l'ordre juridique<sup>38</sup>. Cette théorie est particulièrement importante en droit civil, dont le but est de régler les relations de droit privé. Or, le sujet même de l'influence de la CEDH en droit civil met en exergue que la question clé par rapport aux droits fondamentaux n'est pas seulement les rapports entre la personne et l'Etat, mais également le rôle de l'Etat dans le règlement des relations interindividuelles<sup>39</sup>.

#### 1. Réalisation des droits fondamentaux

Il appartient en premier lieu au législateur de droit civil de mettre en œuvre les droits fondamentaux de sorte à veiller à la pesée des intérêts nécessaires, ce qu'exprime l'art. 35 al. 1 Cst. selon lequel les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique<sup>40</sup>. A cet effet, les messages du Conseil fédéral relatifs aux projets législatifs font une place importante à la jurisprudence de la CourEDH, régulièrement citée et dont l'influence est souvent déterminante<sup>41</sup>. La mise en œuvre des droits fondamentaux appartient en second lieu aux autorités d'application; l'interprétation conforme à la CEDH des lois civiles entraîne l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux. Il est ainsi admis depuis longtemps que lorsqu'un article de presse porte atteinte aux droits de personnalité, l'art. 28 CC doit être appliqué en tenant compte de la situation et de la mission particulière de la presse protégée par la Cst. et la CEDH<sup>42</sup>.

L'art. 35 al. 3 Cst. va plus loin en précisant que les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux soient aussi réalisés, dans la mesure où ils s'y prêtent, dans les relations qui lient les particuliers entre eux<sup>43</sup>. Ce mandat

---

38 En détail sur la *Drittwirkung*: MALINVERNI *et al.* II, N 128 ss.

39 PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 380.

40 AEMISEGGER, N 7; CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst., p. 194; DUBEY, N 118; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 4 N 42; MALINVERNI *et al.* II, N 133.

41 Par ex.: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Adoption, p. 851 ss, et Message Autorité parentale, p. 8337 ss.

42 ATF 95 II 481, c. 7 *ab initio*, JdT 1971 I 226, sur l'influence de la Cst. sur le droit privé. Sur les critères développés par la CourEDH pour mettre en balance le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression: ACEDH [GC], von Hannover c. Allemagne (n° 2) du 7 février 2012, nos 40660/08 et 60641/08, Recueil 2012-I, § 108–113.

43 MALINVERNI *et al.* II, N 135 sur l'interprétation des différents termes de l'art. 35 al. 3 Cst., indiquant que le mandat s'adresse en priorité au pouvoir législatif, mais aussi aux autorités d'appli-

constitutionnel est particulièrement important en droit civil tant dans le cadre législatif que judiciaire<sup>44</sup>. Il précise la fonction positive des droits fondamentaux, qui n'est contenue que de manière implicite à l'art. 35 al. 1 Cst.<sup>45</sup>

Le droit des personnes physiques et de la famille entre ainsi directement sous l'influence des droits et libertés consacrés par la CEDH: d'une part, le législateur doit légiférer en ce domaine afin de garantir ces droits et libertés et, d'autre part, les tribunaux sont amenés à interpréter le droit civil de manière conforme aux droits humains. Le droit civil se caractérise par le conflit potentiel entre des droits fondamentaux antagonistes et le dilemme revient à devoir décider entre des intérêts inconciliables. Dans les relations privées, chaque partie peut le plus souvent se fonder sur un droit fondamental pour défendre sa position, ce qui amène à des arbitrages délicats entre différents droits humains, comme la liberté d'expression opposée au droit au respect de la sphère privée dans le cadre d'un litige opposant un particulier à la presse. Le même droit fondamental peut également être invoqué par les parties de manière diamétralement opposée, à l'instar du droit au respect de la vie privée et familiale des parents nourriciers *versus* celui des parents juridiques de l'enfant placé, dont le retour auprès d'eux est demandé.

Il appartient en priorité au législateur d'arbitrer ce conflit en faisant une pesée de l'ensemble des intérêts en présence, dont font également partie des intérêts d'ordre général plus vastes que le conflit entre individus, comme la sécurité juridique, puis aux autorités d'application, appelées à concrétiser l'arbitrage entre les droits fondamentaux dans leur interprétation des textes légaux dans le cas particulier. Au final, l'équilibre ménagé entre les droits conflictuels des particuliers peut être contrôlé par la CourEDH, qui examine dans le cas d'espèce si le législateur national a excédé la marge d'appréciation qui lui revient, eu égard en particulier à la présence ou au contraire à l'absence d'un consensus européen<sup>46</sup>. Les Etats bénéficient d'une marge importante lorsqu'il s'agit de mettre en balance les droits fondamentaux concurrents de deux individus<sup>47</sup>. Il revient enfin à la CourEDH de contrôler l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales dans le cas particulier.

---

cation. Voir également: DUBEY, N 122 et 151 s.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 4 N 47 et 89 sur le contexte législatif; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 121 ss en lien avec l'art. 28 CC et l'action *sui generis* en recherche des origines consacrée par l'ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, cf. *infra* D.II.1.

44 COTTIER, Impulsions, p. 138 et réf.

45 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst., p. 194 s.

46 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 59 et 61; C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, § 85; ACEDH, Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, n°s 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI, § 91 s.; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 97; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 83 ss. Sur la doctrine de la marge d'appréciation: SICILIANOS, p. 827 s. et réf. note 38.

47 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 51; ACEDH, Mandet c. France du 14 janvier 2016, n° 30955/12, § 52.

De surcroît, la portée des droits fondamentaux sert aux tribunaux à déterminer ce qui est tolérable dans les relations entre les individus<sup>48</sup>. Les autorités ont enfin l'obligation de protéger activement la personne, la possibilité effective d'exercer les droits fondamentaux étant une composante de l'ordre public que l'Etat a pour mission de protéger<sup>49</sup>.

## 2. *Obligations positives à la charge des Etats parties*

L'obligation de protection rejoint les obligations positives à la charge de l'Etat de prendre les mesures nécessaires à la protection des droits fondamentaux jusque dans les relations entre les individus entre eux. Dans ce sens, la CourEDH tient pour responsable les Etats parties des violations des libertés qui sont le fait de particuliers; par exemple, la vulnérabilité particulière des enfants impose aux Etats de prendre des mesures raisonnables pour empêcher les mauvais traitements au sens de l'art. 3 CEDH, lequel interdit de manière absolue les traitements inhumains ou dégradants, dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance<sup>50</sup>. Dans le contexte des violences domestiques, la CourEDH a développé une jurisprudence dense et bien établie sur l'existence d'une obligation positive entraînant la responsabilité de l'Etat pour parer un danger éventuel provenant de tierces personnes; une telle obligation existe lorsque les autorités savent ou devraient savoir qu'une personne est menacée de manière réelle et immédiate dans sa vie<sup>51</sup>. Les autorités doivent réagir immédiatement aux allégations de violence domestique en évaluant si un risque réel et immédiat pour la vie existe, et, si tel est le cas, elles doivent prendre des mesures préventives adéquates et proportionnées pour éviter ce risque<sup>52</sup>. La CourEDH met de surcroît à la charge des Etats, par la conjonction des art. 2,

---

48 ATF 130 III 28, c. 4.2, JdT 2004 I 63; ATF 119 Ia 28, c. 2, JdT 1995 I 516.

49 MALINVERNI *et al.* II, N 136, sur ce devoir général d'intervention en rapport avec toutes les libertés.

50 ACEDH, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France du 4 juin 2020, n<sup>os</sup> 15343/15 et 16806/15, § 157. Voir également: ACEDH, D.M.D. c. Roumanie du 3 octobre 2017, n<sup>o</sup> 23022/13 § 40 s.; ACEDH, M.C. et A.C. c. Roumanie du 12 avril 2016, n<sup>o</sup> 12060/12, § 109 s.; ACEDH, E. et autres c. Royaume-Uni du 26 novembre 2002, n<sup>o</sup> 33218/96, § 88; ACEDH [GC], Z et autres c. Royaume-Uni du 10 mai 2001, n<sup>o</sup> 29392/95, Recueil 2001-V.

51 ACEDH [GC], Kurt c. Autriche du 15 juin 2021, n<sup>o</sup> 62903/15, § 157–189; ACEDH [GC], Osman c. Royaume-Uni du 28 octobre 1998, n<sup>o</sup> 23 452/94, Recueil 1998-VIII, § 115–122, il s'agit du désormais «critère Osman» cf. opinion concordante commune in: ACEDH, Association Innocence en Danger et Association Enfance et Partage c. France du 4 juin 2020, n<sup>os</sup> 15343/15 et 16806/15; ACEDH, Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n<sup>o</sup> 41237/14, § 101. Sur les nouvelles obligations étatiques visant à prendre conscience de la forme particulière de la violence domestique et à lutter plus efficacement contre elle, notamment parce qu'elle touche particulièrement les femmes: GARCIA, p. 257 ss; sur l'apport de la CourEDH à l'élaboration de la Convention d'Istanbul: CANTONI, p. 865 ss.

52 ACEDH, Y et autres c. Bulgarie du 22 mars 2022, n<sup>o</sup> 9077/18, § 89 résumant la portée et le contenu de l'obligation positive à charge de l'Etat dans le contexte de la violence domestique.

garantissant le droit à la vie, et 14 CEDH, un devoir accru de s'attaquer aux crimes motivés par des préjugés<sup>53</sup>. Si le manquement des autorités n'est pas un fait isolé mais est dû à la complaisance générale des autorités, le grief est plus large et doit être examiné séparément sous l'angle de l'art. 14 en lien avec les art. 2 et 3 CEDH<sup>54</sup>.

L'art. 8 CEDH offre également une jurisprudence dense sur les obligations positives, ce d'autant que l'ACEDH *Marckx* en 1979 a été le point de départ du principe de l'effectivité des droits protégés par la CEDH, source des obligations positives qui s'imposent aux Etats parties; la CourEDH y a donné davantage d'importance aux réalités sociales que formelles, en interprétant la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, pour conclure que la famille «naturelle» pouvait constituer une «vie familiale» au sens de l'art. 8 CEDH dès lors que cette vie familiale existait de manière «effective»<sup>55</sup>. Cet ACEDH a été d'une importance cardinale en droit de la famille et a donné d'emblée l'impulsion en faveur d'une interprétation dynamique de la CEDH dans les domaines du droit civil<sup>56</sup>.

Ce faisant, si la CourEDH n'applique pas directement les droits fondamentaux dans les rapports entre les personnes privées, elle n'en institue pas moins la responsabilité de l'Etat pour les atteintes à ces droits perpétrés par des particuliers en lui imposant de prendre des mesures positives pour assurer la protection de l'individu. Dans ce sens, l'obligation de l'Etat de prendre des mesures positives en vue de la réunion parents-enfant s'applique, non seulement aux affaires impliquant la prise en charge obligatoire d'enfants par les pouvoirs publics, mais aussi aux cas dans lesquels des litiges concernant les contacts et la résidence des enfants surviennent entre les parents et/ou d'autres membres de la famille<sup>57</sup>.

Les obligations positives peuvent toutefois aussi être la source d'un effet direct des droits conventionnels dans les relations entre particuliers. Le droit de la personnalité donne un exemple d'effet direct de la liberté personnelle dans les relations entre médecin et patients, l'exigence d'un consentement libre et éclairé étant déduit directement du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité

53 ACEDH, *A et B c. Géorgie* du 10 février 2022, n° 73975/16, § 45 s.

54 Violation de l'art. 14 combiné avec les art. 2 et 3 CEDH: ACEDH, *Talpis c. Italie* du 2 mars 2017, n° 41237/14, § 140–149; ACEDH, *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, n° 33401/02, Recueil 2009-III, § 183–202, énonçant pour la première fois les critères de preuve de la discrimination dans le contexte de la violence domestique, critères développés sous l'angle des art. 14 et 3 CEDH *in* ACEDH, *Volodina c. Russie* du 9 juillet 2019, n° 41261/17, § 109–114; de même: ACEDH, *Munteanu c. République de Moldavie* du 26 mai 2020, n° 34168/11, § 76 et 80–83; resp. des art. 14 et 2 CEDH: ACEDH, *Halime Kiliç c. Turquie* du 28 juin 2016, n° 63034/11. Non-violation des art. 14 et 2 CEDH: ACEDH, *Landi c. Italie* du 7 avril 2022, n° 10929/19, § 101–109; ACEDH, *Y et autres c. Bulgarie* du 22 mars 2022, n° 9077/18, § 120–136.

55 ACEDH [GC], *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31 et 41. Cf. *infra* C.I.1 et 3.a.

56 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1359; PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 11 ss.

57 ACEDH, *McIlwrath c. Russie* du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 124; ACEDH, *Hokkanen* du 23 septembre 1994, n° 19823/92, Série A 299-A, § 55.

physique<sup>58</sup>. La CourEDH met également en exergue l'importance du consentement et son fondement conventionnel: «l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention»<sup>59</sup>. En corollaire, les Etats parties peuvent être directement responsables sur le terrain de cette disposition du fait d'un défaut d'information<sup>60</sup>. L'absence de consentement écrit avant une intervention chirurgicale, exigé par le droit national, conduit à violer la CEDH, même si celle-ci n'exige pas que le consentement éclairé soit donné par écrit<sup>61</sup>. Au titre de leurs obligations découlant de l'art. 8 CEDH, les Etats parties sont ainsi tenus de prendre les mesures nécessaires afin de garantir un consentement libre et éclairé du ou de la patiente. A défaut de dispositions en droit interne garantissant un tel consentement, le particulier pourra se fonder directement sur l'art. 8 CEDH pour en exiger le respect, que son médecin soit par ailleurs employé ou non par un hôpital public. C'est le propre du comblement d'une lacune du droit national en matière de respect des droits fondamentaux que d'entraîner l'application directe d'une disposition conventionnelle: par ce biais, un effet direct de la CEDH dans les relations interpersonnelles est en conclusion réalisé.

### C. Contenu essentiel pour le droit civil des art. 8, 12 et 14 CEDH

L'influence de la CEDH s'étend à l'entier du droit civil et oblige à faire un choix dans les dispositions topiques pour leurs effets en ce domaine. Ainsi, les art. 2 et 3 CEDH ont été brièvement évoqués dans le cadre des obligations positives qu'ils imposent aux Etats parties en matière de prévention de la violence domestique<sup>62</sup>. L'art. 5 CEDH relatif au droit à la liberté et à la sûreté a également une importance cardinale en matière de droit de la protection de l'adulte; la révision du Code civil en cette matière s'est largement inspirée des exigences de la Convention<sup>63</sup>. L'adoption des art. 397a aCC et suivants (ss) réglementant la privation de liberté à des fins d'assistance, entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1981, avait déjà permis à la Suisse de retirer la réserve

---

58 ATF 114 Ia 350, c. 6, SJ 1989 425; ATF 108 II 59, c. 3, JdT 1982 I 285. MALINVERNI *et al.* II, N 140.

59 ACEDH, *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, n° 2346/02, Recueil 2002-III, § 63, cité in: ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18, § 29 et ACEDH [GC], *Lambert et autres c. France* du 5 juin 2016, n° 46043/14, Recueil 2015-III, § 142.

60 ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18, § 29; ACEDH, *Codarcea c. Roumanie* du 2 juin 2009, n° 31675/04, § 104.

61 ACEDH, *Reyes Jimenez c. Espagne* du 8 mars 2022, n° 57020/18.

62 Cf. *supra* B.III.2, et réf. note 51 sur le «critère Osman».

63 CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Protection de l'adulte*, p. 6658, 6672 s., 6696 s., 6704, 6715, 6719, cf. ACEDH [GC], *D.N. c. Suisse* du 29 mars 2001, n° 27154/95, Recueil 2001-II, à l'origine de l'art. 450e CC selon lequel la décision relative à un trouble psychique nécessite un rapport d'expertise, 6732, 6751.

faite à l'art. 5 CEDH<sup>64</sup>; ils ont été remplacés au 1<sup>er</sup> janvier 2013 par les art. 426 ss CC sur le placement à des fins d'assistance ou de traitement.

A défaut de place pour traiter l'entier des dispositions dans le détail, les articles les plus topiques pour le droit des personnes physiques et de la famille, à savoir les art. 8, 12, en lien avec l'art. 14 CEDH, seront retenus. Dans ce domaine, des impulsions importantes sont venues de la CourEDH dans sa jurisprudence relative au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH (I.), au droit de se marier et de fonder une famille selon l'art. 12 CEDH (II.), en lien avec l'interdiction de la discrimination consacrée à l'art. 14 CEDH (III.). Dans le présent chapitre, il s'agit de définir les notions clés, afin d'en circonscrire les obligations et de pouvoir les appliquer concrètement dans la quatrième partie (D.); l'approche ne saurait être exhaustive, guidée par les choix des domaines analysés, soit le mariage, le droit de la filiation et le nom.

## **I. Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)**

A teneur de l'art. 8 § 1 CEDH: «[t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale[...]». L'art. 8 § 2 CEDH explicite les conditions d'une ingérence: « [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui»<sup>65</sup>. Même si le texte ne le mentionne pas expressément, contrairement à l'art. 36 al. 4 Cst., la CourEDH admet qu'il y a un noyau dur au cœur de l'art. 8 CEDH, déterminant pour délimiter l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux Etats; ainsi, si le droit au nom fait partie de ce noyau, tel n'est pas le cas de l'interdiction de donner ses embryons à des fins de recherche scientifique, domaine dans lequel la marge de manœuvre étatique est partant ample<sup>66</sup>. S'agissant de l'exigence de la base légale pour justifier une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, le législateur dispose d'une large marge de manœuvre pour rédiger en termes généraux et ménager un pouvoir d'appréciation aux autorités nationales. La loi est admise comme suffisamment prévisible et accessible au sens de l'art. 8 § 2 CEDH dans la mesure où la jurisprudence nationale est dense<sup>67</sup>. La notion

64 ASDI 1978, p. 188; ASDI 1982, p. 160. Sur l'influence de l'art. 5 CEDH en droit suisse: MALINVERNI, Modifications, p. 376 ss.

65 HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 101 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 311 N 26 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 90 ss.

66 Respectivement: ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n° 32265/10, § 36 et ACEDH [GC], Parrillo c. Italie du 27 août 2015, n° 46470/11, Recueil 2015-V, § 174 s.

67 CourEDH [déc.], Maniglio-Mathlouthi c. Suisse du 21 mai 2002, n° 44232/98, portant sur les articles du Code civil relatifs aux mesures de protection de l'enfant de la compétence du juge

de nécessité selon le § 2 implique en outre que l'ingérence corresponde à un «besoin social impérieux» et qu'elle soit proportionnée au but légitime poursuivi<sup>68</sup>.

L'art. 8 CEDH se caractérise par une densité matérielle et procédurale remarquable. Selon une jurisprudence ancienne, constante et dynamique, la Convention est un instrument vivant à interpréter de manière «contemporaine», soit à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui<sup>69</sup>. La CourEDH a néanmoins fixé une limite à cette interprétation, certes en lien avec l'art. 12 CEDH: elle ne dégage pas de la Convention, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'y a pas été inséré au départ, de surcroît lorsqu'il s'agit d'une omission délibérée<sup>70</sup>.

### 1. Obligations tant négatives que positives

Selon une jurisprudence établie, si l'art. 8 CEDH a essentiellement pour but de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect «effectif» des droits garantis, lesquels peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée ou familiale jusque dans les relations des individus entre eux<sup>71</sup>.

---

matrimonial. Voir récemment sur l'exigence de la base légale: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 56, et § 67 sur le manquement à la prévisibilité requise entraînant la violation de l'art. 8 CEDH.

68 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 58 ACEDH, la nécessité exige que les raisons invoquées pour justifier l'ingérence soient pertinentes et suffisantes; ACEDH Chizhov c. Russie du 6 juillet 2021, n° 11536/19, § 50; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 49; ACEDH [GC], Strand Lobben et autres c. Norvège du 10 septembre 2019, n° 37283/13, § 203. CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH N 178, relevant que la question de la nécessité des restrictions aux droits fondamentaux est cardinale dans une société démocratique, N 180; PAPAUX VAN DELDEN, Placement, p. 232 ss sur la condition de la nécessité dans une société démocratique en lien avec le placement de l'enfant.

69 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 64; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 92; ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 74 s.; ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 53; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41 se référant à l'ACEDH, Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, n° 5856/72, Série A-26, la CourEDH faisant sienne pour la première fois cette approche de la ComEDH. GRABENWARTER/PABEL, p. 40 N 16; SICILIANOS, p. 825 ss. Cf. *supra* B.III.2.

70 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 53. CS-GONIN, art. 12 CEDH, N 13 et note 9. Cf. *infra* C.II.1.a.

71 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 54; ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10, § 44; ACEDH, A.T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 66; ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 60; ACEDH, Çapın c. Turquie du 15 octobre 2019, n° 44690/09, § 53; ACEDH, McIlwrath c. Russie du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 123; ACEDH [GC], Söderman c. Suède du 12 novembre 2013, n° 5786/08, Recueil 2013, § 78; ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 62; ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 55. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 262 ss. Cf. *supra* B.III.2.

Selon les cas, la législation en cause peut être envisagée sous l'angle de la question de savoir s'il pèse sur l'Etat une obligation positive au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, par exemple d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle, mais également comme mettant en cause une ingérence de l'Etat dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale selon l'art. 8 § 2 CEDH, dans l'exemple proposé par l'interdiction d'accès à certaines techniques développées par la science médicale; la CourEDH choisit alors son angle d'analyse<sup>72</sup>. Mais dans la mesure où une lacune du droit national est dénoncée, la CourEDH examine le grief sous l'angle de l'obligation positive des Etats parties de garantir aux personnes relevant de leur juridiction le respect effectif de leur vie privée et familiale<sup>73</sup>.

En tout état de cause, la frontière entre les obligations positives et négatives au titre de l'art. 8 CEDH ne se prêtent pas à une définition précise, les principes applicables étant comparables; il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents, privés et publics, ou entre différents droits protégés par la Convention, et l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation<sup>74</sup>. Les critères de «nécessité» et de «besoin social impérieux» sont toutefois utilisés seulement lorsqu'il s'agit de déterminer si une ingérence ne respecte pas l'art. 8 § 2 CEDH<sup>75</sup>.

## 2. *Intérêt supérieur de l'enfant*

Que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes décisions le concernant est consacré à l'art. 3 § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997 (CDE)<sup>76</sup>. Il s'agit d'une disposition de première importance en droit de la famille. Elle est en outre complétée par l'art. 21 CDE, *lex*

72 ACEDH, A.M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 120; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 88. Voir récemment: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 62, privilégiant l'ingérence dans le refus d'accès à une méthode de PMA. Cf. *infra* D.II.5.a et b.

73 ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, nos 29775/18 et 29693/19, § 82 et 83 sur les principes généraux applicables à l'appréciation des obligations positives; à ce sujet également: ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 65–67.

74 ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 54 *in fine*; ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 35, admise dans un tel cas comme large; ACEDH, Bagniewski c. Pologne du 31 mai 2018, n° 28475/14, § 43; ACEDH, McIlwrath c. Russie du 18 juillet 2017, n° 60393/13, § 123; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 58. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 263 ss critique l'imprévisibilité de la jurisprudence de Strasbourg corrélée à l'ampleur mouvante de la marge d'appréciation.

75 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 50; ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 35; ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 42; ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 50.

76 RS 0.107 (RO 1998 2055 ; FF 1994 V 1).

*specialis*, qui oblige les Etats à s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale d'une adoption.

La priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant est fermement établie dans la jurisprudence de Strasbourg depuis des décennies déjà<sup>77</sup>; il en découle une judiciarisation de cet intérêt, intégré au sein de l'art. 8 CEDH<sup>78</sup>. Les obligations étatiques au titre de l'art. 8 CEDH sont également interprétées à la lumière de plusieurs conventions internationales d'importance en droit de la famille, comme la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH93) ou la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80)<sup>79</sup>. La CourEDH a fait un pas important en 2007; elle a mis en exergue l'importance d'une interprétation constamment cohérente de la notion «d'intérêt supérieur», quelle que soit la convention internationale invoquée<sup>80</sup>. Plus largement encore, les juges de Strasbourg notent qu'il existe un large consensus autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer<sup>81</sup>. L'intérêt de l'enfant peut ainsi l'emporter sur celui des parents<sup>82</sup>. L'avis de l'enfant est un paramètre important pour déterminer quel est son intérêt; il s'agit d'une composante de toute décision le concernant, mais l'absence de prise en compte de tout autre critère a été jugé contraire à l'art. 8 CEDH<sup>83</sup>.

Par le biais de la jurisprudence de Strasbourg, dans la mesure où l'intérêt supérieur de l'enfant est une composante de l'art. 8 CEDH, il est à notre sens difficile de nier que la priorité de cet intérêt est d'application directe, comme le sou-

77 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 37; ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 52; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 57 s.; ACEDH, Nuutinen c. Finlande du 27 juin 2000 n° 32842/96, l'intérêt supérieur de l'enfant étant examiné sous l'angle de l'art. 6 CEDH, s'agissant de la durée des procédures, et de l'art. 8 CEDH; ACEDH, Hokkanen du 23 septembre 1994, n° 19823/92, Série A 299-A, § 58. RIETIKER, p. 385 ss sur l'accent mis sur la CDE dans l'interprétation de la CEDH.

78 ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 97, l'intérêt supérieur de l'enfant est admis comme étant une composante du respect de la vie familiale; ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 95, auquel renvoie l'ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 99.

79 RS 0.211.221.311; CLaH93 du 29 mai 1993, ratifiée par la Suisse le 24 septembre 2002 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003. Sur la CLaH80 (RS 0.211.230.02 9), cf. *infra* D.II.6.b.

80 ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 71. WITTINGER, p. 102.

81 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 135. Voir également: ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n° 29775/18 et 29693/19, § 90; ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 81.

82 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 52 et 56 ss; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 52; ACEDH, T.A. et autres c. République de Moldavie du 30 novembre 2021, n° 25450/20, § 51; ACEDH, V.D. et autres c. Russie du 9 avril 2019, n° 72931/10, § 114.

83 ACEDH, C. c. Finlande du 9 mai 2006, n° 18249/02. Sur l'importance de la volonté de l'enfant: ACEDH, Pascal c. Roumanie du 17 avril 2012, § 82 ss; ACEDH, Siemianowski c. Pologne du 6 septembre 2005, n° 45972/99.

tient le TF par rapport à l'art. 3 § 1 CDE<sup>84</sup>. Partie intégrante de l'art. 8 CEDH, il nous paraît également exclu de limiter la portée de la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant aux mesures de protection de l'enfant<sup>85</sup>. La réalisation effective de cette priorisation est source de changements pour les autorités d'application du droit de la famille; elle suit la logique contemporaine selon laquelle «l'enfant fait famille»<sup>86</sup>.

### 3. Notions de «vie privée et familiale»

Dans certains domaines, la CourEDH ne tranche pas sur le rattachement à la sphère familiale ou privée; elle admet que le grief invoqué relève du droit au respect de la «vie privée et familiale». Cette approche relativise d'emblée toute velléité de rechercher une définition stricte de ces deux domaines couverts par l'art. 8 CEDH. En matière de nom par exemple, la CourEDH a au contraire insisté sur l'applicabilité de l'art. 8 CEDH tant sous l'angle de la «vie privée» que sous celui de la «vie familiale»<sup>87</sup>.

C'est à défaut de pouvoir rattacher de manière claire une prétention à la vie familiale que la CourEDH ne tranche pas en admettant le caractère large des notions de vie privée et familiale. Ainsi, sur le fondement de l'art. 8 CEDH, sans plus de précision, les autorités suisses ont été condamnées pour avoir procédé, sans en avertir la mère, à l'inhumation de son enfant mort-né<sup>88</sup>. C'est une évolution car dans un arrêt antérieur, la CourEDH avait constaté qu'il ne pouvait y avoir une vie familiale lorsque l'enfant était mort-né; elle avait néanmoins admis l'existence d'un lien étroit relevant de la vie privée permettant d'exiger que le nom de famille de cet enfant, inscrit sur la pierre tombale, qui était celui du père juridique, soit modifié en faveur du nom du père biologique<sup>89</sup>.

Si la CourEDH a laissé ouverte la question de savoir si un droit d'adopter peut être déduit de l'art. 8 CEDH pris isolément<sup>90</sup>, pour ensuite le refuser sans

84 ATF 144 II 56, c. 5.2; ATF 136 I 297, c. 8.2. *Contra*: CDE, Observation générale n° 14/2013 (Doc. NU CRC/C/GC/14) ch. 6 let. a, selon le Comité des droits de l'enfant, l'art. 3 § 1 CDE, dans sa dimension droit de fond, crée une obligation intrinsèque directement applicable qui peut être invoquée devant un tribunal.

85 Dans ce sens: TF, 5C.97/2014 du 23 juin 2004, c. 3.3. Egalement critiques: LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 211 *in fine*; MEIER/STETTLER, N 823 note 1962.

86 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 392 et 403 s., déjà en 2002; LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1360; PAPAU VAN DELDEN, Familles, p. 7 et réf. note 32; STEGMÜLLER, N 242.

87 CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII.

88 ACEDH, Hadri-Vionnet c. Suisse du 14 février 2008, n° 55525/00, § 52 ss. Dans un sens similaire: ACEDH, Marić c. Croatie du 12 juin 2014, n° 50132/12, § 59. PAPAU VAN DELDEN, Facettes, p. 113; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 72.

89 ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 27. Cf. *infra* D.II.2.c/aa.

90 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 72, rappelant l'ACEDH [GC], E. B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 43 et 46.

le motiver<sup>91</sup>, elle a en revanche admis que les notions de vie privée et familiale incluent le droit au respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent, pour rattacher ensuite ce droit davantage sous le prisme de la vie privée<sup>92</sup>. Indépendant de l'état civil de la personne, le droit de devenir parent au sens de l'art. 8 CEDH semble privilégier la parenté biologique, la CourEDH ayant accordé ses lettres de noblesse à la réalité génétique<sup>93</sup>. Dans ce sens, le droit de fonder une famille se trouve consacré à l'art. 8 CEDH et fait perdre de son intérêt à la question de savoir si le droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH s'adresse exclusivement ou pas aux couples mariés. Il implique toutefois le consensus au sein du couple et l'opposition entre les partenaires amène à privilégier le *statu quo*: la volonté de la personne qui s'oppose à l'élargissement de la famille au nom du respect de sa vie privée l'emporte, en particulier sur le droit potentiel au respect de la vie privée et familiale de l'autre membre du couple<sup>94</sup>.

L'exercice difficile de dessiner les contours précis du champ d'application de l'art. 8 CEDH est un préalable à la perception de la richesse de cette disposition pour le droit civil.

#### a. Contours de la «vie familiale»

Si les contours de la vie familiale ne se laissent pas saisir aisément, il convient néanmoins d'appréhender la nature des liens familiaux, sachant que subsiste comme secours l'application subsidiaire de la vie privée<sup>95</sup>. La CourEDH a développé très rapidement une conception progressiste, matérielle et non formelle de la famille<sup>96</sup>. Selon une jurisprudence ancienne et constante, la notion de «fa-

91 ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57. Voir également: ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 89, renvoyant à l'ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, sans dire que la question y était laissée ouverte. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 200. Cf. *infra* D.II.4.

92 ACEDH, Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 66 sous l'angle de la vie privée et familiale; sous le prisme de la vie privée: ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 80 *in fine*; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 43; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 71 *in fine*. GALLUS, p. 887 s.

93 ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57. Cf. *infra* C.I.3.a. MESNIL, N 10 *in fine*, note que la dimension biologique prédomine dans la définition du terme «parent», qui puise son origine latine du verbe *parere* signifiant engendrer.

94 ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, l'obligation d'obtenir le consentement du père pour conserver et implanter des ovules fécondés n'emporte pas violation de l'art. 8 CEDH; CourEDH [déc.], Boso c. Italie du 5 septembre 2002, n° 50490/99, Recueil 2002-VII, § 2, l'avortement doit avant tout tenir compte des droits de la mère, analysés sous l'angle de l'art. 8 CEDH, alors que le couple est marié. Sur le droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH, cf. *infra* C.II.2.

95 Sur la notion large de famille et le recours subsidiaire à la vie privée: BÜCHLER, Private and Family Life, p. 30; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 258 ss. Cf. *infra* C.I.3.b.

96 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 339 et réf. note 111.

mille» au sens de l'art. 8 CEDH ne se limite pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais englobe d'autres liens «familiaux» *de facto*<sup>97</sup>. En 2010, la CourEDH a reconnu la relation «familiale» des couples stables de partenaires de même sexe, qualifiant d'artificielle sa conception antérieure limitée au respect de la vie privée<sup>98</sup>.

De jurisprudence constante, le simple désir de fonder une famille n'est pas protégé par l'art. 8 CEDH, lequel présuppose en principe l'existence d'une famille<sup>99</sup>. L'impossibilité d'établir une nouvelle vie familiale pendant la durée de la procédure de divorce ne permet ainsi pas de revendiquer le droit au respect d'une vie familiale hypothétique<sup>100</sup>. En revanche, la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouve pas encore pleinement établie, permet de bénéficier de la protection de l'art. 8 CEDH<sup>101</sup>. L'existence d'une vie familiale peut se satisfaire du statut formel des époux alors même qu'ils n'ont pas vécu de longues périodes avec leurs enfants<sup>102</sup>. L'art. 8 CEDH nécessite au minimum une relation potentielle qui aurait pu se développer<sup>103</sup>. L'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits n'implique ainsi pas que toute vie familiale projetée est exclue de la protection de l'art. 8 CEDH; la CourEDH considère en effet que l'intention de constituer une vie familiale peut exceptionnellement tomber dans le champ d'application de cette disposition lorsque l'absence de vie familiale clairement établie n'est pas imputable au requérant<sup>104</sup>. La protection d'une vie familiale «projetée» fondée sur des décisions définitives et irrévocables des juridictions internes faisant droit à la demande d'adoption emporte l'application de l'art. 8 CEDH<sup>105</sup>.

L'existence d'une vie «familiale» engendre l'obligation d'agir de manière à permettre à ce lien familial de se développer. Lorsque le lien familial avec un enfant se trouve établi, l'Etat doit ainsi veiller à accorder une protection juri-

97 Notamment lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital: ACEDH, *Uzbyakov c. Russie* du 5 mai 2020, n° 71160/13, § 79; ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 34; ACEDH [GC], *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 55 s., 15 ans de vie commune. Sur les contours de la vie familiale: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 54 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 40 ss; DE VRIES, p. 701 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 304 ss N 16 ss; VILLIGER, p. 381 ss N 673 ss.

98 ACEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 94.

99 ACEDH, *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57; ACEDH [GC], *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31.

100 ACEDH, *Berlin c. Luxembourg* du 15 juillet 2003, n° 44978/98, § 64.

101 ACEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, nos 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 62.

102 ACEDH, *Ilya Lyapin c. Russie* du 30 juin 2020, n° 70879/11, § 48.

103 ACEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 49–52; ACEDH [GC], *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 41.

104 ACEDH, *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, n° 59819/08, § 89; ACEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 143; ACEDH, *Anayo c. Allemagne* du 21 décembre 2010, n° 20578/07, § 57; ACEDH, *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 53.

105 ACEDH, *Pini et autres c. Roumanie* du 22 juin 2004, nos 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 141 ss.

dique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille<sup>106</sup>. Le mode juridique d'établissement de la filiation doit demeurer sans effet sur le statut de l'enfant<sup>107</sup>. L'enfant né d'une relation hors mariage fait en conséquence partie *ipso jure* de cette unité familiale dès le moment, et par le fait même, de sa naissance<sup>108</sup>. La dissolution de la famille ne met pas fin à la vie familiale, qui doit être réorganisée dans le respect de l'art. 8 CEDH, les apports de la jurisprudence de la CourEDH étant essentiels en matière d'effets de la filiation, en particulier suite à la séparation parentale<sup>109</sup>.

La vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH comprend les liens entre les proches parents<sup>110</sup>, dont les grands-parents et leurs petits-enfants, dans la mesure où existent des liens suffisamment étroits entre eux; son respect implique pour l'Etat l'obligation d'agir de manière à permettre à ces liens de se développer normalement<sup>111</sup>. La relation entre grands-parents et petits-enfants est toutefois différente, par sa nature et son degré, de la relation entre parents et enfants et appelle en général un degré de protection moindre<sup>112</sup>. Selon les circonstances toutefois, la protection accordée aux grands-parents ne se trouve pas diminuée en raison de la présence des parents<sup>113</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant est déterminant dans la pesée des intérêts contraires et peut amener le droit des grands-parents au respect de leur vie familiale à l'emporter sur celui du parent juridique direct<sup>114</sup>. La protection de l'art. 8 CEDH ne s'étend en principe pas aux rapports

106 ACEDH, Pini et autres c. Roumanie du 22 juin 2004, n<sup>os</sup> 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 150 s.; ACEDH, Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, n<sup>o</sup> 16969/90, Série A-290, § 50; ACEDH, Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n<sup>o</sup> 18535/91, Série A 297-C, § 32; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n<sup>o</sup> 6833/74, Série A-31, § 31.

107 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 5 s. et réf. notes 25–29.

108 ACEDH, Uzbyakov c. Russie du 5 mai 2020, n<sup>o</sup> 71160/13, § 79, le refus de reconnaître la paternité d'un père biologique et de révoquer une ordonnance d'adoption viole l'art. 8 CEDH, cf. § 131 s.

109 COTTIER/WYTTENBACH, p. 99 ss; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 285 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 5 ss; WITTINGER, p. 98 ss.

110 ACEDH, Lazoriva c. Ukraine du 17 avril 2018, n<sup>o</sup> 6878/14, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir prononcé l'adoption d'un enfant sans tenir dûment compte de l'intérêt de sa tante à devenir sa tutrice.

111 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n<sup>o</sup> 19938/20, § 94; ACEDH [GC], Scozzari et Giunta c. Italie du 13 juillet 2000, n<sup>os</sup> 39221/98 et 41963/98, Recueil 2000-VIII, § 221. Voir également: ACEDH, Manuello et Nevi c. Italie du 20 janvier 2015, n<sup>o</sup> 107/10, § 47 ss sur une prise en compte insuffisante des intérêts des grands-parents.

112 ACEDH, T.A. et autres c. République de Moldavie du 30 novembre 2021, n<sup>o</sup> 25450/20, § 50, violation de l'art. 8 CEDH en cas de transfert soudain chez son père de l'enfant qui vit chez ses grands-parents; CourEDH [déc.], Kruškić c. Croatie du 25 novembre 2014, n<sup>o</sup> 10140/13, irrecevabilité d'une requête visant le refus d'une demande de la part des grands-parents pour obtenir la garde de leurs petits-enfants.

113 ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n<sup>o</sup> 21052/18, § 64; ACEDH, Nistor c. Roumanie du 2 novembre 2010, n<sup>o</sup> 14565/05, § 70 ss.

114 ACEDH, Khusnutdinov et X c. Russie du 18 décembre 2018, n<sup>o</sup> 76598/12, non-violation de l'art. 8 CEDH en refusant de rendre un enfant à son père compte tenu du souhait de l'enfant, âgée de 13 ans, de rester avec ses grands-parents, après le décès de sa mère.

entre parents et enfants adultes, sous réserve d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux<sup>115</sup>.

La jurisprudence de Strasbourg fait une large place à la reconnaissance du lien de filiation biologique pour admettre l'existence d'une vie familiale, dont le projet peut suffire à sa réalisation<sup>116</sup>; l'exigence de l'effectivité du lien familial s'est atténuée à mesure de la force prise par le droit de connaître son ascendance<sup>117</sup>. Le lien de filiation biologique permet ainsi d'admettre une vie familiale alors même que le parent a refusé dans un premier temps tout projet parental<sup>118</sup>. En revanche, dans la mesure où le donneur de sperme donne son accord à la création d'une vie familiale exclusivement entre l'enfant et le couple bénéficiaire, en l'absence corrélatrice de tout projet parental entre lui-même et l'enfant, il ne pourra invoquer l'existence d'une vie familiale avec l'enfant sous réserve de rapports personnels avec ce dernier<sup>119</sup>.

Mettant particulièrement en évidence l'importance et la suffisance de liens *de facto*, la relation parent-enfant peut également exister en l'absence de lien de parenté juridique et/ou biologique. L'effectivité de la relation est déterminante, soit le temps vécu ensemble, la qualité de la relation ainsi que le rôle assumé par l'adulte envers l'enfant<sup>120</sup>; les autorités nationales doivent être attentives à la jurisprudence de la CourEDH, souvent moins exigeante à cet effet qu'elles<sup>121</sup>. Une vie familiale peut être reconnue en l'absence de lien biologique entre le couple d'intention et l'enfant, né d'une mère porteuse à

115 ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 46; ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 36 s., de tels liens particuliers étant réalisés.

116 ACEDH, Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 45071/09, § 58; ACEDH, Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 23338/09, § 61; ACEDH, Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, n° 20578/07, § 57 et 60; ACEDH, Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, n° 74969/01, § 41 ss. MURAT, p. 174 s., apercevait déjà en 2002 que le critère biologique pourrait à l'avenir avoir un rôle plus important à jouer; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 258; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 7 ss en détail sur le lien de parenté biologique dans la jurisprudence de Strasbourg avec de nombreuses réf.

117 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 9; RIGAUX, p. 105, note que le droit de connaître ses origines a connu les bouleversements les plus radicaux.

118 ACEDH, Kearns c. France du 10 janvier 2008, n° 35991/04, § 72, la relation entre une mère ayant accouché sous X et son enfant, dont elle voulait obtenir la restitution, est couverte par la vie familiale, sans aucune motivation. Voir également: ACEDH, Todorova c. Italie du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 51 ss dûment motivé ici. Sur la disparité apparente de la jurisprudence: MURAT, p. 173 s.

119 ComEDH [déc.], J. M. R. c. Pays-Bas du 8 février 1993, n° 16944/90, D.R. 74, p. 120.

120 ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, n°s 29775/18 et 29693/19, § 49; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 50 s.; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 95; ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 48.

121 GOUTTENOIRE, Relation, p. 42. Par ex.: TF, 5A\_822/2010 du 13 mai 2011, c. 3.3, pour une interprétation à notre sens trop restrictive d'une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, cf. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208.

l'étranger<sup>122</sup>. Elle a également été admise entre une personne convertie du sexe féminin au sexe masculin, qui se comportait en tous points comme un père, et l'enfant de sa compagne, conçu par insémination artificielle avec donneur<sup>123</sup>. La relation entre l'enfant et sa famille nourricière peut de même relever de la vie familiale<sup>124</sup>.

Émerge la difficulté à concilier différentes vies familiales qui peuvent entrer en concurrence, comme celle des parents nourriciers opposée au droit au respect de la vie familiale des parents biologiques et juridiques; dans la recherche de l'équilibre à trouver entre des intérêts inconciliables, la marge d'appréciation de l'Etat est ample et l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la clé<sup>125</sup>.

*b. Contours de la «vie privée»*

La notion de «vie privée» est particulièrement large; elle englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel, le droit à l'autodétermination, et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur<sup>126</sup>. Le droit au respect de la vie privée couvre un champ d'application matériel englobant le droit des personnes physiques et de la famille, car il s'étend en particulier aux domaines du début et de la fin de la vie, de l'ascendance et des droits de la personnalité.

La densité de la vie privée peut permettre de ne pas devoir trancher l'appartenance ou non à la vie familiale. Ainsi, la question de savoir si une procédure visant à dissoudre devant la loi des liens familiaux existants concerne la «vie

---

122 ACEDH, Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 62. Vie seulement privée in: ACEDH [GC], Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 157.

123 ACEDH [GC], Y et Z c. Royaume-Uni du 20 mars 1997, n° 21830/93, Recueil 1997-II. MURAT, p. 168, note que depuis cet arrêt, l'accent est mis sur l'apparence comme critère privilégié de la filiation paternelle.

124 ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 49–52. La question de l'existence d'une vie familiale est laissée ouverte, au profit de la vie privée in: ComEDH [déc.], X. c. Suisse du 10 juillet 1978, n° 8257/78, D.R. 13, p. 248.

125 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 37; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 57; ACEDH, Saleck Bardi c. Espagne du 24 mai 2011, n° 66167/09, § 55; ACEDH, Moretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 67; ACEDH, Söderbäck c. Suède du 28 octobre 1998, n° 24484/94, Recueil 1998-VII, l'effectivité des liens unissant depuis l'âge de 8 mois l'enfant à son père adoptif, marié avec la mère, l'emporte sur le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique. TF, 5A\_762/2010 du 7 mars 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.

126 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 80 et réf.; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 71; ACEDH, Pretty c. Royaume-Uni du 29 avril 2002, n° 2346/02, Recueil 2002-III, § 61. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 31 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 5 ss; DE VRIES, p. 670 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 296 ss N 6 ss; VILLIGER, p. 369 ss N 656 ss.

familiale» n'est pas tranchée, dès lors qu'en tout état de cause la détermination des relations juridiques entre un père avec son enfant putatif relève de la «vie privée» de l'intéressé<sup>127</sup>. Dans un sens similaire, l'impossibilité pour un père biologique putatif d'avoir des contacts avec l'enfant sans qu'il soit tenu compte de l'intérêt supérieur de ce dernier entraîne la violation de l'art. 8 § 2 CEDH; sans exclure que la relation envisagée par le requérant relève de la «vie familiale», le rattachement à la «vie privée» au sens de l'art. 8 § 1 CEDH est admis<sup>128</sup>. D'une manière générale, une procédure visant à l'établissement ou à la contestation de la paternité, aspect important de l'identité personnelle, concerne la vie privée<sup>129</sup>.

Si la relation familiale prend fin lorsqu'elle est intentionnellement rompue par un parent, par exemple du fait de l'adoption consentie de l'enfant, les liens existants entre la mère biologique, les parents adoptifs et l'enfant biologique, s'ils ne relèvent plus de la vie familiale, concernent une partie importante de l'identité de la mère biologique et donc sa vie privée<sup>130</sup>; il faut constater toutefois que dans le juste équilibre à ménager entre les intérêts privés concurrents, il pourrait être plus aisé de faire primer le respect de la vie familiale des parents adoptifs sur la vie privée de la mère biologique<sup>131</sup>.

La notion de «vie privée» inclut les liens affectifs s'étant créés et développés entre un adulte et un enfant en dehors des «situations classiques de parenté», soit sans lien de filiation biologique ni juridique<sup>132</sup>; la CourEDH revient ici à son approche scindant vie familiale et privée, en réservant celle-ci subsidiaire-

127 ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 41, l'impossibilité de désavouer la paternité établie par une décision judiciaire définitive, par opposition à la paternité présumée, entraîne une violation de l'art. 8 CEDH, et également des art. 14 et 8 CEDH, cf. § 47 et 59.

128 ACEDH, Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, n° 17080/07, § 104, à défaut de raisons suffisantes pour justifier l'ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, celle-ci n'est pas «nécessaire dans une société démocratique». Voir ultérieurement: ACEDH, Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le refus d'accorder au père biologique potentiel un droit de visite ou d'information.

129 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 35; ACEDH, Ahrens c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 45071/09, § 60; ACEDH, Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012, n° 23338/09, § 63; ACEDH, Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 33.

130 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 69.

131 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 84–87, non-violation de l'art. 8 CEDH par 5 voix contre 2, le droit au respect de la vie familiale de la famille adoptive à ne pas être perturbée l'emporte, l'opinion dissidente défendue sur trois pages étant toutefois convaincante, cf. *infra* note 397. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 204. Sur la relation entre la mère et son enfant mort-né, qui de la vie privée a évolué vers le champ indéfini de la «vie privée et familiale», cf. *supra* C.I.3 *ab initio*.

132 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, § 22; ACEDH, C.E. et autres c. France du 24 mars 2022, nos 29775/18 et 29693/19, § 53, la CourEDH examine distinctement les griefs sous l'angle du respect effectif de la vie familiale, cf. § 93–97, et sous celui de la vie privée s'agissant de l'impossibilité d'établir un lien de filiation, cf. § 98–116; ACEDH [GC], Paradiso et Campanelli c. Italie du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 161.

ment aux relations trop «originales», alors qu'elle peut admettre de manière incontestable – et convaincante – une vie familiale, malgré l'absence de lien biologique ou juridique<sup>133</sup>.

Le droit à la connaissance des origines est déduit du droit à l'identité, lequel fait partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>134</sup>. Les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un important aspect de leur identité personnelle, qu'il convient de mettre en balance dans la pondération des intérêts concurrents<sup>135</sup>. La jurisprudence de Strasbourg consacre ainsi un droit fondamental relatif à la connaissance des origines, la naissance et les circonstances de celle-ci relevant de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH, et ce même lorsque l'Etat est détenteur des données, ce qui est particulièrement illustré en matière d'accouchement sous X<sup>136</sup>.

La dignité et la liberté étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des personnes trans est garanti par le biais de l'art. 8 CEDH<sup>137</sup>. L'intérêt à obtenir la reconnaissance juridique d'une conversion sexuelle l'emporte en principe; la personne ne saurait être quotidiennement placée dans une situation globalement incompatible avec le respect dû à sa vie privée<sup>138</sup>. Il est exclu de refuser de modifier l'état civil au motif que la personne n'a pas subi une opération stérilisante<sup>139</sup>. La Suisse a par ailleurs été condamnée pour avoir fixé un «délai d'observation» arrêté à deux ans avant une opération de chirurgie de changement de sexe, sans exception possible, ce qui est contraire à l'art. 8 CEDH<sup>140</sup>.

Le large champ couvert par la vie privée est un atout pour l'application de l'art. 8 CEDH en droit civil.

133 ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, § 51, en présence de 4 ans et demi de vie commune avec l'enfant. Cf. *supra* C.I.3.a.

134 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53.

135 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 38. Cet ACEDH a fait couler beaucoup d'encre: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2006; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 281 s.; MEIER/STETTLER, N 465 et réf.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 128 ss; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 22; DE VRIES, p. 683.

136 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09, § 46; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53. BONNET, ACEDH Godelli et ACEDH Odièvre. Cf. *infra* D.II.2.c/bb.

137 ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, nos 79885/12 *et al.*, Recueil 2017, § 93; ACEDH, van Kück c. Allemagne du 12 juin 2003, n° 35968/97, Recueil 2003-VII, § 69; ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 90.

138 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 93; ACEDH [GC], B. c. France du 25 mars 1992, n° 13343/87, Série A 232-C, § 63.

139 ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, nos 79885/12 *et al.*, § 135.

140 ACEDH, Schlumpf c. Suisse du 8 janvier 2009, n° 29002/06, § 115 s.

#### 4. Liens entre les art. 8 et 12 CEDH

Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH entretient des liens étroits avec l'art. 12 CEDH, consacrant le droit au mariage et de fonder une famille, bien qu'il protège la vie familiale de manière nettement plus large<sup>141</sup>. S'il ne découle pas de l'art. 12 CEDH l'obligation d'ouvrir le mariage aux partenaires de même sexe, les Etats doivent, sur la base de l'art. 8 CEDH, instaurer un régime juridique reconnaissant et protégeant ces couples<sup>142</sup>. Les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré<sup>143</sup>. L'obligation d'ouvrir le mariage pour tous et toutes ne peut par ailleurs être déduite de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH<sup>144</sup>.

Le traitement préférentiel du mariage, garanti par l'art. 12 CEDH, doit être examiné à la lumière du principe de proportionnalité eu égard aux exigences de l'art. 8 § 2 CEDH, qui, cumulé à l'art. 14 CEDH, exige des motifs convainquants et solides pour justifier une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle<sup>145</sup>. La marge d'appréciation laissée aux Etats dépend en outre du domaine juridique concerné. Les Etats jouissent ainsi d'une «certaine marge d'appréciation» pour prévoir un traitement juridique différent selon que le couple est marié ou non, notamment dans les domaines qui relèvent de la politique sociale et fiscale<sup>146</sup>.

Dans une jurisprudence constante, la CourEDH examine les mesures internes qui empêchent ou limitent la faculté d'un parent et de son enfant à être ensemble, élément fondamental de la vie familiale, sous l'angle de l'art. 8 CEDH; cette disposition constitue une *lex specialis* dans de tels cas par rapport au droit de fonder une famille au sens de l'art. 12 CEDH<sup>147</sup>. Le mariage donnant naissance en principe à une vie familiale, l'art. 8 CEDH l'emporte sur l'art. 12 CEDH une fois le couple marié, et, de même, le droit à mener une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH efface le droit de fonder une famille<sup>148</sup>.

141 BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 1; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 14. Sur l'art. 12 CEDH: cf. *infra* C.II.

142 ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 185. Déjà in: ACEDH [GC], Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, n°s 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI, la CourEDH instaure le pacte civil comme «minimum garanti» par l'art. 8 CEDH, cf. DANIS-FATÔME, p. 742 ss. Cf. *infra* C.II.1.b.

143 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 108.

144 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 101.

145 ACEDH, Kamber c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 41. FRUMER, p. 663 ss. Cf. *infra* C.III.2.b.

146 ACEDH [GC], Şerife Yiğit c. Turquie du 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 72 *in fine*; ACEDH [GC], Burden du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 65.

147 ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 142. Une jurisprudence abondante ne cite que l'art. 8 CEDH, par ex.: ACEDH, Fourchon c. France du 28 juin 2005, § 25; ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 52.

148 ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 142.

La force acquise par l'art. 8 CEDH est de surcroît soulignée par le fait qu'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale justifiée au regard de l'art. 8 § 2 CEDH n'est pas à même de constituer une violation de l'art. 12 CEDH<sup>149</sup>. La consécration de l'adage «qui peut le plus peut le moins» est néanmoins à juste titre critiquée en doctrine<sup>150</sup>.

### 5. *Obligations procédurales*

L'art. 8 CEDH garantit le droit au respect de la vie privée et familiale également dans sa dimension procédurale, même si son texte ne contient pas d'exigences procédurales explicites. En particulier, le processus décisionnel dans le cadre d'une procédure matrimoniale doit instaurer un juste équilibre entre les intérêts respectifs des parties, en prenant en considération de manière constante l'intérêt supérieur de l'enfant, sauf à violer l'art. 8 CEDH<sup>151</sup>. En d'autres termes, le processus décisionnel doit être équitable et de nature à assurer le respect des intérêts sauvegardés par cet article, que la procédure soit par ailleurs devant le juge ou l'autorité de protection<sup>152</sup>. Seul un examen suffisamment minutieux des juridictions nationales permet que le processus décisionnel assure le respect de l'art. 8 CEDH<sup>153</sup>.

Cette disposition requiert une analyse suffisamment approfondie des circonstances du cas particulier par les autorités nationales lorsqu'il s'agit de prendre une décision relative à l'attribution des droits parentaux afin de déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant; elle peut en particulier exiger qu'une expertise soit ordonnée<sup>154</sup>. Le défaut de représentation juridique durant la procédure dans le cadre de litiges complexes ou lorsque les décisions à prendre ont des conséquences très lourdes, comme il en va en matière de droit au respect de la vie familiale, peut entraîner une violation de l'art. 8 CEDH<sup>155</sup>. La

---

149 CourEDH [déc.], Boso c. Italie du 5 septembre 2002, n° 50490/99, Recueil 2002-VII, § 3. Voir également: ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 38.

150 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 596 et réf.

151 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 53–56 relatifs à une procédure d'attribution de l'autorité parentale conjointe. BLEICKER.

152 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n° 19938/20, § 96; ACEDH, A.T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 49; ACEDH, Nechay c. Russie du 25 mai 2021, n° 40639/17, § 53; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, § 101.

153 ACEDH [GC], Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, n° 25735/94, Recueil 2000-VIII, § 53; ACEDH, Leonov c. Russie du 10 avril 2018, n° 77180/11, l'attribution de la garde à la mère est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant et ne viole pas l'art. 8 CEDH; pour un exemple contraire: ACEDH, Elita Magomadova c. Russie du 10 avril 2018, n° 77546/14.

154 ACEDH, D.M. et N. c. Italie du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 82 ss dans le cadre d'une procédure d'adoptabilité; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, ce avant d'approuver le déménagement de l'enfant avec l'un des parents, qui se voit attribuer la garde; ACEDH, S.S. c. Slovénie du 30 octobre 2018, n° 40938/16, sur l'importance des expertises s'agissant du retrait des droits parentaux d'une mère souffrant de schizophrénie paranoïde, suivi du refus d'un droit de visite après l'adoption de son quatrième enfant.

155 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12; ACEDH, P., C. et S. c. Royaume-Uni du 16 juillet 2002, n° 56547/00, Recueil 2002-VI, § 137.

CourEDH déduit de l'art. 8 CEDH en présence d'un conflit d'intérêts entre parents et enfant que celui-ci soit représenté par un curateur afin que le processus décisionnel protège suffisamment ses intérêts<sup>156</sup>. La jurisprudence de Strasbourg accorde une importance notoire au rôle du curateur en tant que porte-parole de l'enfant dans la procédure<sup>157</sup>. La conception réductrice du rôle du curateur procédural développée par le TF, limitant sa fonction à la détermination objective du bien de l'enfant et à sa transmission au tribunal, ne nous paraît pas compatible avec l'art. 8 CEDH<sup>158</sup>. Il est également essentiel que le parent qui se trouve privé de son droit aux relations personnelles puisse avoir joué un rôle suffisamment important dans le processus décisionnel<sup>159</sup>.

Des manquements procéduraux peuvent également être sanctionnés sous l'angle de l'art. 6 CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable. Ainsi, le refus d'auditionner au moins l'aînée d'une fratrie et l'absence de toute motivation pour rejeter les prétentions des enfants à être entendues par le juge du divorce, alors qu'il s'agissait de décider du régime des visites du père, a entraîné la violation de l'art. 6 CEDH<sup>160</sup>. L'enfant doit également être suffisamment associé au processus décisionnel, faute de quoi le défaut d'audition peut constituer une violation de l'art. 8 CEDH<sup>161</sup>. Lorsque le droit interne ne le prévoit pas, l'art. 8 CEDH constitue la base légale exigeant l'audition de l'enfant<sup>162</sup>. La reconnaissance de l'enfant en tant que sujet de droit a permis d'accorder une place beaucoup plus importante à sa volonté, le non-respect de celle-ci pouvant conduire à la violation de l'art. 8 CEDH<sup>163</sup>.

Dans les affaires concernant l'état des personnes, une lenteur excessive peut avoir des conséquences sur la jouissance du droit au respect de la vie familiale, que la CourEDH sanctionne sous l'angle de l'art. 6 CEDH<sup>164</sup>. Si les restrictions rendues nécessaires par la crise du Covid-19 ont pu, de manière compréhensible, avoir un effet négatif sur le traitement des affaires devant les juridictions internes,

---

156 ACEDH, R.B. et M. c. Italie du 22 avril 2021, n° 41382/19, § 83.

157 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12, § 73 ss.

158 ATF 142 III 153, JdT 2017 II 202, confirmé par le TF, 5A\_894/2015 du 16 mars 2016, c. 4. LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 2138 et réf. note 4299; MEIER/STETTLER, N 750 ss.

159 ACEDH [GC], Elsholz c. Allemagne du 13 juillet 2000, n° 25735/94, Recueil 2000-VIII; ACEDH [GC], Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 30943/96, Recueil 2003-VIII, § 64; ACEDH [GC], Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 31871/96, Recueil 2003-VIII, § 62.

160 ACEDH, Iglesias Casarrubios et Cantalapedra Iglesias c. Espagne du 11 octobre 2016, n° 23298/12, § 42 s.

161 ACEDH, M. et M. c. Croatie du 3 septembre 2015, n° 10161/13, Recueil 2015-V, § 184.

162 Tel est le cas en droit suisse dans le cadre du regroupement familial inversé: ATF 147 I 149. LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 2056 note 4039 et réf.

163 En matière d'enlèvement international: ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12. Mais pour deux contre-exemples: ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, les motifs invoqués par l'enfant de 14 ans sont jugés insuffisants pour admettre l'opposition à son retour, et ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07.

164 ACEDH, Berlin c. Luxembourg du 15 juillet 2003, n° 44978/98, § 48 et 60; ACEDH [GC], Laino c. Italie du 18 février 1999, n° 33158/96, Recueil 1999-I, § 18.

elles ne permettent pas nécessairement d'exonérer l'Etat de sa responsabilité dans la longueur de la procédure au regard des exigences de l'art. 6 CEDH<sup>165</sup>. La durée excessive de la procédure peut toutefois également être sanctionnée exclusivement sous l'angle de l'art. 8 CEDH<sup>166</sup>; celui-ci répond à l'objectif plus large de garantir le respect de la vie privée et familiale<sup>167</sup>. L'absence de décision dans un délai raisonnable entraîne ainsi une violation de l'art. 6 § 1 CEDH, alors que l'absence de mesures nécessaires pour exécuter une décision prise en matière d'autorité parentale, à l'origine d'une perte de contact avec les enfants, consiste en une violation de l'art. 8 CEDH<sup>168</sup>.

Il existe en conclusion une intersection entre le champ d'application des art. 8 et 6 CEDH, peu aisée à circonscrire avec précision, mais dont la tendance est à l'absorption de l'art. 6 CEDH dans les obligations positives procédurales issues de l'art. 8 CEDH<sup>169</sup>. Le plaideur veillera néanmoins à invoquer les deux bases légales.

## II. Droit au mariage et droit de fonder une famille (art. 12 CEDH)

A teneur de l'art. 12 CEDH: «[à] partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit». L'art. 12 CEDH protège deux droits distincts, étant précisé que la réalisation du deuxième n'est pas une condition à la jouissance du premier; l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait passer pour le priver du droit de se marier<sup>170</sup>. Cette disposition entretient des liens étroits et complémentaires avec le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, ainsi qu'avec l'art. 5 du Protocole additionnel n° 7 (Prot. n° 7), selon lequel les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil durant le mariage et lors de sa dissolution,

---

165 ACEDH, Q et R c. Slovénie du 8 février 2022, n° 19938/20, § 80, violation de l'art. 6 § 1 CEDH en ce qui concerne la durée de la procédure d'autorisation de placement en famille d'accueil, les grands-parents maternels sollicitant le placement de leurs petits-enfants auprès d'eux après l'assassinat de la mère par le père.

166 ACEDH, Süss c. Allemagne du 10 novembre 2005, n° 40324/98, § 100, les exigences de célérité au sens de l'art. 6 § 1 CEDH sont implicitement contenues dans les garanties procédurales de l'art. 8 CEDH, et § 116; ACEDH, Penchevi c. Bulgarie du 10 février 2015, n° 77818/12, § 75 et 78 s.

167 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 68; ACEDH, A.T. c. Italie du 24 juin 2021, n° 40910/19, § 49, examen de la requête, reprochant aux autorités internes de ne pas avoir pris de mesures rapides de nature à assurer la mise en œuvre du droit de visite du père face l'attitude oppositionnelle de la mère, uniquement sous l'angle de l'art. 8 CEDH; de même: ACEDH, R.B. et M. c. Italie du 22 avril 2021, n° 41382/19, § 41.

168 ACEDH, Milovanović c. Serbie du 8 octobre 2019, n° 56065/10. Non-violation des art. 6 et 8 CEDH pour des griefs similaires in: ACEDH, Zdravković c. Serbie du 20 septembre 2016, n° 28181/11.

169 BOUCAUD, p. 519; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 299.

170 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 98. BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 5.

visant l'égalité au sein du couple et dans les relations avec les enfants qui en sont issus<sup>171</sup>.

### 1. *Droit au mariage*

Le mariage confère un statut particulier à celles et ceux qui s'y engagent, emportant des conséquences sociales, personnelles et juridiques<sup>172</sup>; l'exercice du droit de se marier est protégé par l'art. 12 CEDH. Il est admis que la protection du mariage constitue en principe une raison légitime pouvant justifier une différence de traitement entre couples mariés et non mariés, mais celle-ci s'analyse au regard des exigences de l'art. 8 § 2 en lien avec l'art. 14 CEDH<sup>173</sup>. Le droit au mariage est constitué d'un aspect tant positif que négatif: en consacrant le droit de se marier, l'art. 12 CEDH tend à garantir également le droit de ne pas se marier<sup>174</sup>.

Bien que l'art. 12 CEDH, comme l'ensemble des droits conventionnels, a avant tout pour but de garantir des droits subjectifs individuels<sup>175</sup>, il se dégage de la composante positive de cette disposition, une dimension statutaire, dans le sens où l'Etat a l'obligation de reconnaître un statut matrimonial<sup>176</sup>. L'obligation positive de protéger le droit au mariage est mise à l'épreuve dans le cadre de la lutte contre les mariages fictifs, le droit d'épouser la personne de son choix étant l'aspect que la jurisprudence de la CourEDH a traité de la manière la plus abondante<sup>177</sup>.

#### a. *Absence d'un droit au divorce*

La CourEDH a refusé de déduire de l'art. 12 CEDH un droit au divorce en 1986<sup>178</sup>. Elle a maintenu cette position ultérieurement<sup>179</sup>. Dans l'ACEDH Ba-

---

171 RS 0.101.07, entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> novembre 1988. Sur les liens entre les art. 8 et 12 CEDH, cf. *supra* C.I.4.

172 ACEDH [GC], Şerife Yiğit c. Turquie du 2 novembre 2010, n° 3976/05, § 72 et réf.; ACEDH [GC], Burden du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 63. Sur le contenu de cette garantie: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 4 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 12 N 3 ss; GRABENWARTER/PABEL, p. 362 ss N 80 ss; VAN RIJN, p. 838 ss; VILLIGER, p. 480 N 844 ss.

173 ACEDH, Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37, sous réserve du respect du principe de la proportionnalité. Cf. *supra* C.I.4.

174 CS-GONIN, art. 12 CEDH N 11, relevant, note 8, que la CourEDH n'a cependant pas tranché la question explicitement à ce jour, se fondant sur l'ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 67; MARGUÉNAUD, Liberté, p. 16.

175 GRABENWARTER/PABEL, p. 363 N 80.

176 PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 34 et FamPra.ch 2011 I, p. 329 et réf. note 45.

177 MARGUÉNAUD, Liberté, p. 16 s. Cf. *infra* D.I.2.b.

178 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 52. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 11 s.; MARGUÉNAUD, Liberté, p. 19; VAN RIJN, p. 846; VILLIGER, p. 482 N 846.

179 ACEDH, Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10, § 49; ACEDH, V.K. c. Croatie du 27 novembre 2012, n° 38380/08, § 99.

biarz c. Pologne, en 2017, les juges de Strasbourg n'ont pas tenu compte de la protection de la vie privée et familiale de la nouvelle cellule familiale, de laquelle était né un enfant, et ont permis à l'épouse de s'opposer au remariage de son conjoint; fondée sur une motivation rapide, l'arrêt fait face à de fortes opinions dissidentes convaincantes<sup>180</sup>. La prévalence d'un lien conjugal irrémédiablement altéré sur la réalité d'une nouvelle vie affective familiale heurte. Il découle de cette jurisprudence que, quelles que soient les circonstances, nul n'a le droit de divorcer sans l'accord de son conjoint. Or, sans aller jusqu'à abandonner l'interdiction d'un droit au divorce, la CourEDH aurait pu considérer que l'Etat qui autorise le divorce, sans y être obligé par la Convention, ne peut le soumettre entièrement à la volonté des parties. De surcroît, si le droit de divorcer n'est pas une garantie conventionnelle, paradoxalement le droit de se remarier l'est<sup>181</sup>.

La jurisprudence de Strasbourg n'exige ainsi pas une dépénalisation du droit du divorce, comme la connaît le droit civil suisse<sup>182</sup>. En revanche, la CourEDH a reconnu une violation de l'art. 8 CEDH dans une décision des autorités nationales confiant la garde des enfants au père en se fondant principalement sur le fait que la mère avait eu une relation extraconjugale<sup>183</sup>. L'art. 5 Prot. n° 7 n'introduit pas implicitement un droit au divorce et n'exclut pas des mesures plus favorables, au nom de l'intérêt de l'enfant, à l'un des conjoints après la dissolution du mariage<sup>184</sup>.

#### b. *Sexe des conjoints*

La CourEDH a dans un premier temps défendu une vision traditionnelle du mariage entre deux personnes de sexe biologique différent, le but poursuivi étant essentiellement de protéger le mariage en tant que fondement de la famille<sup>185</sup>. Elle a dans un second temps modifié sa jurisprudence en renonçant à ce que le sexe doive être déterminé selon des critères purement biologiques et en affirmant qu'aucune raison ne justifie que les personnes trans soient privées en toutes circonstances du droit de se marier<sup>186</sup>. Les juges de Strasbourg ont en

180 Opinions dissidentes in: ACEDH Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10, des juges SAJO, p. 12–21, favorable à la proclamation d'un droit au divorce, et PINTO DE ALBUQUERQUE, p. 21–36, faisant suite à un ACEDH de seulement 11 pages! HOCHMANN, p. 1005 ss, au titre évocateur: «Le mariage est une prison».

181 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. Cf. *infra* D.I.1.

182 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 9 et note 11.

183 ACEDH, Babayeva c. Azerbaïdjan du 30 janvier 2020, n° 57724/11.

184 ACEDH, Chepelev c. Russie du 26 juillet 2007, n° 58077/00, § 33–36. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 39.

185 ACEDH [GC], Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998, n°s 22985/93 et 23390/94, Recueil 1998-V, § 66; ACEDH, Cossey c. Royaume-Uni du 27 septembre 1990, n° 10843/84, Série A-184, § 43a; ACEDH, Rees c. Royaume-Uni du 10 octobre 1986, n° 9532/81, Série A-106, § 49. LEVINET, RTDH 1999, p. 646 ss.

186 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 100 et 103 *in fine*.

autre admis que le mariage au sens de l'art. 12 CEDH puisse ne pas se limiter à une union entre partenaires de sexe opposé<sup>187</sup>.

L'art. 12 CEDH n'impose toutefois pas aux Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple de partenaires de même sexe; la CourEDH s'est prononcée dans ce sens pour la première fois en 2010<sup>188</sup>. Elle a ensuite confirmé cette position, également sous l'angle de l'art. 12 combiné avec l'art. 14 CEDH, en laissant présager que l'évolution graduelle des législations nationales en la matière pourrait la faire changer d'avis<sup>189</sup>. La consécration d'un droit subjectif peine toutefois à s'imposer<sup>190</sup>. A cet effet, la version française de l'art. 12 CEDH est pourtant porteuse d'ouverture étant donné la précision selon laquelle «l'homme et la femme ont le droit de se marier». Si un droit au mariage ne peut pas davantage être déduit de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH, il n'en demeure pas moins que sur la base de l'art. 8 CEDH un régime juridique reconnaissant et protégeant les couples de partenaires de même sexe doit être prévu<sup>191</sup>.

## 2. *Droit de fonder une famille*

La question de savoir si le droit de fonder une famille est nécessairement lié au mariage est controversée. Si la Convention a vocation traditionnellement à protéger tout d'abord la famille nucléaire, qui se fonde sur le mariage et s'agrandit au rythme des naissances, la CourEDH a dissocié les aspects garantis par l'art. 12 CEDH dans sa jurisprudence sur les droits des personnes trans<sup>192</sup>. Il est soutenu que le droit de fonder une famille existe également en dehors des liens formels du mariage<sup>193</sup>; l'interprétation de l'art. 8 CEDH liée à la réalité sociale pourrait à cet effet avantageusement s'étendre au champ d'application de l'art. 12 CEDH<sup>194</sup>. A défaut, en doctrine, il est même défendu qu'il convient d'abolir l'art. 12 CEDH afin de protéger différentes formes de vie familiale par

187 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 61 ss. Les jalons avaient été posés à l'ACEDH, Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, en particulier l'*obiter dictum* § 100. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 327 et note 32; VAN RIJN, p. 843; VILLIGER, p. 481 N 844.

188 ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 62 s.

189 ACEDH, Chapin et Charpentier c. France du 19 juin 2016, n° 40183/07, § 37 ss; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 192, 11 Etats autorisant désormais le mariage entre personnes de même sexe, et § 194; ACEDH [GC], Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014, n° 37359/09, Recueil 2014, § 96 et 113; ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 66.

190 CHASSIN, p. 463 ss, ce malgré les doutes émis en doctrine sur le caractère durable du rejet par la CourEDH du mariage entre personnes de même sexe, cf. LEVINET, RTDH 2004, p. 900.

191 ACEDH, Fedotova et autres c. Russie du 13 juillet 2021, n° 40792/10, § 56; ACEDH, Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, n° 18766/11, § 185. Cf. *supra* C.I.4.

192 ACEDH [GC], Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, n° 28957/95, Recueil 2002-VI, § 98.

193 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 332 et réf. note 64.

194 GRABENWARTER/PABEL, p. 366 N 85, laissent la question ouverte; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 333. Cf. *supra* C.I.4.

le biais de l'art. 8 CEDH<sup>195</sup>. Néanmoins, la CourEDH reste frileuse sous l'angle de l'art. 12 CEDH<sup>196</sup>.

Il est controversé de déterminer si le droit de fonder une famille inclut pour un couple marié le droit d'adopter<sup>197</sup>; il ne découle en tous cas pas de cette norme un droit à l'adoption pour un couple non marié<sup>198</sup>. Il faut en déduire *a fortiori* qu'une personne seule n'est pas en mesure d'invoquer l'art. 12 CEDH pour adopter un enfant<sup>199</sup>. Il n'est en outre pas admis qu'un droit d'adopter figure en tant que tel à l'art. 12 CEDH, pas plus qu'il ne découle des art. 8 et 14 CEDH<sup>200</sup>.

Le droit de fonder une famille signifie pour le couple le droit de concevoir et de s'occuper de ses enfants<sup>201</sup>. Il le protège contre les mesures étatiques qui restreindraient la faculté d'avoir des enfants, ou limiteraient de manière injustifiée la possibilité de recourir à l'adoption ou aux techniques de procréation médicalement assistée (PMA). Toutefois, pour les couples non mariés et les couples de partenaires de même sexe, l'art. 8 CEDH reste nettement plus prometteur<sup>202</sup>.

### 3. Limitations

Le mariage n'est possible qu'à partir de l'âge nubile, tel que déterminé par le droit national<sup>203</sup>; une grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a depuis longtemps fixé l'âge minimal au mariage à 18 ans, avec ou sans dérogation possible<sup>204</sup>. L'Etat est en droit de refuser de reconnaître un mariage en raison du jeune âge de l'un de ses membres<sup>205</sup>.

Si l'art. 12 CEDH ne prévoit pas un second alinéa précisant ses conditions de restriction, comme le connaît l'art. 8 CEDH, l'exercice du droit au mariage

195 GRIGOLO, p. 1023 ss.

196 GRABENWARTER/PABEL, p. 363 N 80; VILLIGER, p. 485 N 850.

197 CS-GONIN, art. 12 CEDH N 33 admet un droit d'adopter en faveur du couple marié. *Contra*: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 13.

198 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 92. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 33.

199 Dans ce sens: CS-GONIN, art. 12 CEDH N 35; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 12 N 13.

200 ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 57; ACEDH, Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 89; ACEDH, Morretti et Benedetti c. Italie du 27 avril 2010, n° 16318/07, § 47; ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 72; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 41; ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 66 et 92. Cf. *supra* C.I.3.

201 PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 331 et réf. note 62.

202 Dans un sens similaire: VAN RIJN, p. 848.

203 ComEDH [déc.], Khan c. Royaume-Uni du 7 juillet 1986, n° 11579/85, D.R. 48, p. 257. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 6; PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 327 et réf. note 33; ZIEGLER, p. 334 et 336.

204 VILLIGER, p. 482 N 845; ZIEGLER, p. 334.

205 ACEDH, Z.H. et R.H. c. Suisse du 8 décembre 2015, n° 60119/12, § 44. RANDIER.

reste soumis aux lois nationales. Dans l'examen du droit interne, la CourEDH détermine si, compte tenu de l'ample marge d'appréciation de l'Etat, l'ingérence au droit garanti à l'art. 12 CEDH est arbitraire ou disproportionnée<sup>206</sup>. Elle n'utilise pas les critères de «nécessité» ou de «besoin social impérieux» utilisés dans le cadre de l'examen des restrictions à l'art. 8 CEDH, mais s'applique à garantir la substance même du droit au mariage et de fonder une famille<sup>207</sup>.

Les limitations du droit national comprennent des règles de forme, en particulier concernant la publicité et la célébration du mariage, ainsi que des dispositions de fond, basées sur des considérations généralement reconnues d'intérêt public, en matière de capacité, de consentement, de degré de parenté ou de prévention de la bigamie<sup>208</sup>. L'obligation de contracter mariage selon les formes prescrites par le droit civil ne consiste pas en un refus du droit de se marier; l'Etat est par exemple en droit de ne pas reconnaître un mariage uniquement religieux<sup>209</sup>. Un tel constat ne signifie toutefois pas encore le respect des autres droits conventionnels, dont les art. 8 et 14 CEDH, ce qui confirme qu'il convient de ne pas arrêter la réflexion d'un éventuel conflit entre le droit civil et la CEDH sur le seul respect de l'art. 12 CEDH. En outre, si l'Etat est en droit de faire respecter ses lois régissant le mariage, la manière de les appliquer peut être influencée selon les circonstances, en particulier l'appartenance à une minorité. Ainsi, la bonne foi de la requérante quant à la validité de son mariage, célébré selon les rites propres à la communauté rom, confirmée par la reconnaissance officielle de sa situation par les autorités, a permis de juger discriminatoire le refus de lui accorder le droit de percevoir une pension de réversion, alors qu'un tel droit est octroyé lorsque des époux croient de bonne foi à l'existence de leur mariage alors que celui-ci est nul<sup>210</sup>.

Les critères interdisant la discrimination, consacrés à l'art. 14 CEDH, s'appliquent en conséquence aux restrictions apportées au droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH. Les limitations du droit national au droit d'un étranger de se marier ont occupé les juges de Strasbourg et l'impact de cette jurisprudence sera

206 ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 90. BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH N 4; CS-GONIN, art. 12 CEDH N 26 sur l'ampleur de la marge d'appréciation.

207 ACEDH, *Muñoz Díaz c. Espagne* du 8 décembre 2009, n° 49151/07, § 78; ACEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 49; ACEDH, *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 32; ACEDH, *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, n° 9532/81, Série A-106, § 50. Cf. *supra* C.I. pour la compréhension de l'art. 8 § 2 CEDH.

208 ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89; ACEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 49; ACEDH, *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 32.

209 ComEDH [déc.], *X. c. République fédérale d'Allemagne* du 18 décembre 1974, n° 6167/73, D.R. 1, p. 65.

210 ACEDH, *Muñoz Díaz c. Espagne* du 8 décembre 2009, n° 49151/07, § 52 ss, 61.

examiné à la lumière du Code civil suisse<sup>211</sup>. L'art. 12 CEDH a même connu un regain de vitalité en lien avec des législations toujours plus restrictives dans le but de faire obstacle aux mariages de complaisance.

### III. Interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH)

A teneur de l'art. 14 CEDH: «[I]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation». Le Protocole n° 12, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2005, généralise l'interdiction de la discrimination, mais il n'est pas ratifié par la Suisse. En outre, l'art. 5 Prot. n° 7 traite spécifiquement de l'égalité entre époux; il vise l'égalité au sein du couple marié et dans les relations avec les enfants.

La CourEDH, si elle rappelle qu'elle n'est en principe pas appelée à régler des différends purement privés, reconnaît que les relations entre particuliers peuvent tomber sous l'empire de l'art. 14 CEDH<sup>212</sup>. Le cumul des art. 14 et 8 CEDH est ainsi d'importance cardinale en droit de la famille et a déjà permis des évolutions remarquables en matière d'égalité des filiations et d'égalité entre les sexes.

#### 1. Portée autonome à défaut d'existence indépendante

L'art. 14 CEDH complète les clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante étant donné qu'il vaut uniquement pour «la jouissance des droits et libertés» garantis. Il suffit pour que l'art. 14 CEDH trouve à s'appliquer que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention<sup>213</sup>. Il peut emporter une violation des droits conventionnels sans un manquement aux exigences de ces derniers: dans cette mesure, l'art. 14 CEDH possède une portée autonome<sup>214</sup>. L'interdiction de la discrimination s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Conven-

---

211 Cf. *infra* D.I.2.b.

212 ACEDH, Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, n° 69498/01, Recueil 2004-VIII, § 59, l'exclusion d'un enfant adoptif d'un héritage conduit la CourEDH à intervenir.

213 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 66; ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 61; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 47. GERARDS, p. 999 s.

214 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 66; ACEDH, Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, n° 20458/92, Recueil 1998-II, § 22 et réf.; ACEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, n° 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 71; ACEDH, Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 29.

tion, que l'Etat a volontairement décidé de protéger, même si la Convention ne les garantit pas expressément<sup>215</sup>.

Il appartient au requérant de démontrer qu'il se trouve dans une situation pertinente similaire à celle d'autres personnes traitées différemment<sup>216</sup>. Une distinction est discriminatoire au regard de l'art. 14 CEDH si elle manque de justification objective et raisonnable, soit si elle ne poursuit pas un but légitime, ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé<sup>217</sup>.

Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à certains égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte, mais la décision finale quant aux exigences de la CEDH appartient à la CourEDH<sup>218</sup>; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats parties peut constituer un facteur pertinent à cet égard<sup>219</sup>. Dès lors que des questions délicates touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, une large marge d'appréciation est laissée aux autorités nationales<sup>220</sup>. Or, les questions qui touchent au droit civil sont par définition des questions sensibles. De surcroît, la marge de manœuvre est plus étroite lorsqu'une discrimination est fondée sur les critères du sexe ou de la naissance. Les contours de la marge d'appréciation deviennent décisifs pour trancher les litiges soumis aux juges de Strasbourg.

## 2. Critères de distinction topiques en droit civil

La question de la différence de traitement juridique entre couples mariés et non mariés, et leurs enfants respectifs, est clé en droit de la famille. Il s'agit de la légitimité de l'état civil comme critère de distinction, ce qui revient à questionner le mariage comme source d'inégalités. Il existe une tension entre l'institution ma-

---

215 ACEDH [GC], Fábíán c. Hongrie 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 112; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 48, s'agissant du droit d'adopter; ACEDH, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, nos 9214/80 *et al.*, Série A-94, § 78. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 8.

216 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 100; ACEDH [GC], Fábíán c. Hongrie 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 113 et réf.

217 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 69; ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 56; ACEDH [GC], Burden du 29 avril 2008, n° 13378/05, Recueil 2008-III, § 60.

218 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 101.

219 ACEDH, Fretté c. France du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I, § 40; ACEDH, Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, n° 8777/89, Série A-87, § 40.

220 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 93; ACEDH, Fretté c. France du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I, § 41.

trimoniale au sens de l'art. 12 CEDH, reconnue par la CourEDH comme pouvant être privilégiée dans le cadre d'une jurisprudence conservatrice, et la conjonction du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, source d'une jurisprudence dynamique, également en lien avec l'art. 14 CEDH. La liste des critères de distinction consacrés à l'art. 14 CEDH est exemplative<sup>221</sup>. Seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable, ou «situation», sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire au sens de l'art. 14 CEDH<sup>222</sup>. L'expression «toute autre situation» a reçu une interprétation large, ne se limitant pas aux caractéristiques qui présentent un caractère personnel en ce sens qu'elles sont innées ou inhérentes à la personne. Ainsi, si le pays de résidence des enfants est le motif essentiel du traitement différencié des citoyens, il constitue un aspect du statut personnel aux fins de l'art. 14 CEDH<sup>223</sup>; cet article couvre en conséquence également les cas dans lesquels un individu est traité moins favorablement du fait de la situation ou des caractéristiques d'une autre personne<sup>224</sup>.

Le mode de vie peut à notre sens entrer dans la liste des motifs proscrits. Or, l'Etat est tenu de respecter des formes de vie familiale minoritaire, voire marginale, *a fortiori* les couples de fait<sup>225</sup>. En lien avec le mode de vie, la CourEDH a dû se prononcer sous l'angle des art. 14 et 8 CEDH sur la stigmatisation alléguée de la famille d'un enfant, liée à l'appartenance de celle-ci à l'ethnie rom; la discrimination fondée sur l'origine ethnique d'une personne est une forme de discrimination raciale, particulièrement odieuse et, compte tenu de ses conséquences dangereuses, elle exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités<sup>226</sup>. Dans la mesure où aucune motivation liée à l'origine ethnique de l'enfant et de sa famille n'a été invoquée par les juridictions internes pour justifier le placement de l'enfant, il est admis que ce placement a été motivé en raison de l'intérêt supérieur de la fillette d'être éloignée d'un milieu où elle était fortement pénalisée sous différents points de vue et

221 ACEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, n° 33290/96, Recueil 1999-IX, § 28, cf. l'adverbe «notamment».

222 ACEDH [GC], *Fabián c. Hongrie* 5 septembre 2017, n° 78117/13, § 113; ACEDH, *X c. Pologne* du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 68 et réf.

223 ACEDH, *X c. Pologne* du 16 septembre 2021, n° 20741/10, § 68; ACEDH, *Efe c. Autriche* du 8 janvier 2013, n° 9134/06, § 48. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 89, sur l'interprétation mouvante mais de façon générale dynamique de la notion de «toute autre situation».

224 ACEDH, *Guberina c. Croatie* du 22 mars 2016, n° 23682/13, § 78 s., la discrimination fondée sur le handicap de l'enfant, subie par le père dans le cadre de l'application de la législation fiscale, étant couverte par l'art. 14 CEDH.

225 PAPAUX VAN DELDEN, *FamPra.ch* 2011 I, p. 334 s. Cf. *infra* C.III.2.a, sur l'impact de la reconnaissance de l'égalité des filiations sur l'aplanissement des différences entre modèles familiaux formels et informels.

226 ACEDH, *Terna c. Italie* du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 91. Sur la vulnérabilité des Roms/Tsiganes impliquant d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie: ACEDH [GC], *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, n° 57325/00, Recueil 2007-IV, § 181.

également en raison de l'incapacité de sa grand-mère à exercer un rôle parental<sup>227</sup>.

L'âge entre également sous «toute autre situation». Le critère de la différence d'âge entre l'adoptante et l'adopté n'est à juste titre pas fixé de manière abstraite par le législateur suisse; la différence de traitement par rapport à une mère adoptante plus jeune n'a pas entraîné une discrimination sens de l'art. 14 CEDH en interdisant l'adoption d'un second enfant par une célibataire âgée de 47 ans<sup>228</sup>.

#### a. Naissance

Très tôt, la CourEDH a été une fervente protectrice de l'égalité des filiations, la différence de traitement selon que la filiation est établie dans ou hors des liens du mariage s'analysant en une discrimination sur la base de la naissance<sup>229</sup>. «[L]'État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance: ainsi le veut l'article 14 combiné avec l'article 8»<sup>230</sup>. La CourEDH relève que la communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe quant à l'importance de l'égalité de traitement entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage est établie depuis longtemps, ce qui a d'ailleurs conduit à une approche uniforme aujourd'hui des législateurs nationaux en la matière – le principe d'égalité éliminant les notions mêmes d'enfants légitimes et d'enfants nés hors mariage – et à une évolution sociale et juridique entérinant définitivement l'objectif de réaliser l'égalité entre les enfants<sup>231</sup>. Seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage<sup>232</sup>. Il en va ainsi également pour les questions successorales, même s'il n'existe pas *stricto sensu* de droit à hériter fondé sur la Convention<sup>233</sup>. La discrimination entre père marié et non marié

227 ACEDH, Terna c. Italie du 14 janvier 2021, n° 21052/18, § 98 et 99, quant au rôle de la tutrice, cf. § 22 s., la CourEDH estime que les considérations de celle-ci sont le reflet de préjugés, mais qu'il s'agit d'une base insuffisante pour conclure que les décisions des juridictions étaient motivées par l'origine ethnique de l'enfant et de sa famille.

228 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010, § 76 ss.

229 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 34. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 30 ss; GERARDS, p. 1023 s.

230 ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41.

231 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 102; ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 58.

232 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, nos 18592/15 et 43863/15, § 102; ACEDH, Brauer c. Allemagne du 28 mai 2009, n° 3545/04, § 40; ACEDH, Pla et Puncernau c. Andorre du 13 juillet 2004, n° 69498/01, Recueil 2004-VIII, § 61. Violation sous l'angle des art. 14 et 1 du Protocole n° 1 garantissant le droit de propriété: ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 59; ACEDH, Camp et Bourimi c. Pays-Bas du 3 octobre 2000, n° 28369/95, Recueil 2000-X, § 38; ACEDH, Mazurek c. France du 1<sup>er</sup> février 2000, n° 34406/97, Recueil 2000-II, § 30; ACEDH, Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, n° 8695/79, Série A-126, § 41. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 31; GERARDS, p. 1023 s.

233 ACEDH, Mitzinger c. Allemagne du 28 mai 2017, n° 29762/10, exclure des droits successoraux les enfants nés hors mariage avant une date donnée est discriminatoire; ACEDH, Wolter et Sarfert c. Allemagne du 23 mars 2017, nos 59752/13 et 66277/13. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 86.

dans leurs rapports avec l'enfant est prohibée par la jurisprudence de Strasbourg<sup>234</sup>.

Le principe de l'égalité des filiations est source de reconnaissance pour la diversité des modèles familiaux. La reconnaissance des droits de l'enfant mène en effet le droit à s'intéresser moins à la structure familiale qu'à l'enfant: la parentalité devient un statut privilégié comme le fut la conjugalité<sup>235</sup>. Dans ce cadre, l'œuvre jurisprudentielle de la CourEDH est substantielle: elle se charge de la mission de faire respecter les droits de l'enfant proclamés dans la CDE<sup>236</sup>.

#### b. *Sexe et orientation sexuelle*

Selon une jurisprudence constante, seules des considérations très fortes peuvent amener la CourEDH à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe<sup>237</sup>. La jurisprudence de Strasbourg a en particulier fait avancer le droit du nom en soulignant l'importance de la progression vers l'égalité entre hommes et femmes<sup>238</sup>. En matière de violence domestique, le manquement des autorités internes à assurer une protection effective cumulé à l'impunité de l'auteur, mènent à créer un climat propice à cette violence ou en substance à la cautionner; les Etats doivent lutter plus efficacement contre elle, notamment parce qu'elle touche particulièrement les femmes<sup>239</sup>.

L'orientation sexuelle consiste en une «autre situation» au sens de l'art. 14 CEDH, et les différences de traitement fondées sur ce critère doivent également être justifiées par des raisons particulièrement graves<sup>240</sup>. La marge d'appréciation de l'Etat est étroite: les différences fondées uniquement ou de manière décisive sur des considérations d'orientation sexuelle sont en effet inaccep-

234 ACEDH [GC], Sahin c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 30943/96, Recueil 2003-VIII; ACEDH, Sommerfeld c. Allemagne du 8 juillet 2003, n° 31871/96, Recueil 2003-VIII. WITTINGER, p. 92 ss.

235 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1366; PAPAU VAN DELDEN, Droits, p. 392; STEGMÜLLER, N 242.

236 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1360. Voir également: WYTENBACH/SCHLÄPPI, p. 462. Cf. *supra* C.I.2.

237 ACEDH, Yocheva et Ganeva c. Bulgarie du 11 mai 2021, n°s 18592/15 et 43863/15, § 102, la différence de traitement, dont la mère non mariée a été victime, s'analyse en une discrimination fondée à la fois sur sa situation familiale et sur son sexe, cf. § 125; ACEDH, Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37; ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, § 27. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 17 s.

238 Cf. *infra* D.III.1.

239 ACEDH, Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n° 41237/14, § 145; ACEDH, Halime Kiliç c. Turquie du 28 juin 2016, n° 63034/11, § 120. Sur le renforcement des exigences de la CourEDH à l'égard des violences domestiques: GARCIA, p. 257 ss. Cf. *supra* B.III.2.

240 ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 59; ACEDH, Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, n° 30141/04, Recueil 2010-IV, § 96 s.; ACEDH, Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, n° 40016/98, Recueil 2003-IX, § 37. CS-GONIN, art. 14 CEDH N 90; HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14 N 18 s.; GERARDS, p. 1024 s.

tables au regard de la Convention<sup>241</sup>. Exclure les couples de même sexe d'une forme de partenariat autre que le mariage n'est pas fondé sur des raisons solides et convaincantes, la CourEDH contrôlant de manière effective la discrimination<sup>242</sup>.

L'interdiction de la discrimination couvre également les questions liées plus largement à l'identité de genre<sup>243</sup>. En restreignant les droits parentaux de la requérante et ses contacts avec ses enfants sans procéder à une évaluation adéquate du préjudice possible pour les enfants, les juridictions internes se sont fondées sur sa transition de genre, l'ont distinguée en raison de son statut de personne transgenre et ont opéré une distinction qui n'était pas justifiée au regard de la CEDH; à défaut d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi, les art. 14 et 8 CEDH sont violés<sup>244</sup>.

## **D. Aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille à la lumière de la CEDH**

L'influence de la CEDH doit être analysée de manière rétrospective et prospective, afin d'en cerner au mieux les acquis et le potentiel. La réflexion portera sur l'impact de la CEDH sur l'interprétation du droit civil suisse, les modifications législatives intervenues et à envisager, en lien avec d'éventuelles lacunes et incompatibilités. Le champ d'analyse portera tout d'abord sur le mariage (I.), puis le droit de la filiation (II.), pour terminer avec le nom (III.), sans prétendre à l'exhaustivité même dans ces matières circonscrites.

### **I. Mariage**

Le mariage s'ouvre aux personnes de même sexe au 1<sup>er</sup> juillet 2022, sans que cette ouverture ne soit actuellement une exigence conventionnelle. Le nouvel art. 94 CC a la teneur suivante: «[l]e mariage peut être contracté par deux personnes âgées de 18 ans révolus et capables de discernement», la référence à l'homme et la femme étant supprimée<sup>245</sup>.

---

241 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 70 et réf.; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 93–96; ACEDH, Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, n° 33290/96, Recueil 1999-IX, § 36.

242 ACEDH [GC], Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013, nos 29381/09 et 32684/09, Recueil 2013-VI. DANIS-FATÔME, p. 737 ss. Cf. *supra* C.II.1.b.

243 ACEDH, X c. Pologne du 16 septembre 2021, requête n° 20741/10, § 70; ACEDH, A.M. et autres c. Russie du 6 juillet 2021, n° 47220/19, § 73; ACEDH, P.V. c. Espagne du 30 novembre 2010, n° 35159/09, § 30, admettant la dysphorie de genre comme étant couverte par l'art. 14 CEDH.

244 ACEDH, A.M. et autres c. Russie du 6 juillet 2021, n° 47220/19, § 79–81.

245 FF 2020 9607, Code civil (Mariage pour tous): Modification du 18 décembre 2020; les partenaires enregistré.e.s pourront convertir leur partenariat en mariage, cf. art. 35 et 35a nLPart.

### 1. *Démariage et remariage*

La CourEDH a jugé, à une courte majorité de 9 voix contre 8, que l'interdiction temporaire de remariage (art. 150 aCC), sanction civile imposée à l'époux coupable d'avoir gravement transgressé ses devoirs conjugaux par le tribunal qui avait prononcé le divorce, portait atteinte à la substance même du droit au mariage, moyen disproportionné pour atteindre un but estimé légitime et conforme à l'intérêt public, à savoir la stabilité du mariage<sup>246</sup>. La condamnation de la Suisse en 1987 avait entraîné l'intervention de la Cheffe du Département de justice et police afin que les tribunaux renoncent à appliquer l'art. 150 aCC, le temps – certes long – de son abrogation lors de la réforme du droit du mariage<sup>247</sup>.

Le droit au remariage permet d'admettre que le principe de l'unité du jugement de divorce ne fait pas obstacle à un jugement partiel rendu sur le seul principe du divorce, lorsque la procédure risque de se prolonger dans la durée<sup>248</sup>. Dans ce sens, une procédure de divorce qui s'étendrait sur plusieurs années peut entraîner une violation de l'art. 12 CEDH, en sus de celle de l'art. 6 § 1 CEDH<sup>249</sup>.

### 2. *Limitations au droit de se marier*

La place manque pour traiter de l'ensemble des limitations apportées par le Code civil au droit au mariage. Les sujets portés devant la CourEDH retiendront l'attention.

#### a. *Empêchement au mariage*

Au 1<sup>er</sup> janvier 2006, en parallèle avec l'entrée en vigueur de la LPart, l'empêchement au mariage fondé sur le lien d'alliance avec l'enfant du conjoint (art. 95 al. 1 ch. 2 aCC) a été supprimé. Le TF avait jugé que la prohibition du mariage avec l'enfant de son conjoint était conforme à l'art. 12 CEDH, réaffirmant que rien ne s'opposait à l'examen de la compatibilité d'une disposition légale fédérale avec la CEDH<sup>250</sup>. Cet arrêt offre une grille d'analyse de la jurisprudence fédérale relative à l'examen des restrictions au droit au mariage à la lumière de la CEDH. Les conditions du respect de l'essence du droit fondamental, ainsi que de la base légale étant manifestement remplies, le TF a examiné si

---

246 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128, § 36 et 40. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 593 s., relevant qu'une atteinte qui heurte le noyau intangible d'un droit fondamental est nécessairement disproportionnée.

247 RO 1999 1118. MALINVERNI, Modifications, p. 388.

248 ATF 144 III 298, c. 7.2; TF, 5A\_689/2019 du 5 mars 2020, c. 3.1. LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 2679 et réf. note 5180.

249 ACEDH, V.K. c. Croatie du 27 novembre 2012, n° 38380/08, § 106.

250 ATF 128 III 13, c. 3. Cf. *supra* B.II. Pour les réf. de la LPart, cf. *infra* note 410.

l'interdiction de mariage statuée pour les relations entre beaux-parents se fondait sur des motifs d'intérêt public généralement reconnus et si ceux-ci l'emportaient sur l'intérêt des requérants à se marier; il l'a admis au nom de la stabilité de la famille, de la protection du libre épanouissement et de l'intégrité sexuelle de l'enfant du conjoint<sup>251</sup>.

En 2005, la CourEDH a toutefois eu l'occasion d'indiquer que l'interdiction généralisée pour une belle-fille d'épouser son beau-père, aussi longtemps que le fils du beau-père et sa mère ne sont pas décédés, violait l'art. 12 CEDH, même si cette prohibition était prévue afin de protéger l'intégrité familiale<sup>252</sup>. La suppression de l'art. 95 al. 1 ch. 2 aCC s'imposait.

### *b. Mariages fictifs*

Le mariage est qualifié de fictif (*Scheinehen*) lorsque les époux n'ont pas la volonté sérieuse de se marier et utilisent l'institution à des fins qui lui sont étrangères, dans le but exclusif de contourner les dispositions du droit des étrangers. Le mariage fictif se distingue du mariage motivé par des considérations par exemple successorales ou du mariage d'intérêt, dans lequel l'époux établi en Suisse voue une réelle affection pour son conjoint au statut précaire. Sans égard au caractère individuel du droit au mariage, après avoir laissé la question ouverte, le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence depuis bien établie, a toutefois déclaré qu'il suffit que l'un des fiancés ait l'intention réprouvée pour que le mariage soit fictif<sup>253</sup>. Le mariage blanc se distingue également des mariages arrangés et forcés, l'impossibilité le cas échéant de célébrer de tels mariages s'analysant au regard de la capacité matrimoniale des fiancés<sup>254</sup>. L'ensemble de cette typologie de mariages met à l'épreuve le respect des droits fondamentaux des intéressés.

La lutte contre les mariages de complaisance par le biais du droit civil a donné lieu à des interprétations inconciliables et particulièrement intéressantes quant à l'influence de la CEDH. Il s'agit d'un sujet délicat dans la mesure où le droit civil est amené à servir des fins qui ne sont pas les siennes, soit des objectifs liés à la police et à la politique des étrangers<sup>255</sup>.

---

251 ATF 128 III 13, c. 4 et 5c.

252 ACEDH, B. et L. c. Royaume-Uni du 13 septembre 2005, n° 36536/02, § 37 ss. CS-GONIN, art. 12 CEDH N 28.

253 ATF 142 III 609, c. 3.3.2, confirmé par ex. in: TF, 5A\_1041/2018 du 9 mai 2019, c. 5.2. Question ouverte encore in: TF, 5F\_11/2015 du 2 février 2016, c. 4.1. Critiques: CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 5a; PETRY, p. 164 s.; FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 753; GEISER, p. 829.

254 PAPAU VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II, p. 597. Sur la reconnaissance en Suisse d'un mariage conclu à l'étranger avec une personne mineure et des propositions de modifications législatives: RANDIER, N 26 ss.

255 PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 4.

aa. Enseignements tirés des art. 12 et 8 CEDH

Dans l'ACEDH *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, la CourEDH a clairement établi qu'un Etat contractant peut légitimement subordonner le droit d'un étranger de se marier à des conditions raisonnables en vue d'empêcher les mariages de complaisance, contractés dans le seul but d'obtenir un avantage au regard des lois sur l'immigration<sup>256</sup>. Une restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale, outrepassé toutefois une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle<sup>257</sup>. Les lois nationales ne peuvent priver une personne ou une catégorie de personnes jouissant de la capacité juridique d'exercer le droit au mariage avec le ou la partenaire de leur choix<sup>258</sup>. La jurisprudence de Strasbourg établit ainsi que l'art. 12 CEDH peut être invoqué par des étrangers qui résident illégalement dans un Etat membre et que la possibilité de se marier à l'étranger ne suffit pas à satisfaire aux exigences de cette disposition<sup>259</sup>.

Quant à l'art. 8 § 1 CEDH, le droit au respect de la vie privée et familiale permet à un célibataire étranger de déduire un droit à une autorisation de séjour en présence d'indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent avec une personne ayant le droit de résider durablement en Suisse<sup>260</sup>. Un tel droit n'existe donc pas en présence d'un mariage de complaisance.

bb. Obstacles en droit civil au mariage des étrangers

La modification de la loi sur les étrangers entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2008 a entraîné celle du Code civil, en introduisant l'art. 97a al. 1 CC, selon lequel l'officier de l'état civil refuse son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers; l'officier de l'état civil entend les fiancés et peut requérir des renseignements auprès d'autres autorités ou tiers (art. 97a al. 2 CC)<sup>261</sup>. Cet article a pour but de concrétiser le principe déjà développé par la jurisprudence du TF selon lequel les mariages de complaisance

---

256 ACEDH, *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, n° 34848/07, Recueil 2010-VI, § 82 ss, 87 s., la loi britannique sur l'immigration destinée à empêcher les mariages blancs est toutefois jugée discriminatoire et attentatoire au droit au mariage. Voir également: ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89.

257 ACEDH, *O'Donoghue c. Royaume-Uni* du 14 décembre 2010, n° 34848/07, Recueil 2010-VI, § 89. Déjà: ComEDH [déc.], *Klip et Krüger c. Pays-Bas* du 3 décembre 1997, n° 33257/96, D.R. 91-B, p. 66 ss, 72 s.; ComEDH [déc.], *Sanders c. France* du 16 octobre 1996, n° 31401/96, D.R. 87-A, p. 160 ss, § 1. ComPra-BURGAT/MATTHEY, art. 98 CC N 29.

258 ACEDH, *Frasik c. Pologne* du 5 janvier 2010, n° 22933/02, Recueil 2010-I, § 89 et réf.

259 CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN, art. 98 N 19; MEIER/CARANDO, N 5.

260 ATF 137 I 351, c. 3.2; TF, 2C\_295/2017 du 27 mars 2017, c. 5.1. CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN, art. 97a N 2a.

261 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (RO 2007 5437; FF 2002 3469).

ayant pour seul but d'éluder les dispositions sur la police des étrangers constituent des abus de droit<sup>262</sup>.

Selon le TF, l'art. 97a CC respecte le droit de se marier au sens de l'art. 12 CEDH, étant donné qu'il protège le mariage comme véritable but de la demande des fiancés et ne lèse pas l'essence même de ce droit fondamental dans la mesure où il cherche uniquement à en empêcher un exercice abusif<sup>263</sup>. A notre sens, une telle limitation au mariage reste discutable à la lumière des art. 8, 12 et 14 CEDH<sup>264</sup>. Il est difficile de prouver que l'intention de se marier est fondée exclusivement sur des raisons de police des étrangers et l'autorité est amenée à se baser uniquement sur des indices. Or, l'intérêt public visant à combattre les mariages de complaisance ne l'emporte sur l'intérêt privé des futurs époux que si aucun doute ne subsiste sur leur volonté réelle de contourner les dispositions sur l'admission des étrangers<sup>265</sup>. Le pouvoir d'examen de l'officier de l'état civil est au demeurant notablement plus restreint que celui des autorités migratoires ou du juge saisi d'une action en annulation du mariage<sup>266</sup>. A défaut d'abus manifeste, le refus de célébrer le mariage ne respecte pas le principe de la proportionnalité tout en ne répondant pas à un objectif d'intérêt public et viole en conséquence le droit au mariage des fiancés garanti par l'art. 12 CEDH<sup>267</sup>.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2011, sont encore entrés en vigueur l'art. 98 al. 4 CC, selon lequel les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire, ainsi que l'art. 99 al. 4 CC autorisant l'office de l'état civil à communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'ont pas établi la légalité de leur séjour en Suisse<sup>268</sup>. Ces dispositions ont pour but de combattre les mariages de complaisance et de coordonner les décisions de la police des étrangers ainsi que celles de l'officier de l'état civil; elles ont fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine<sup>269</sup>.

L'art. 98 al. 4 CC établit une présomption irréfragable de mariage fictif liée à l'absence d'un titre de séjour valable en Suisse<sup>270</sup>. Toute une catégorie de per-

262 FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 756; CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 1 s.

263 TF, 5A\_347/2013 du 22 août 2013, c. 4.1; TF, 5A\_901/2012 du 23 janvier 2013, c. 3.1.

264 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 2 et FamPra.ch 2011 II, p. 599.

265 PETRY, p. 170 en conclut que l'art. 97a CC est contraire au droit au mariage.

266 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 3.

267 UEBERSAX, p. 26, dans ce sens sous l'ancien droit, lorsque le refus de célébrer le mariage était fondé sur l'abus de droit.

268 Loi fédérale du 12 juin 2009 (Empêcher les mariages en cas de séjour irrégulier), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (RO 2010 3057; FF 2008 2247 2261). La même règle pour les partenaires enregistrés est également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 5 al. 4 LPart) et l'analyse faite sous l'angle de l'art. 12 CEDH pour les époux peut être soutenue sur la base du droit au respect de la vie privée selon l'art. 8 CEDH, cf. MEIER/CARANDO, N 47.

269 FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 750 s.; MEIER/CARANDO; MÜLLER, p. 15; NEVES, p. 789 s; PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007 et FamPra.ch 2011 II, p. 597 ss; CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 2, et art. 98 N 19 et 19b.

270 PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 3.

sonnes étant ainsi privée de l'exercice du droit au mariage, la conventionnalité d'un empêchement définitif au mariage au regard des art. 8, 12 et 14 CEDH interroge, en particulier à la lumière de l'ACEDH O'Donoghue c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010 selon lequel le droit fondamental de se marier ne peut être limité par des mesures générales, automatiques et indifférenciées<sup>271</sup>. La Suisse a de surcroît déjà été condamnée pour avoir prévu dans le Code civil un empêchement de nature seulement temporaire au remariage<sup>272</sup>.

L'interprétation prétorienne était très attendue. Dans la première affaire qui lui a été soumise, la II<sup>e</sup> Cour de droit public du TF a constaté que l'art. 98 al. 4 CC n'offre aucune marge de manœuvre à l'officier de l'état civil; les autorités de police des étrangers doivent néanmoins, selon une interprétation conforme du Code civil à la CEDH, délivrer une autorisation de séjour provisoire en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indice que le fiancé étranger entende invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union, le TF invitant les autorités à «faire preuve de discernement»<sup>273</sup>. Par le biais d'une interprétation conforme, le TF évite la non-applicabilité de la disposition de droit civil. Cette conclusion a été confirmée dans un second arrêt rendu quelques mois seulement après le précédent par la II<sup>e</sup> Cour de droit civil, dans le cadre d'un recours contre un arrêt du 30 septembre 2011 du Tribunal cantonal vaudois, selon lequel l'art. 98 al. 4 CC violait l'art. 12 CEDH et partant était inapplicable<sup>274</sup>. Le TF ajoute une précision sur la répartition des compétences respectives des autorités de police des étrangers et de l'officier de l'état civil; si l'autorité de police n'a pas été saisie préalablement, l'art. 98 al. 4 CC ne permettant pas à l'officier de l'état civil de statuer préjudiciellement sur la légalité du séjour, celui-ci doit fixer au fiancé étranger un délai suffisant, arrêté à 60 jours, pour saisir l'autorité compétente et produire l'attestation de la légalité de son séjour en Suisse, ce au nom du respect du principe de la proportionnalité et de l'interdiction de tout formalisme excessif<sup>275</sup>. Par ce biais est décrétée une nouvelle condition au mariage.

Le raisonnement du TF aujourd'hui bien établi reste discutable. Il est douteux que l'existence d'abus, même manifestes, lesquels ne sont de surcroît pas limités aux étrangers en situation irrégulière, justifie cette restriction au droit de

271 CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 97a N 2, Osmose, p. 73 et Jusletter 2007, N 1; MEIER/CARANDO, N 9 et N 26 ss en détail sur l'ACEDH, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, N 41 ss sur ses conséquences pour le droit suisse et N 48 soutenant que l'art. 98 al. 4 CC devrait rester lettre morte. Cf. *supra* D.I.2.b/aa. Dénonçant l'inconstitutionnalité du refus de marier les fiancés: SANDOZ, REC 2000, p. 416.

272 ACEDH, F. c. Suisse du 18 décembre 1987, n° 11329/85, Série A-128. PAPAU VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 4. Cf. *supra* D.I.1.

273 ATF 137 I 351, c. 3.7. CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 98 N 19a; NEVES, p. 787 ss.

274 Arrêt TC Vaud du 30 septembre 2011, GE.2011.0082, FamPra.ch 2012, p. 149. NEVES, p. 785 ss.

275 ATF 138 I 41, c. 5. CR CC-PAPAU VAN DELDEN, art. 98 N 19b.

se marier, ce d'autant que la préoccupation d'éviter de tels abus risque de l'emporter sur la volonté de préserver les droits des personnes concernées. De surcroît, sauf à obtenir un visa pour venir se marier en Suisse, étant précisé qu'il n'y a pas de droit à l'obtention d'un tel visa ou d'une autorisation de courte durée si la procédure préparatoire du mariage n'est pas achevée dans les trois mois (art. 100 CC), les ressortissants suisses qui veulent épouser un étranger non européen sans autorisation de séjour devront se marier à l'étranger, ce qui porte une atteinte directe à leurs droits fondamentaux<sup>276</sup>. La conventionnalité (art. 8, 12 et 14 CEDH) de cette nouvelle condition posée à l'accès au mariage ne nous paraît pas remplie, instaurant une présomption quasi irréfragable de mariage fictif pour une catégorie de personnes<sup>277</sup>. La marge de manœuvre donnée à l'autorité de police des étrangers est importante, au point de lui concéder la compétence de déterminer si un étranger a le droit ou non de se marier, ainsi que le but du mariage, alors que le législateur a attribué cette compétence à l'officier de l'état civil (art. 97a al. 1 CC)<sup>278</sup>. La présomption de mariages fictifs revient à créer deux catégories d'étrangers face au mariage; en doctrine, il est soutenu que seule la voie de l'enquête en cas de soupçons manifestes telle qu'elle est prévue à l'art. 97a al. 2 CC permet de se conformer à la jurisprudence de Strasbourg<sup>279</sup>.

L'obligation d'annonce aux autorités compétentes en matière de police des étrangers prévue à l'art. 99 al. 4 CC est également problématique, car la peur de la dénonciation et de ses potentielles conséquences sont autant d'obstacles au mariage des personnes sans séjour légal en Suisse<sup>280</sup>. Si la CourEDH admet que les fiancés puissent avoir à établir leur situation sous l'angle du droit des étrangers, elle ne dit rien quant à une obligation de dénoncer aux autorités administratives, qui pourrait entraîner une expulsion alors même que la volonté de se marier est sincère<sup>281</sup>. Il faut à notre sens en conclure que les art. 98 al. 4 et 99 al. 4 CC ne respectent pas le droit de se marier garanti par l'art. 12 CEDH<sup>282</sup>.

## II. Droit de la filiation

La filiation au sens juridique du terme est le lien entre un enfant et ses parents tel qu'il est établi par le Code civil, fondé en grande partie sur la prémisse selon laquelle les père et mère désignés par le droit sont les parents génétiques de

---

276 Dans ce sens également: MEIER/CARANDO, N 21; SPESCHA, p. 119 s., il s'agit d'un obstacle important au mariage en raison du temps et des coûts engendrés.

277 PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs, N 3 s. Dans ce sens également: GEISER, p. 831 N 28. MEIER/CARANDO, N 16 ss sur les critiques politiques et doctrinales.

278 MATTHEY, p. 4; NEVES, p. 789.

279 MEIER/CARANDO, N 45.

280 CR CC-PAPAUX VAN DELDEN, art. 99 N 24.

281 MEIER/CARANDO, N 46.

282 Dans ce sens en tous cas pour l'art. 98 al. 4 CC: MEIER/CARANDO, N 48; NEVES, p. 790.

l'enfant. Le droit de l'établissement et de la contestation de la filiation date encore en grande partie des années 70, l'impulsion de changement prenant sa source à la fin des années 50; si les réformes n'ont pas encore atteint cette matière, la révision est en cours. Le Conseil fédéral a en effet nommé un groupe d'expert.e.s, qui a rendu ses conclusions en juin 2021, afin de proposer une modification de cette partie du droit de la famille<sup>283</sup>.

L'influence de la jurisprudence de la CourEDH sur le droit de la filiation a été significative, en particulier sur la base de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, dans les domaines de l'établissement de la filiation, de l'adoption, de l'autorité parentale et également du droit à la connaissance des origines<sup>284</sup>. L'interdiction de la discrimination et le droit au respect de la vie familiale ont ainsi été les principes directeurs de plusieurs réformes du droit de la filiation au cours des dernières décennies dans le but d'améliorer le statut des enfants<sup>285</sup>. La réforme du droit de la filiation, entrée en vigueur en 1978, a ainsi supprimé les règles de la version initiale du Code civil, lesquelles différaient en matière d'établissement et des effets de la filiation en fonction du caractère légitime ou illégitime de la filiation de l'enfant<sup>286</sup>. Pour que le principe de l'autorité parentale conjointe s'étende également aux enfants de parents non mariés, il faudra néanmoins attendre 2014<sup>287</sup>. A suivi, en 2017, l'introduction de la contribution de prise en charge (art. 276 al. 2 et art. 285 al. 2 CC) afin de remédier aux désavantages subis par les enfants de parents non mariés en matière d'entretien<sup>288</sup>. La Suisse a pour la première fois reconnu la possibilité pour l'enfant d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe en permettant l'adoption de l'enfant du ou de la partenaire de fait lors de la révision du droit de l'adoption entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018<sup>289</sup>. Avec l'ouverture du mariage aux couples de même sexe dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022, la loi consacrera la présomption de «parentalité» pour l'épouse de la mère de l'enfant conçu suite à un don de sperme en Suisse (art. 255a CC)<sup>290</sup>.

283 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Etablissement de la filiation; JUNGO *et al.*, Recommandations 2021. Voir également: JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 18 et N 91 sur la filiation comme construction sociale, N 34 sur le lien étroit entre parenté et mariage; sur l'aspect par essence politique de la filiation: MESNIL, N 12.

284 COTTIER/WYTTEBACH, p. 75 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 1 ss.

285 CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation, p. 32 ss; Message Autorité parentale, p. 8325; Message Entretien de l'enfant, p. 533 ss; Message Adoption, p. 865 s. CREVOISIER, p. 156 ss et 311 ss.

286 Modification du 25 juin 1976, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1978 (RO 1977 237; FF 1974 II 1 ss). Cf. Code civil suisse du 10 décembre 1907 (FF 1904 IV 1, FF 1907 VI 402).

287 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale, p. 8315 ss. Cf. *infra* D.II.6.a.

288 Loi fédérale du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (RO 2015 4299; FF 2014 511). L'égalité recherchée n'est que partiellement atteinte, compte tenu de l'interprétation retenue par le TF, qui limite la contribution de prise en charge à la couverture des frais de subsistance, cf. ATF 144 III 377, c. 7, SJ 2018 I 467; COTTIER, Impulsions, p. 162.

289 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (RO 2017 3699; FF 2015 835). Cf. *infra* D.II.4.b.

290 FF 2020 9607, Code civil (Mariage pour tous): Modification du 18 décembre 2020. Cf. *infra* D.II.2.a et 5.a. Sur le terme «parentalité» qui correspond à celui de «parenté» dans la doctrine juridique francophone, voir: JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 4, note 1.

Si ces progrès indéniables vers un droit de la filiation respectant les droits fondamentaux des enfants quelle que soit leur constellation familiale suffisent à réaliser pleinement le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH, cumulé le cas échéant au principe de non-discrimination (art. 14 CEDH), étant rappelé que l'Etat doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance, est une question qui mérite encore d'être examinée<sup>291</sup>.

### 1. *Filiation biologique*

La place à accorder à la filiation biologique (non juridique) se pose à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, qui a reconnu au critère biologique un rôle de plus en plus important, en lien avec l'essor pris par le droit à la connaissance des origines, déduit du droit à l'identité, partie intégrante de la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>292</sup>. Celui-ci sépare la fonction identitaire des autres fonctions de la filiation, ce qu'illustre l'arrêt jugé révolutionnaire du TF, qui a créé une action *sui generis* en recherche des origines, fondée directement sur l'art. 28 CC, dont le but exclusif est de connaître l'identité du parent biologique<sup>293</sup>. Cette action a permis à l'enfant majeur né dans le mariage de rechercher ses origines, sans que la fiction juridique de la paternité du mari ne soit écartée. Le droit à la connaissance des origines est indépendant du droit d'être élevé par son parent biologique, comme de celui d'établir la filiation juridique avec le père biologique. L'intérêt de l'enfant ne diffère pas en fonction du mode de sa conception ou de l'état civil de ses parents; si l'enfant adopté (art. 268c CC) ou issu d'une insémination hétérologue (art. 27 LPMA) s'adresse à l'Etat pour avoir accès aux données concernant son identité, l'enfant conçu naturellement fait valoir son droit à l'encontre de personnes privées, ce qui illustre l'effet horizontal des droits fondamentaux et soulève des problèmes d'accès aux informations détenues en mains privées. Dans le cadre de l'action *sui generis*, l'art. 296 al. 2 CPC, appliqué par analogie, permet d'exiger des parties et des tiers qu'ils se prêtent aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation, sous réserve d'une pesée des intérêts étant donné que l'action est fondée sur l'art. 28 CC<sup>294</sup>. Le droit reconnu à la connaissance des origines est partant relatif, ce qui est conforme à la pesée

---

291 ACEDH [GC], *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 41. Cf. *supra* C. III.2.a. En faveur de réformes nécessaires du point de vue de la protection contre la discrimination: COTTIER, *Impulsions*, p. 180.

292 ACEDH, *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], *Odièvre c. France* du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29. Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 24. Cf. *supra* C.I.3.b.

293 ATF 134 III 241, JdT 2009I 411. En détail sur cette action *sui generis*: PAPAUX VAN DELDEN, *Facettes*, p. 122 ss.

294 PAPAUX VAN DELDEN, *Facettes*, p. 125, sur l'application à l'action *sui generis* en recherche des origines des règles des actions d'état de droit de la filiation, à l'exception de celles relatives au délai.

des intérêts exigée par l'art. 8 § 2 CEDH<sup>295</sup>; le droit absolu accordé à l'enfant majeur adopté ou né d'une insémination hétérologue va plus loin que les exigences conventionnelles. L'action *sui generis* rend effectif le droit de connaître ses origines, issu du droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH, indépendamment de la prescription de l'action d'état de la filiation<sup>296</sup>.

L'art. 8 CEDH a également permis à la CourEDH d'être réceptive aux revendications du père biologique aux fins d'avoir des contacts avec son enfant naturel, auxquels les parents juridiques faisaient opposition<sup>297</sup>. La protection du foyer familial et de la stabilité psychologique de l'enfant joue un rôle important et peut le cas échéant faire obstacle aux demandes du parent biologique, en particulier putatif<sup>298</sup>.

Le droit civil doit en conséquence prévoir la possibilité pour une autorité d'examiner si un droit de visite du père biologique, confirmé ou putatif, est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'art. 274a CC permet dans des circonstances exceptionnelles l'octroi d'un droit de visite à un tiers. La jurisprudence s'est montrée restrictive et privilégie l'intérêt déterminant de l'enfant, à l'exclusion de celui de la personne qui sollicite le droit aux relations personnelles, celles-ci devant servir positivement le bien de l'enfant, et non simplement ne pas lui porter préjudice<sup>299</sup>. Si cette approche paraît en harmonie avec celle de la CourEDH dans la mesure où elle met en évidence l'intérêt de l'enfant, les autorités d'application du droit sont néanmoins appelées en pratique à favoriser les droits du parent naturel. En effet, la relation du père biologique avec son enfant, sous réserve d'un désintéret total ou d'être le donneur de sperme dépourvu de projet parental, est protégée par la vie familiale selon l'art. 8 CEDH, disposition qui vise à garantir le droit de visite, la protection contre les expulsions liées au droit des étrangers et le droit à l'information du père naturel<sup>300</sup>. Le TF n'a pas eu l'occasion à notre connaissance de se prononcer sur le droit de visite du père biologique. Un arrêt retient toutefois l'attention, étant donné qu'il accorde un droit aux relations personnelles au parent social suite à la dissolution du partenariat enregistré<sup>301</sup>. La relation avec l'enfant issu d'un projet parental commun

295 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29. Cf. *infra* D.II.2.c/bb.

296 Voir également: CACI 30 avril 2014/216, JdT 2014 III 129, mesure provisionnelle admise, visant l'obtention par l'enfant d'un prélèvement ADN sur la dépouille de son père biologique, sur la combinaison des art. 28 CC et 8 CEDH.

297 ACEDH, Anayo c. Allemagne du 21 décembre 2010, n° 20578/07. Cf. *supra* C.I.3.a.

298 ACEDH, Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le refus d'accorder au père biologique potentiel un droit de visite ou d'information; ACEDH, Schneider c. Allemagne du 15 septembre 2011, n° 17080/07, § 104, violation de l'art. 8 § 2 CEDH.

299 ATF 129 III 689, c. 3.1, JdT 2004 I 264; TF, 5A\_831/2008 du 16 février 2009, c. 3.2.

300 REUSSER/SCHWEIZER, p. 613. Cf. *supra* C.I.3.a.

301 ATF 147 III 209, c. 5.2. Voir également: TF, 5A\_520/2021 du 12 janvier 2022, c. 5.

à deux femmes est reconnue, alors même qu'il n'y a pas de lien biologique avec l'enfant, en harmonie avec la jurisprudence de Strasbourg<sup>302</sup>.

Récemment, la CourEDH a d'ailleurs relativisé l'importance du lien biologique et a définitivement assuré la primauté du bien de l'enfant: le refus des juridictions internes d'établir juridiquement la paternité du requérant à l'égard de son fils biologique, né d'une gestation pour autrui pratiquée (GPA) en France, après que l'enfant fut confié par la mère porteuse à un couple tiers, a respecté l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>303</sup>.

## 2. *Etablissement de la filiation hors adoption*

### a. *Etablissement de la filiation maternelle*

Le droit suisse consacre le principe *mater semper certa est* (art. 252 al. 1 CC). Le lien de filiation maternelle est établi par la naissance et ne peut être détruit que par l'adoption. La présomption de maternité est élevée au rang de fiction, car il n'existe pas d'action en contestation du lien de filiation maternelle. Le fait que la mère biologique, qui porte l'enfant, puisse ne pas être la mère génétique, donneuse de l'ovule ou de l'embryon, n'appelle pas à revoir ces principes; ceux-ci garantissent l'intérêt de l'enfant en lui accordant dès la naissance au moins un parent et répondent à l'intérêt public<sup>304</sup>. Il faut néanmoins s'affranchir d'une approche trop rigide de ce principe, lorsqu'il est question de reconnaître un lien de filiation valablement créé à l'étranger entre un enfant né d'une GPA et ses parents d'intention<sup>305</sup>. Le lien de filiation maternelle ne dépend pas de l'état civil de la mère qui accouche en Suisse et la protection juridique ainsi accordée par le Code civil rend possi-

---

302 ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du rejet de la demande d'obtenir un droit de visite et d'hébergement de l'enfant de son ancienne conjointe; ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020, n° 19511/16, non-violation de l'art. 8 CEDH malgré le refus d'accorder à la requérante un droit de visite à l'égard de l'enfant de son ex-compagne né par PMA, en raison des relations particulièrement conflictuelles entre les deux femmes, plaçant l'enfant dans une situation traumatisante et culpabilisante.

303 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 56 ss, violation toutefois de l'art. 8 CEDH en raison du manquement de l'Etat défendeur au devoir de diligence exceptionnelle qui s'imposait à lui au titre de ses obligations procédurales, cf. § 73. Sur l'importance du lien biologique en matière de GPA, cf. *infra* D.II.5.b.

304 JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 2. Sur cette vision naturaliste de la filiation maternelle: MESNIL, N 233. Sur l'action en constatation de maternité, cf. *infra* D.II.c/bb.

305 Pour une approche trop stricte à notre sens de ce principe: TF, 5A\_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, la mère porteuse géorgienne est inscrite comme mère légale en Suisse et non la mère d'intention, de surcroît mère génétique des jumeaux, la particularité étant aussi que la filiation avec les parents d'intention a été établie par effet de la loi géorgienne dans un acte de naissance, sans décision judiciaire. Critiques: ANTHONIOZ, N 52 ss, et N 79 proposant de désacraliser le principe *mater semper certa est*; BUCHER, Jusletter 2022, N 7 ss; voir également: PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 97 et note 47. Cf. *infra* D.II.5.b.

ble dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille, comme l'exige l'art. 8 CEDH<sup>306</sup>.

L'ouverture du mariage et l'accès au don de sperme pour les couples de femmes mariées permettront que le lien de filiation entre l'enfant et l'épouse de la mère qui accouche soit établi dès la naissance (art. 255a CC)<sup>307</sup>. Ce faisant, le législateur, en 2022, introduit à nouveau des différences entre les enfants selon le statut, l'orientation sexuelle et le sexe des parents, étant donné qu'en dehors du mariage, la possibilité d'établir le lien de filiation avec deux mères dès la naissance n'est pas reconnue<sup>308</sup>. Le législateur n'a en conséquence pas agi de manière à accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Les privilèges liés au statut matrimonial lorsqu'ils concernent les enfants sont toujours problématiques au prisme du principe de l'égalité des filiations.

#### b. *Etablissement de la filiation paternelle*

L'établissement du lien de filiation paternelle est au contraire dépendant de l'état civil du père. Automatique en faveur du mari de la mère pour l'enfant né dans le mariage (art. 255 CC), le père non marié doit reconnaître l'enfant (art. 252 al. 2 et art. 260 CC). Cette différence de traitement, fondée sur l'institution matrimoniale, ne paraît pas heurter la CEDH. En revanche, est problématique le caractère strictement personnel absolu du droit de reconnaître l'enfant au sens de l'art. 19c al. 2 CC, qui ne souffre pas la représentation légale et ne se transmet pas à cause de mort<sup>309</sup>. En effet, si le père est mineur ou sous curatelle de portée générale, il doit obtenir le consentement de son représentant légal, selon l'art. 260 al. 2 CC. Or, si le père est incapable de discernement, ou si les représentants légaux du père mineur refusent leur consentement, la voie de la reconnaissance est fermée. La filiation ne peut alors être établie que par le biais d'une action intentée par la mère et/ou l'enfant (art. 261 al. 1 CC) à l'encontre du père dans le cadre duquel celui-ci, s'il est incapable de discernement, sera représenté. Or, selon la CourEDH, l'impossibilité pour un homme privé de sa capacité juridique de reconnaître sa paternité, la seule option étant une action en constatation de paternité à son encontre, ne respecte pas l'art. 8 CEDH<sup>310</sup>. La qualité pour agir à l'action en paternité, en sus de la mère et de l'enfant, doit à notre sens être admise sur la base de l'art. 8 CEDH, comblant ici une lacune du droit civil.

306 ACEDH, Pini et autres c. Roumanie du 22 juin 2004, nos 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 150 s.; ACEDH, Keegan c. Irlande du 26 mai 1994, n° 16969/90, Série A-290, § 50; ACEDH, Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n° 18535/91, Série A 297-C, § 32; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31, § 31. Cf. *supra* C.I.3.a.

307 Sur cette nouvelle disposition: COTTIER, *Filiation*, p. 383 ss; GAY; LÖTSCHER, p. 656 ss.

308 COTTIER, *Impulsions*, p. 183. Cf. en détail *infra* D.II.5.a.

309 MEIER/STETTLER, N 124.

310 ACEDH, Krušković c. Croatie du 21 juin 2011, n° 46185/08.

La filiation paternelle peut devoir être établie par jugement (art. 252 al. 2 *in fine* et art. 261 ss CC), le cas échéant après l'expiration du délai lorsque de justes motifs rendent le retard excusable (art. 263 al. 3 CC). Si la jurisprudence exige en principe que l'enfant et/ou la mère (art. 261 al. 1 CC) agissent avec toute la célérité requise, soit dans le mois suivant la découverte du juste motif, elle sait aussi faire preuve de souplesse; ainsi, l'apparente inaction pendant plus de trois mois du demandeur doit être appréciée au regard des circonstances particulières du cas d'espèce, une dizaine d'années ayant été nécessaire au requérant pour obtenir – au terme d'un long et difficile parcours judiciaire – le droit de faire exhumer le corps de son père présumé et d'obtenir la mise en œuvre d'une analyse génétique<sup>311</sup>. L'absence d'un délai absolu et rigide pour intenter l'action est conforme à la jurisprudence de la CourEDH, qui exige l'examen de l'ensemble des intérêts concurrents en présence<sup>312</sup>. Si toute procédure relative à la paternité tombe sous l'empire de l'art. 8 CEDH, l'intérêt vital de découvrir la vérité sur son ascendance ne dispense toutefois pas de se conformer aux conditions prévues par le droit interne en la matière et de faire preuve de diligence afin que les juridictions internes puissent procéder à une juste appréciation des intérêts; les juridictions suisses n'ont ainsi pas failli à leur obligation de ménager un juste équilibre entre les intérêts en jeu dans le rejet d'une action en paternité, introduite après l'expiration du délai de prescription sans motif valable, l'inactivité de la requérante pendant 31 ans étant reconnue comme injustifiée<sup>313</sup>. La requérante n'avait pourtant appris qu'après le décès de son père que celui-ci n'était pas inscrit comme tel au registre de l'état civil, ayant d'ailleurs été appelée par l'autorité à l'ouverture du testament en pensant qu'elle était une des filles légitimes<sup>314</sup>. L'obstacle à l'établissement de la paternité permet d'évincer l'enfant «illégitime» de ses droits de propriété, ce qui est difficile à justifier sous l'angle de la jurisprudence de la CourEDH quant à l'importance de l'égalité de traitement entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage; l'opinion dissidente convainc<sup>315</sup>.

311 TF, 5A\_518/2011 du 22 novembre 2012, c. 4.1, SJ 2013 I 505, suite de l'ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X.

312 ACEDH, Çapın c. Turquie du 15 octobre 2019, n° 44690/09, § 53, dont les intérêts aussi du père putatif; ACEDH, Laasko c. Finlande du 15 janvier 2013, n° 7361/05, § 53 et 55, violation de l'essence même de l'art. 8 CEDH par l'application d'un délai rigide pour l'exercice de l'action en recherche de paternité; ACEDH, Grönmark c. Finlande du 6 juillet 2010, n° 17038/04, § 47 ss, et ACEDH, Backlund c. Finlande du 6 juillet 2010, n° 36498/05, § 45 ss, violation de l'art. 8 CEDH pour une réglementation nationale rigide, cf. § 55 ss; ACEDH, Phinikaridou c. Chypre du 20 décembre 2007, n° 23890/02, § 62 s.

313 ACEDH, Lavanchy c. Suisse du 19 octobre 2021, n° 69997/17, § 30 et 34, non-violation de l'art. 8 CEDH à la majorité de 5 voix contre 2. Sur la restitution des délais en matière de contestation de la filiation: *infra* D.II.3.b.

314 Cf. TF, 5A\_423/2016 du 7 mars 2017, c. 4 et 5.1.

315 ACEDH, Lavanchy c. Suisse du 19 octobre 2021, n° 69997/17, opinion dissidente commune aux juges DEDOV et ELÓSEGUI, § 5 s.; ACEDH [GC], Fabris c. France du 7 février 2013, n° 16574/08, Recueil 2013-I, § 58 s. Cf. *supra* C.III.2.a.

La CourEDH n'impose pas le recours à la force publique pour contraindre un tiers à une expertise ADN, mais l'absence de toute mesure procédurale visant à contraindre le père supposé n'est conforme au principe de proportionnalité que si des moyens alternatifs permettent à une autorité indépendante de déterminer rapidement la paternité<sup>316</sup>. Dans la mesure où un commencement de preuve a été apporté, l'obligation de se soumettre à un test ADN dans le cadre d'une procédure en établissement de la paternité n'entraîne pas la violation de l'art. 8 CEDH<sup>317</sup>. L'obligation de se prêter à l'expertise découle des art. 160 al. 1 let. c et 296 al. 2 CPC; l'ordre de s'y soumettre peut être donné sous la menace des peines de l'art. 292 CP, d'une amende d'ordre ou d'une mesure de contrainte, avec le recours possible à l'assistance de la police cantonale (art. 343 al. 3 CPC)<sup>318</sup>. A défaut, il faut admettre que le refus de collaborer d'une partie est une reconnaissance implicite de sa paternité (cf. art. 164 et 296 CPC), en conformité avec la jurisprudence de Strasbourg<sup>319</sup>. La CourEDH admet en effet qu'il est conforme à l'art. 8 CEDH de prononcer la paternité alors que le père présumé a refusé de se soumettre aux expertises ordonnées, ce d'autant que l'autorité se fonde sur d'autres motifs, à l'instar de documents et témoignages<sup>320</sup>.

c. *Cas particuliers*

aa. *Enfant mort-né*

Pendant la grossesse, le lien de filiation maternelle existe de manière conditionnelle dès la conception selon l'art. 31 al. 2 CC<sup>321</sup>. Le Code civil ne détermine pas le point de départ de la vie, question qui a été laissée ouverte par la CourEDH au regard de la large marge d'appréciation reconnue aux Etats sur ce point<sup>322</sup>.

La CourEDH reconnaît le droit de la mère d'obtenir un statut juridique pour son enfant mort-né fondé sur l'art. 8 CEDH, accordant le droit de lui donner une sépulture, un nom et une filiation<sup>323</sup>; la «personnalité posthume» de l'enfant mort-né, protégée par le biais de la personnalité affective des parents, a ainsi des implications en droit de la filiation, soutenues par la jurisprudence

316 ACEDH, Jevremović c. Serbie du 17 juillet 2007, n° 3150/05, § 108.

317 ACEDH, Mifsud c. Malte du 29 janvier 2019, n° 62257/15, § 73. MEIER/STETTLER, N 470 et note 1141.

318 CR CPC-JEANDIN, art. 296 N 12 et 12a; MEIER/STETTLER, N 238; REICHENBACH, p. 869.

319 ACEDH, Pascaud c. France du 16 juin 2011, n° 19535/08, § 62 s.; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 64.

320 CourEDH [déc.], Canonne c. France du 2 juin 2015, n° 22037/13. Voir également: ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I.

321 MEIER/STETTLER, N 56 et réf. note 113.

322 Sous l'angle de l'art. 2 CEDH: ACEDH Nedescu c. Roumanie du 16 janvier 2018, n° 70035/10, § 69; ACEDH [GC], Evans c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, § 54 et 56; ACEDH [GC], Vo c. France du 8 juillet 2004, n° 53924/00, Recueil 2004-VIII, § 82 et 84.

323 ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 27. MARGUÉNAUD/RÉMY-CORLAY, p. 737 s.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 114 ss sur l'examen d'une potentielle remise en cause des fondements de la personnalité juridique. Cf. *supra* C.I.3 *ab initio*.

strasbourgeoise. Bien que n'ayant jamais acquis la personnalité juridique, les liens de filiation de l'enfant mort-né doivent pouvoir être inscrits indépendamment de l'état civil des parents. Tel est le cas en droit suisse conformément à l'art. 9 al. 1 OEC, pour l'enfant qui ne manifeste aucun signe de vie à la naissance alors qu'il pèse au moins 500 grammes ou que la gestation a duré au moins 22 semaines entières (art. 9 al. 2 OEC); les parents peuvent décider de lui attribuer un nom et des prénoms (art. 9 al. 3 OEC). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, la venue au monde d'un enfant né sans vie, soit celui qui ne remplit pas les critères de l'enfant mort-né, peut être annoncée à l'office de l'état civil, lequel établit sur demande une confirmation (art. 9a OEC), sans enregistrement au registre de l'état civil. Le respect dû à la dépouille de l'enfant s'analyse également au regard de l'art. 8 CEDH et la Suisse a déjà été mise en cause devant la CourEDH pour violation de cette disposition suite à l'enterrement d'un enfant mort-né dans la fosse commune, après son transport au cimetière dans une camionnette de livraison ordinaire, sans le consentement de la mère ni sa présence<sup>324</sup>.

Une fois admis comme père d'un enfant mort-né, la question de la contestation du lien de filiation paternelle reste ouverte. A teneur de la jurisprudence de Strasbourg, il faut l'admettre sans formalisme. Il ne s'agit pas d'une remise en cause des fondements de la capacité civile, mais de la consécration de la protection des droits de la personnalité attachés à la sphère affective de la mère au regard de l'art. 8 CEDH<sup>325</sup>. Comme le droit suisse, la CourEDH ne reconnaît d'ailleurs pas la personnalité juridique *post mortem*<sup>326</sup>. La réalisation effective du droit au respect de la vie privée et familiale de la mère exige de s'émanciper des catégories juridiques traditionnelles liées à la capacité civile, l'enfant mort-né bénéficiant de la protection indirecte de sa personnalité par le biais des droits de sa mère, cette protection ayant été étendue en droit suisse à l'enfant né sans vie.

#### bb. Accouchement confidentiel et boîte à bébé

Si le droit suisse ne connaît pas l'accouchement sous X, et même l'interdit ce qui est à saluer, il consacre l'accouchement confidentiel, en permettant à l'autorité cantonale de surveillance de faire bloquer la divulgation des données personnelles, d'office ou sur demande, pour autant que la protection de la personne concernée l'exige ou que cela soit prévu par la loi, conformément l'art. 46 al. 1 let. a OEC<sup>327</sup>; le droit de l'enfant adopté d'obtenir les données relatives à

---

324 ACEDH, Hadri-Vionnet c. Suisse du 14 février 2008, n° 55525/00. Voir également: ACEDH, Marić c. Croatie du 12 juin 2014, n° 50132/12.

325 Cf. ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, sur la violation de l'art. 8 CEDH pour avoir refusé de modifier le nom de l'enfant mort-né de manière à traduire l'existence du lien biologique paternel. PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 115. Voir également: MEIER, FamPra.ch 2012, p. 284, toutefois inquiet.

326 ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 42.

327 Cf. Circulaire de l'OFEC n° 20.07.10.01 du 1<sup>er</sup> octobre 2007. Voir également: Communication officielle n° 140.17 du 1<sup>er</sup> novembre 2016 de l'OFEC. Sur la pratique dans plusieurs cantons:

l'identité de ses parents biologiques selon l'art. 268c CC est réservé (art. 46 al. 3 OEC). Le droit absolu de l'enfant majeur à connaître ses origines, indépendant d'une pesée des intérêts, s'applique et doit par ailleurs s'étendre à l'enfant qui n'aurait pas été adopté<sup>328</sup>. Curieusement néanmoins, la base légale consacrant en droit suisse l'accouchement dans la discrétion est critiquable, dans la mesure où elle ne trouve pas de fondement dans le Code civil<sup>329</sup>. L'accouchement confidentiel est conforme aux exigences conventionnelles.

Toutefois, la Suisse connaît également les boîtes à bébé, lesquelles permettent de déposer l'enfant en sécurité de manière anonyme; la première a vu le jour en 2001 à l'hôpital d'Einsiedeln, à l'initiative d'une fondation caritative, et la huitième à Sion, première en Suisse romande, inaugurée par les autorités publiques. Une vingtaine d'enfants ont été déposés en Suisse depuis 2001<sup>330</sup>. Les fenêtres à bébé demeurent dans une zone grise sur le plan juridique; non réglementées par le Code civil, elles sont tolérées. Si la mère est identifiée ultérieurement, une action en constatation de la maternité s'impose dans la mesure où l'enfant n'a pas été adopté dans l'intervalle<sup>331</sup>.

Cette pratique doit être analysée à la lumière du droit à la connaissance des origines déduit de l'art. 8 CEDH<sup>332</sup>. L'enfant né sous X doit avoir accès à des informations non identifiantes sur ses origines, ce qu'autorise le droit français et a permis à la France d'échapper à une condamnation, non sans entraîner des critiques en doctrine<sup>333</sup>; l'arrêt a été rendu par 10 voix contre 7, ce qui relativise son crédit, ce d'autant que l'opinion dissidente commune a été très remarquée, arguant d'une violation du noyau dur de l'art. 8 CEDH<sup>334</sup>. L'approche réservée de la CourEDH surprend en effet en ce domaine, où la jurisprudence avait été courageuse, en particulier l'ACEDH Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, le recou-

---

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 15 ss, et p. 26 ss sur les mesures concrètes pour améliorer l'accouchement confidentiel en Suisse.

328 MEIER/STETTLER, N 512 *in fine*; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 129. Sur la notion d'identité qui doit être comprise dans un sens large, lequel détermine l'ampleur et la nature des données transmises: KÖRBER/STEINEGGER, p. 70 ss.

329 JUNGO *et al.*, Recommandations 2021, p. 3.

330 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 9 ss.

331 AEBI-MÜLLER, Jusletter 2005, N 44; MEIER/STETTLER, N 56 et 509.

332 ACEDH, Godelli c. Italie du 25 septembre 2012, n° 33783/09, § 65; ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 37; ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 29; ACEDH, Mikulić c. Croatie du 7 février 2002, n° 53176/99, Recueil 2002-I, § 53. Cf. *supra* C.1.3.b.

333 ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, § 48 s. RIGAUX, p. 108 s.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 128 et réf. note 183. Favorable à l'introduction en droit suisse d'une solution inspirée du droit français: HADZIMANOVIC, p. 64 ss. CS-GONIN, art. 8 CEDH N 187 relève à juste titre qu'un Etat est en mesure, dans certaines constellations, de refuser de révéler la mère biologique d'une personne sans contrevenir à l'art. 8 CEDH.

334 ACEDH [GC], Odièvre c. France du 13 février 2003, n° 42326/98, Recueil 2003-III, Opinion dissidente commune, § 11. AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007, p. 555; BONNET, ACEDH Odièvre, p. 414 ss; STEINER, p. 569 et réf. note 6, 576.

rant ayant obtenu l'exhumation de la dépouille de son père présumé pour réaliser un test ADN, environ 30 ans après le décès.

Il y a violation de l'art. 8 CEDH lorsque la législation d'un Etat donne plus de poids au droit de la mère à l'anonymat qu'au droit de l'enfant à connaître ses origines sans apprécier les intérêts en jeu. En laissant ouvrir des boîtes à bébé, qui mettent en péril le droit de l'enfant à connaître ses origines, l'Etat engage sa responsabilité au regard de la CEDH; *a fortiori*, lorsqu'il les inaugure! L'enfant n'aura pas accès à des données même non identifiantes et l'irréversibilité du secret est totale, contrairement aux principes posés par la jurisprudence de la CourEDH, pourtant jugée frileuse. Il s'agit d'une violation grave des droits de la personnalité de l'enfant, garantis tant par la CEDH que par le droit civil<sup>335</sup>. Les autorités suisses doivent prendre les mesures nécessaires au respect des droits fondamentaux de l'enfant en interdisant et en fermant ces fenêtres à bébé<sup>336</sup>.

#### cc. Cessation de la présomption de paternité

La lutte contre les mariages fictifs a entraîné le législateur à enfreindre l'interdiction de la discrimination de l'enfant en raison du statut juridique de ses parents. En exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation du mariage (art. 109 al. 1 CC), l'art. 109 al. 3 CC fait en effet cesser la présomption de paternité du mari lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers; le législateur se fonde sur une présomption de fait d'absence de lien biologique<sup>337</sup>.

L'enfant est en conséquence privé de sa filiation paternelle en raison de la situation juridique et du comportement de ses parents, sans prendre en considération son intérêt supérieur<sup>338</sup>. L'art. 109 al. 3 CC ne respecte en conclusion pas l'art. 8 en lien avec l'art. 14 CEDH; il ne doit pas être appliqué.

### 3. Contestation de la filiation hors adoption

La contestation vise nécessairement le lien de filiation paternelle, la filiation maternelle établie par la naissance ne pouvant être remise en cause.

---

335 AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007, p. 553 ss; MEIER/STETTLER, N 509 et note 1252 avec de plus amples réf.; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 129 et réf. note 190; WIESNER-BERG, p. 535 et 539 s.

336 Dans ce sens: Recommandation du Comité des droits de l'enfant, 26 février 2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, § 35. *Contra*: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse, p. 25, favorable à ne pas les faire entrer dans la loi tout en ne les interdisant pas.

337 CONSEIL FÉDÉRAL, Message LEtr, p. 3593. Critique: COTTIER, Impulsions, p. 182, la raison invoquée n'apparaissant pas suffisante pour justifier cette inégalité de traitement au détriment d'un groupe d'enfants, car elle est dépourvue de tout fondement empirique.

338 Egalement critiques: FANKHAUSER/WÜSCHER, p. 750 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007, N 2.

a. *Conditions pour agir en contestation de la filiation*

Que les conditions de la contestation de la paternité puissent différer pour l'homme et la femme ou pour l'enfant en fonction de l'état civil de ses parents est problématique au regard des art. 8, 12 et 14 CEDH.

Or, l'action en désaveu qui permet de contester la présomption de paternité du mari de la mère est soumise à des conditions plus restrictives que l'action en contestation de la reconnaissance de l'enfant de parents non mariés. La paternité du mari ne peut en effet être contestée que par lui-même (art. 256 al. 1 ch. 1 CC), s'il n'a pas consenti à la conception par un tiers (art. 256 al. 3 CC), et/ou par l'enfant, à la condition que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité (art. 256 al. 1 ch. 2 CC).

L'exclusion de la mère de la qualité pour agir en désaveu de paternité (cf. art. 256 CC *a contrario*) ne peut plus être justifiée par la protection de l'institution du mariage et constitue une discrimination fondée sur le critère du sexe, qui ne résiste pas à l'examen de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH<sup>339</sup>. Il faut admettre la qualité pour agir de la mère sur la base de l'art. 8 CEDH et compléter l'art. 256 al. 1 CC dans ce sens.

Le père biologique n'a pas davantage la qualité pour agir en désaveu. Il doit le cas échéant, comme la mère, faire agir l'enfant, à la condition toutefois que la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité et que l'action soit dans l'intérêt de l'enfant, ce par le biais d'un curateur de représentation et/ou agir comme intervenant accessoire dans la procédure; à ce titre, le père biologique pourra recourir contre une décision négative ou un retard à statuer dans la mesure où il défend les intérêts de l'enfant<sup>340</sup>. Cette solution est critiquable à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, étant donné que l'autorité examinera en principe la question uniquement sous l'angle du bien de l'enfant et ne tiendra pas compte des intérêts du père génétique présumé<sup>341</sup>. Comme le TF, la CourEDH a toutefois admis que le père biologique soit exclu du cercle des demandeurs à l'action<sup>342</sup>. S'il peut être dans l'intérêt de l'enfant de développer des

---

339 Egalement critiques: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 256 CC N 6; KUKO-RUSCH/GÖTSCHI, art. 256 CC N 5; COTTIER, *Impulsions*, p. 159, sur la base des art. 1 et 16 let. d de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, conclue le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 (CEDEF; RS 0.108); MEIER, *FamPra.ch* 2012, p. 271; MEIER/STETTLER, N 103 note 227.

340 ATF 121 III 1, JdT 1996 I 662, confirmé in: TF, 5A\_150/2011 du 29 juin 2011, c. 3.4.1.

341 ACEDH, *Koychev c. Bulgarie* du 13 octobre 2020, n° 32495/15, violation de l'art. 8 CEDH vu le rejet d'une action en contestation de paternité fondé sur l'intérêt de l'enfant, reconnu par l'époux de sa mère, sans garantie suffisante pour le père biologique allégué; ACEDH, *L.D. et P.K. c. Bulgarie* du 8 décembre 2016, n°s 7949/11 et 45522/13, violation de l'art. 8 CEDH dans l'impossibilité pour le père biologique prétendu d'établir sa paternité à l'égard d'un enfant déjà reconnu par un autre homme. MEIER/STETTLER, N 103 note 229; PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 33; SAENZ DEVIA, p. 118 s.

342 ATF 144 III 1, SJ 2018 I 218. ACEDH, *Marinis c. Grèce* du 9 octobre 2014, n° 3004/10; ACEDH, *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, n° 45071/09; ACEDH, *Kautzor c. Allemagne*

relations personnelles avec son père biologique, cela n'implique pas d'autoriser ce dernier à contester la paternité juridique, alors que l'intérêt de l'enfant peut ne pas aller dans ce sens<sup>343</sup>; l'impossibilité pour un père biologique de faire établir légalement sa paternité à l'égard de trois enfants, nés d'une femme mariée pendant la période où ils vivaient ensemble, n'emporte pas violation de l'art. 8 CEDH, le père biologique pouvant notamment solliciter l'adoption des enfants<sup>344</sup>.

Soumettre l'action de l'enfant, à la condition que «la vie commune des époux ait pris fin pendant sa minorité» (art. 256 al. 1 ch. 2 CC), n'est pas justifié, à tout le moins pour l'enfant majeur<sup>345</sup>; celui-ci est privé de la qualité pour agir si la communauté domestique des parents a pris fin après son 18<sup>e</sup> anniversaire sans pesée des intérêts en présence, ce qui n'est pas conforme à l'art. 8 CEDH. L'action *sui generis* en recherche des origines, sans effet d'état sur la filiation, ne permet pas de réparer cette limitation de l'accès à l'action<sup>346</sup>. *De lege ferenda*, un droit inconditionnel d'agir en désaveu est soutenu en doctrine dès la majorité, en invoquant le droit de connaître son identité<sup>347</sup>. Enfin, lorsque le mari est décédé ou devenu durablement incapable de discernement avant l'expiration du délai pour agir, l'action en désaveu peut être intentée par son père ou sa mère (art. 258 CC); la CourEDH veille au ménagement d'un équilibre entre, d'une part, les intérêts des parents du mari, dont l'action en désaveu avait abouti, et, d'autre part, les intérêts de l'ex-épouse et de la fille du défunt<sup>348</sup>, équilibre à garantir dans l'application de l'art. 258 CC.

Au contraire de l'action en désaveu, le cercle des parties ayant la qualité pour agir à l'action en contestation de la reconnaissance est nettement plus large, s'étendant à «tout intéressé», en particulier la mère, l'enfant et, s'il est décédé, ses descendants, ainsi que la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance (art. 260a al. 1 CC); le père biologique notamment a ainsi qualité pour agir. Lorsque l'auteur de la reconnais-

---

du 22 mars 2012, n° 23338/09; ACEDH, Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, n° 3465/03.

343 Tel est le cas in: ACEDH Fröhlich c. Allemagne du 26 juillet 2018, n° 16112/15. L'intérêt de l'enfant peut aussi dicter que la filiation soit annulée afin de permettre l'établissement de la filiation juridique du père biologique: ACEDH, Mandet c. France du 14 janvier 2016, n° 30955/12, non-violation de l'art. 8 CEDH pour avoir modifié le lien de filiation à la demande et en faveur du père biologique sans l'accord du mineur concerné. Critiques: MEIER/STETTLER, N 141 *in fine* note 334 et RMA 2016, p. 47, souscrivant à l'opinion dissidente favorable à un constat de violation du droit de l'enfant au respect tant de sa vie familiale que privée.

344 ACEDH, Chavdarov c. Bulgarie du 21 décembre 2010, n° 3465/03, § 53 ss. Critique à juste titre: SAENZ DEVIA, p. 116 s.

345 Dans ce sens: MEIER, FamPra.ch 2012, p. 272 et réf. note 89; PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 21.

346 *Contra*: MEIER/STETTLER, N98 et réf. note 211. Sur cette action *sui generis* consacrée par l'ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, cf. *supra* D.II.1.

347 Dans ce sens: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 256 CC N 5; COTTIER/WYTTENBACH, p. 79.

348 ACEDH, T.Ç. et H.Ç. c. Turquie du 26 juillet 2011, n° 34805/06, § 81 s.

sance est le père psychosocial de l'enfant, le TF aurait dû à notre sens privilégier l'argument de la doctrine selon lequel la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant devait exclure la qualité pour agir de la commune d'origine ou de domicile de l'auteur de la reconnaissance<sup>349</sup>. Il en va à notre sens du respect de l'art. 8 CEDH lequel inclut l'intérêt supérieur de l'enfant et ne s'accommode pas d'un droit d'action de tiers qui ne prend pas en considération cet intérêt<sup>350</sup>. Le devoir du tribunal, au moment de statuer sur le fond, de s'assurer que le bien de l'enfant commande effectivement l'annulation du lien de filiation ne suffit pas<sup>351</sup>. La protection de l'institution du mariage est dans le présent domaine également très marquée. En effet, lorsque les père et mère se marient une fois la paternité du mari établie par reconnaissance ou jugement, le statut de l'enfant est celui d'un enfant né pendant le mariage (art. 259 al. 1 CC) et le cercle des personnes pouvant attaquer la reconnaissance se réduit (cf. art. 259 al. 2 CC); il ne s'étend plus à «tout intéressé» et l'enfant voit sa qualité pour agir être limitée par la condition de la fin de la vie commune des époux pendant sa minorité, condition alternative avec le fait qu'il ait été reconnu après l'âge de 12 ans révolus selon l'art. 259 al. 2 ch. 2 CC.

L'aboutissement de l'action en désaveu ou en contestation de la reconnaissance, fondé sur la conclusion du défaut de lien biologique, entraîne la rupture du lien de filiation avec effet rétroactif au jour de la naissance<sup>352</sup>; un lien psychosocial entre l'enfant et son père juridique n'est pas à même d'empêcher la perte du lien de filiation paternel. Les avantages liés à la présomption de paternité découlant du mariage avec la mère sont autant de désavantages à l'encontre des enfants de parents non mariés, lesquels bénéficient d'un lien de filiation paternel plus précaire, en particulier lorsque ce lien repose sur une paternité psychosociale dépourvue de lien génétique<sup>353</sup>. Il s'agit de discriminations fondées sur la naissance et le statut marital des parents, incompatibles avec les art. 14 et 8 CEDH, la protection de l'institution du mariage ne pouvant suffire à les justifier<sup>354</sup>. L'acceptation d'une pluralité de formes familiales y fait obstacle, la Convention étant un instrument vivant à interpréter selon les conditions d'aujourd'hui.

#### *b. Restitution des délais*

La contestation de la paternité, quel que soit au demeurant le mode de son établissement, est soumise à des délais, avec la possibilité d'intenter l'action après leur expiration, lorsque de justes motifs rendent le retard excusable (art. 256c

349 Ce que le TF n'a donc pas fait in: ATF 143 III 624, c. 3. Critiques: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art. 260a CC, N 5; BÜCHLER/RAVEANE, p. 224 ss; STECK, p. 557 ss.

350 Dans ce sens également: WYTTEBACH/GROHSMANN, p. 149 ss.

351 TF, 5A\_745/2014 du 16 mars 2015, c. 3.3. MEIER/STETTLER, N 141.

352 MEIER/STETTLER, N 156.

353 CREVOISIER, p. 275 ss. Voir également: COTTIER, *Impulsions*, p. 181.

354 COTTIER/WYTTEBACH, p. 80; PAPAUX VAN DELDEN, *Familles*, p. 2.

al. 3 CC et art. 260c al. 3 CC); la législation suisse ne prévoit ainsi pas d'application rigide de ce délai de péremption en harmonie avec les exigences de la Convention<sup>355</sup>. Le respect dû à la vie familiale exige en effet que «la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne»<sup>356</sup>. La jurisprudence fédérale retient toutefois une interprétation stricte du délai dans lequel la partie demanderesse doit agir lorsqu'elle a connaissance d'un juste motif; elle doit introduire l'action avec toute la célérité requise ce qui signifie, sous réserve de circonstances exceptionnelles, un maximum d'un mois<sup>357</sup>. Il convient de privilégier au regard du respect de l'art. 8 CEDH une approche souple qui tienne compte des circonstances du cas particulier. Or, selon le TF, l'intérêt de l'enfant ne constitue pas une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action en contestation de la paternité, alors qu'il intervient comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif; si, dans une telle hypothèse, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que la question du lien de filiation soit tout de même éclaircie, la restitution doit être refusée<sup>358</sup>. Que l'intérêt de l'enfant ne constitue pas une condition à examiner lors de l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action en contestation de la paternité est à notre sens peu conciliable avec l'art. 8 CEDH, la préservation de la sécurité juridique ne constituant pas en soi un motif suffisant<sup>359</sup>.

Afin de garantir le droit au respect de la vie privée, la partie demanderesse hors délai doit pouvoir se prévaloir d'une action *sui generis* en constatation de sa non-paternité<sup>360</sup>. Un raisonnement par analogie fondé sur l'arrêt dans lequel le TF a admis le droit de l'enfant majeur issu du mariage de connaître son ascendance dans le cadre d'une action *sui generis*, indépendante de l'action en

355 ACEDH, Shofman c. Russie du 24 novembre 2005, n° 74826/01, § 45. Une possibilité de restitution des délais est une exigence conventionnelle: ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13; ACEDH, A.L. c. Pologne du 18 février 2014, n° 28609/08. HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, art. 8 N 23 *in fine*.

356 ACEDH, Kroon et autres c. Pays-Bas du 27 octobre 1994, n° 18535/91, Série A 297-C, § 40. Voir également: ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 46; ACEDH, Mizzi c. Malte du 12 janvier 2006, n° 26111/02, Recueil 2006-I, § 112 ss; ACEDH, Znamenskaya c. Russie du 2 juin 2005, n° 77785/01, § 31. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 268 ss.

357 ATF 136 III 593, c. 6.1; ATF 132 III 1, c. 3.2, SJ 2006 I 305; ATF 129 II 409, c. 3, SJ 2004 I 25.

358 ATF 136 III 593, c. 6.2; TF, 5A\_240/2011 du 6 juillet 2011, c. 7.1.

359 ACEDH, Boljević c. Serbie du 16 juin 2020, n° 47443/14, § 55; ACEDH, Jäggi c. Suisse du 13 juillet 2006, n° 58757/00, Recueil 2006-X, § 43.

360 TF, 5A\_298/2009 du 31 août 2009, c. 5, question laissée ouverte. MEIER, RMA 2010, p. 125 s., § 4, l'admet comme le législateur allemand l'a expressément prévu, cf. § 1598a BGB. Dans ce sens également: Arrêt du Tribunal supérieur de Lucerne du 8 septembre 2012 (OGer LU, 3B 12 33), FamPra.ch 2013, p. 220 ss, dans lequel un père a le droit de connaître sa paternité ou sa non-paternité, indépendamment d'une procédure en désaveu; pour une analyse de cet arrêt et de ses conséquences sur le droit de la famille: PFAFFINGER, FamPra.ch 2014, p. 604 ss.

contestation de la présomption de paternité selon l'art. 256 CC, le permet<sup>361</sup>. Ce raisonnement revient à admettre un droit de connaître sa descendance. L'ouverture d'une voie judiciaire tend à éviter le recours à des expertises obtenues clandestinement, selon des procédés peu conformes à l'intérêt de l'enfant. Un test effectué à l'insu des intéressés ne sera au demeurant pas automatiquement écarté de la procédure, l'art. 152 al. 2 CPC permettant au tribunal de prendre en considération un moyen de preuve obtenu de manière illicite si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant, ce que peut être l'intérêt de l'enfant<sup>362</sup>. L'action *sui generis* est ouverte au père juridique qui doute de la vérité biologique de sa paternité ou au père biologique qui croit l'être, alors que le législateur lui refuse la qualité pour agir en désaveu; elle reste soumise à une pesée des intérêts en présence ce qu'exige la Convention. Le poids accordé au lien génétique ne permet pas à notre sens d'ouvrir l'action au donneur de sperme qui tenterait par ce biais de connaître l'identité de l'enfant; le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et des parents s'y opposerait<sup>363</sup>.

La paternité ou la non-paternité établie par une décision judiciaire définitive doit également pouvoir être remise en cause; la conclusion portant sur l'impossibilité de la contester dans le cas particulier doit être le fruit d'un juste équilibre entre les intérêts en présence afin de garantir le respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>364</sup>. Le refus de rouvrir une procédure en reconnaissance de paternité datant d'il y a 40 ans consiste ainsi en une violation de l'art. 8 CEDH<sup>365</sup>. La sécurité juridique attachée au respect des délais n'est pas une raison suffisante pour priver l'individu du droit de connaître la vérité sur un aspect important de son identité personnelle, sans mettre en balance les intérêts en jeu. Or, l'art. 329 al. 2 CPC soumet en principe le droit de demander la révision d'une décision définitive entrée en force à un délai de péremption de 10 ans. Lorsque la paternité, respectivement la non-paternité, a été établie par jugement, ce délai absolu entre en conflit avec la jurisprudence de Strasbourg<sup>366</sup>. Il n'assure pas l'égalité de traitement avec l'action en paternité, laquelle ne connaît pas de délai absolu (art. 263 al. 3 CC). L'art. 329 al. 2 CPC est en conclusion une norme inapplicable en raison de sa contradiction à la CEDH.

361 ATF 134 III 241, JdT2009 I 411. Cf. *supra* D.II.1.

362 ACEDH, Bagniewski c. Pologne du 31 mai 2018, n° 28475/14, § 48 ss, il n'est pas permis de tirer du refus de l'enfant de se soumettre au test ADN des conclusions contraires à l'intérêt supérieur de celui-ci et ne pas tenir un test ADN extrajudiciaire contesté par la mère de l'enfant comme la preuve décisive dans le cadre d'une action en désaveu ne viole pas l'art. 8 CEDH.

363 PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 126. Toute prétention doit être fermée au donneur, cf. également: MARGOT, p. 718; MEIER/STETTLER, N 520. ComEDH [déc.], J. M. R. c. Pays-Bas du 8 février 1993, n° 16944/90, D.R. 74, p. 120.

364 Violation de l'art. 8 CEDH: ACEDH, Bocu c. Roumanie du 30 juin 2020, n° 58240/14, § 33–37; ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13, § 49–51; ACEDH, Paulík c. Slovaquie du 10 octobre 2006, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 45–47.

365 ACEDH, Boljević c. Serbie du 16 juin 2020, n° 47443/14. Voir également: ACEDH, Novotný c. République tchèque du 7 juin 2018, n° 16314/13.

366 MEIER/STETTLER, N 208; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 269.

#### 4. Adoption

L'influence de la jurisprudence de Strasbourg est éminente en droit de l'adoption, même si la CourEDH n'admet pas formellement un droit d'adopter, car elle assure l'application de l'art. 8 CEDH par d'autres biais<sup>367</sup>. Ainsi, les relations entre adoptant(s) et adopté sont en principe de même nature que les relations familiales et bénéficient de la protection de l'art. 8 CEDH<sup>368</sup>; l'existence d'un lien familial avec l'enfant oblige l'Etat à accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille<sup>369</sup>. A notre sens, la notion de vie privée au sens de l'art. 8 CEDH incluant le droit au respect de la décision de devenir parent et de recourir pour ce faire à la PMA<sup>370</sup>, la CourEDH devrait en déduire le droit d'adopter, suivant l'évolution de la législation en Europe et le fait que la Convention est un instrument vivant, sauf à donner une importance démesurée au lien biologique. Le choix de recourir à l'adoption constitue une forme d'expression de la vie privée et familiale, comme celui de concevoir un enfant par le biais de la PMA.

Le droit de l'adoption poursuit la redéfinition des contours de la famille et participe au remodelage des types de familles. Au centre de cette dynamique se trouve l'enfant adopté, dont la promotion du bien est centrale. *In fine*, la CourEDH veille à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que composante du respect de la vie familiale, constitue dans l'évaluation des intérêts concurrents en présence la principale considération de l'autorité qui prononce l'adoption<sup>371</sup>. «La Cour le répète avec force: dans les affaires de ce type, l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération»<sup>372</sup>. Elle souligne cet impératif, même si l'adoption est fondée sur des éléments frauduleux ou trompeurs<sup>373</sup>. Ainsi, que le bien de l'enfant ne se trouve pas sérieusement compromis pour admettre l'annulation d'une adoption s'impose malgré le silence de

367 BÜCHLER, *Private and Family Life*, p. 39 ss; MALINVERNI, *Adoption*, p. 363 ss; PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 201 ss; Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8 N 17 et 43; VILLIGER, p. 384 N 680; DE VRIES, p. 723. Cf. *supra* C.I.3.

368 ACEDH, *Pini et autres c. Roumanie* du 22 septembre 2004, n<sup>os</sup> 78028/01 et 78030/01, Recueil 2004-IV, § 140. DE VRIES, p. 723.

369 ACEDH, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* du 16 décembre 2014, n<sup>o</sup> 52265/10, § 89; ACEDH, *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, n<sup>o</sup> 43631/09, § 41 et réf.; ACEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n<sup>o</sup> 76240/01, § 119. Cf. *supra* C.I.3.a.

370 ACEDH [GC], *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, n<sup>o</sup> 57813/00, Recueil 2011, § 77 et 82; ACEDH [GC], *Evans du c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, n<sup>o</sup> 6339/05, Recueil 2007-I, § 71. Cf. *supra* C.I.3 et sur les développements de la jurisprudence en matière de PMA: *infra* D.II.5.

371 ACEDH, *Chbihi Loudoudi c. Belgique* du 16 décembre 2014, n<sup>o</sup> 52265/10, § 97, le rejet des demandes adoption d'une fillette confiée par ses parents biologiques à un couple par le biais d'une *kafala* n'est pas jugé contraire à l'art. 8 CEDH.

372 ACEDH, *Akinnibosun c. Italie* du 16 juillet 2015, n<sup>o</sup> 9056/14, § 75, déclaration d'abandon en vue d'adoption déclarée contraire à l'art. 8 CEDH; ACEDH, *Pontes c. Portugal* du 10 avril 2012, n<sup>o</sup> 14940/89, § 94.

373 ACEDH, *Zaiet c. Roumanie* du 24 mars 2015, n<sup>o</sup> 44958/05, § 49, l'annulation d'une adoption prononcée il y a 31 ans exige des raisons particulièrement qualifiées.

l'art. 269a CC relatif à d'autres vices graves que le défaut de consentement (cf. art. 269 CC), aux fins de respecter l'art. 8 CEDH<sup>374</sup>. Lorsque dans le cadre d'une adoption internationale d'un enfant mineur, la «protection de l'enfant de manière générale», soit la prévention générale, l'emporte de manière absolue sur les particularités du cas d'espèce, sans égard à l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, le raisonnement du TF ne convainc pas à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg<sup>375</sup>. S'il existe un intérêt public incontestable au respect de la procédure d'adoption, cet intérêt ne saurait primer sans aucun discernement sur l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas particulier. Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant ne permet pas que celui-ci soit puni pour un comportement répréhensible, sur lequel il n'a aucune emprise, victime innocente du choix critiquable fait par un adulte duquel il dépend.

La grande révision du droit de l'adoption, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1973, a constitué la première étape d'une révision du droit de la famille échelonnée vers la fin des années 50; elle s'est concentrée autour du bien de l'enfant et a engendré une réforme majeure: l'institutionnalisation de l'adoption plénière (art. 267 al. 1 CC) et irrévocable<sup>376</sup>. Le corollaire en a été la sacralisation du secret de l'adoption et la rupture totale des liens avec les parents naturels. Cette révision a permis la ratification de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants<sup>377</sup>. Celle-ci comporte toutefois certaines contradictions avec la jurisprudence de la CourEDH, ce qui a conduit les Etats à adopter le 27 novembre 2008 la Convention européenne révisée<sup>378</sup>; la révision du droit de l'adoption entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 doit permettre à la Suisse de la ratifier<sup>379</sup>.

Tant le législateur que les autorités d'application de la loi doivent en outre rester attentifs à l'affirmation de la CourEDH selon laquelle il faut éviter une application «mécanique et aveugle» des conditions légales, en raison de la-

---

374 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 204. Violation de l'art. 8 CEDH pour avoir annulé une adoption alors que la procédure pénale pour sévices sur l'enfant était pendante: ACEDH, Ageyevy c. Russie du 18 avril 2013, n° 7075/10.

375 TF, 5A\_219/2021 du 27 août 2021, c. 7.3, SJ 2022 42, le refus d'ouvrir la voie à la légalisation de situations illégales «sous couvert de l'intérêt supérieur de l'enfant» permet de ne pas examiner la question de savoir si l'adoption serait conforme aujourd'hui à l'intérêt supérieur de l'enfant, voir aussi c. 5.2.4 *in fine* et 6. Mitigée également quant à la solution retenue: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2022, § 72, très critique: BUCHER, RSDIE 2022, p. 238 ss.

376 Sur l'historique du droit de l'adoption en lien avec la place accordée au bien de l'enfant: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 188 ss. Voir également: KÖRBER/STEINEGGER, p. 61 ss.

377 RS 0.211.221.310; Convention ratifiée le 24 avril 1967, entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> avril 1973. BÜCHLER, Private and Family Life, p. 39, relève que la jurisprudence de Strasbourg reflète cette Convention.

378 STCE 202; la Convention révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2011. Elle indique d'ailleurs, dans son préambule, que la Convention 1967 est en partie dépassée et contraire à la CEDH, soulignant l'influence cardinale de celle-ci en la présente matière.

379 Loi fédérale du 17 juin 2016 (Droit de l'adoption), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 (RO 2017 3699; FF 2015 835). CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 895, sur la nécessité de dénoncer la Convention non révisée.

quelle la Suisse a d'ailleurs déjà été condamnée<sup>380</sup>. L'application souple de la condition liée à la différence d'âge jugée excessive entre l'adoptante et l'enfant, eu égard aux circonstances du cas, a au contraire été saluée dans l'affaire *Schwizgebel c. Suisse*<sup>381</sup>. La dernière révision a permis au législateur d'introduire des exceptions aux conditions posées en principe par la loi, applicables «si le bien de l'enfant le commande» (art. 264 al. 2, art. 264b al. 4 et art. 264d al. 2 CC); les juges veilleront à les analyser à la lumière de l'art. 8 CEDH.

*a. Consentements à l'adoption*

Le consentement de l'enfant capable de discernement à son adoption fait partie des exigences liées à son bien. La CourEDH a eu l'occasion de préciser que fixer un seuil à 10 ans n'est pas déraisonnable<sup>382</sup>. Quant à l'accord du parent naturel, l'Etat a l'obligation positive de s'assurer qu'il est éclairé et entouré des garanties adéquates<sup>383</sup>. Consentir à l'adoption de son enfant selon l'art. 265a CC est un effet de la filiation juridique, qui est indépendant de l'autorité parentale, découlant des droits de la personnalité du parent<sup>384</sup>. Ce droit relève de la vie familiale, même en l'absence de relations vivantes avec l'enfant<sup>385</sup>. L'Etat a d'ailleurs l'obligation positive déduite de l'art. 8 CEDH, et reconnue par le TF avant même la CourEDH, d'assister le cas échéant le parent biologique dans l'établissement de sa paternité<sup>386</sup>. Si l'accord des parents juridiques est le principe, des exceptions ne sont pas exclues<sup>387</sup>. Celles-ci doivent être interprétées en tenant compte de l'obligation à charge des autorités nationales, avant d'envisager la solution d'une rupture du lien familial, de déployer des efforts adéquats

380 ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse* du 13 décembre 2007, n° 39051/03. Cf. *infra* D.II.4.c.

381 ACEDH, *Schwizgebel c. Suisse* du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010, § 96, non-violation à l'unanimité des art. 8 et 14 CEDH. GERARDS, p. 1015.

382 ACEDH, *Pini et autres c. Roumanie* du 22 septembre 2004, Recueil 2004-IV, § 145.

383 ACEDH, *A.K. et L. c. Croatie* du 8 janvier 2013, n° 37956/11, manquement des autorités à assurer la représentation juridique de la requérante souffrant de troubles mentaux dans la procédure qui l'a privée de l'autorité parentale et à l'informer de la procédure d'adoption à l'égard de son fils: violation «logique» de l'art. 8 CEDH selon MALINVERNI, *Adoption*, p. 363 s.; ACEDH, *Todorova c. Italie* du 13 janvier 2009, n° 33932/06, § 82 s., violation de l'art. 8 CEDH étant donné la déclaration d'adoptabilité prise 27 jours après la naissance de jumeaux, sans avoir entendu la mère, qui avait demandé à l'être. Voir également: CourEDH [déc.], *Antkowiak c. Pologne* du 22 mai 2018, n° 27025/17, les droits des futurs parents adoptifs ne peuvent primer sur ceux de l'enfant, la mère biologique ayant changé d'avis et retiré son consentement à l'adoption, demandant sa réunion avec l'enfant.

384 ATF 137 III 1, JdT 2011 II 367; ATF 113 Ia 271. Si le consentement découle de l'autorité parentale, l'Etat doit prévoir une procédure pour obtenir la restitution des droits parentaux aux fins d'être habilité à refuser l'adoption: ACEDH, *A.K. et L. c. Croatie* du 8 janvier 2013, n° 37956/11.

385 ACEDH, *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 34.

386 ACEDH, *K.A.B. c. Espagne* du 10 avril 2012, n° 59819/08, résumé par MALINVERNI, *Adoption*, p. 364 s. ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229; ATF 113 Ia 271.

387 ACEDH, *Eski c. Autriche* du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 34, non-violation de l'art. 8 CEDH, l'adoption de l'enfant malgré l'opposition du père biologique étant justifiée.

et suffisants pour faire respecter le droit du parent biologique à vivre avec son enfant<sup>388</sup>.

Lorsqu'il fait suite à la naissance de l'enfant, l'art. 265b CC, inchangé depuis son entrée en vigueur en 1972, institue une période de protection de 6 semaines durant laquelle le consentement tant de la mère que du père n'est pas valable (al. 1); s'il a néanmoins été accordé, il ne déploie pas d'effet et doit être confirmé à l'écoulement du délai prescrit. Le consentement donné ou confirmé à la fin de ce premier délai de réflexion peut être révoqué sans indication de motif dans les 6 semaines suivantes (al. 2). Le délai de révocation de 6 semaines est court, mais cumulé au délai antérieur de réflexion de 6 semaines après la naissance, il apparaît compatible avec la CEDH<sup>389</sup>.

aa. Consentement et maintien des relations personnelles

Si le consentement à l'adoption est soumis à une condition de la part de la mère naturelle, celle-ci doit être respectée; à défaut, il y a violation de l'art. 8 CEDH<sup>390</sup>. Le contexte de l'ACEDH de Grande Chambre *Abdi Ibrahim c. Norvège* de 2021 est inédit du fait du souhait de la mère biologique que son fils, placé en famille d'accueil alors qu'il était encore un nourrisson, soit élevé conformément à sa foi musulmane, partie intégrante du grief formulé sous l'angle de l'art. 8 CEDH, tel qu'interprété et appliqué à la lumière de l'art. 9 CEDH, lequel garantit la liberté de religion. Cette affaire se distingue du fait que l'accent mis par les juridictions internes sur les intérêts de l'enfant est critiqué par la CourEDH, et par l'importance prépondérante accordée à l'opposition des parents d'accueil à l'adoption ouverte; en autorisant l'adoption, les autorités internes n'ont ainsi pas accordé un poids suffisant au droit de la requérante au respect de sa vie familiale, et en particulier à l'intérêt mutuel de la mère et de l'enfant à maintenir des relations, ce qui aurait permis au fils de garder certains liens avec ses racines culturelles et religieuses. Seules des circonstances particulièrement exceptionnelles peuvent justifier une rupture complète et définitive des liens entre l'enfant et le parent biologique, ou une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>391</sup>. De surcroît, il appartient aux autorités nationales d'apprécier le cas échéant la vulnérabilité particulière de la mère biologique, en prenant en compte son origine et le modèle qui peut être différent d'attachement

---

388 ACEDH, *D.M. et N. c. Italie* du 20 janvier 2022, n° 60083/19, § 83; ACEDH, *Zhou c. Italie* du 21 janvier 2016, n° 33773/11, § 61.

389 ACEDH, *Kearns c. France* du 10 janvier 2008, n° 35991/04, § 81, délai de révocation de 2 mois jugé suffisant, alors que le consentement à l'adoption avait été donné le lendemain de la naissance. PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 195.

390 ACEDH [GC], *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 143, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu des insuffisances dans le processus décisionnel ayant entraîné la rupture des liens de la mère avec son fils dans un contexte de différences culturelles et religieuses entre la mère et les parents adoptifs.

391 ACEDH [GC], *Abdi Ibrahim c. Norvège* du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 162.

entre parents et enfant comme le connaît la culture africaine<sup>392</sup>. Au regard de l'art. 8 CEDH, il revient aux Etats d'apporter la preuve qu'ils ont accordé une attention particulière aux personnes vulnérables, une protection accrue leur étant due<sup>393</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH, le législateur suisse a intégré une nouvelle conception de l'adoption, en ne retenant plus la théorie de la rupture totale; a fait son chemin l'idée qu'il peut être davantage conforme à l'intérêt de l'enfant de pouvoir, selon les circonstances du cas d'espèce, garder des liens avec sa famille naturelle (cf. art. 268e CC). Cette dernière disposition paraît toutefois timide, étant donné qu'elle prévoit le droit à des relations personnelles avec les parents biologiques et l'enfant exclusivement dans le cadre d'une convention entre les parents adoptifs et biologiques, approuvée par l'autorité. Le défaut d'un accord pourra mener à ne pas prononcer l'adoption au regard de l'art. 8 CEDH. Mais refuser l'adoption en raison d'un consentement conditionné à un droit de visite avec l'enfant est critiquable<sup>394</sup>; la nouvelle conception de l'adoption doit permettre une solution plus nuancée, afin de se conformer à la jurisprudence de Strasbourg.

Le législateur n'a, à tort, pas modifié l'art. 274 al. 3 CC selon lequel le consentement du parent naturel à l'adoption entraîne, dès le placement de l'enfant, la suppression du droit aux relations personnelles, sous réserve d'un accord entre parents naturels et adoptants ou d'un maintien décidé par l'autorité de protection de l'enfant (APE) et soumis à des circonstances exceptionnelles dictées par l'intérêt de l'enfant (art. 274a CC), ce qui répond à une situation par définition conflictuelle; la conformité de la loi avec l'art. 8 CEDH a pourtant été vivement critiquée<sup>395</sup>. La CourEDH s'est montrée ouverte au maintien des contacts entre l'enfant et sa famille d'origine<sup>396</sup>. En revanche, lorsque

392 ACEDH, A.I. c. Italie du 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 70896/17, § 104, les aptitudes parentales de la requérante ont été appréciées sans prendre en compte ces considérations, qui avaient été largement mises en évidence dans le rapport d'expertise, cf. § 34.

393 ACEDH, Soares de Melo c. Portugal du 16 février 2016, n° 72850/14, § 106; ACEDH, Zhou c. Italie du 21 janvier 2016, n° 33773/11, § 58; ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11, § 94.

394 OG LU du 20 juillet 2004, FamPra.ch 2005, p. 390, suivi, p. 621 s., des critiques de PFAFFINGER, favorable aux adoptions ouvertes, réitérées in: PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, p. 20 ss.

395 PFAFFINGER, FamPra.ch 2008, p. 39 ss.

396 ACEDH, A.I. c. Italie du 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 70896/17, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir privé une femme d'origine nigériane, victime de traite, de tout contact avec ses enfants en dépit des préconisations d'experts et avant même la décision définitive sur leur adoptabilité; ACEDH, Naltakyan c. Russie du 20 avril 2021, n° 54366/08, violation de l'art. 8 CEDH en raison du refus d'accorder un droit de visite au père qui apprit la survie de son enfant à la naissance qu'un an et demi plus tard, après avoir reçu une demande de retrait de son autorité parentale sur l'enfant dans le cadre d'une procédure d'adoption; ACEDH, Görgülü c. Allemagne du 26 février 2004, n° 74969/01, violation de l'art. 8 CEDH en raison de la suppression des contacts avec la famille naturelle pendant la phase du placement, cf. WITTINGER, p. 100; de même: ACEDH, Clemeno et autres c. Italie du 21 octobre 2008, n° 19537/03. MALINVERNI, Adoption, p. 365 s.

l'adoption a été prononcée dans le respect des garanties procédurales des différentes personnes concernées, l'Etat est en droit de refuser d'octroyer ultérieurement à la mère biologique un droit de visite et d'information, afin de protéger le droit au respect de la vie privée et familiale des parents adoptifs; la situation d'extrême vulnérabilité de la mère biologique, à laquelle est opposé le caractère non-exécutoire des arrangements verbaux discutés en cours de procédure, rend néanmoins l'opinion dissidente convaincante<sup>397</sup>.

bb. Renoncement au consentement

Un des points les plus discutés du droit de l'adoption est la question du renoncement au consentement des parents naturels. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, l'art. 265c CC limite les possibilités de faire abstraction du consentement d'un des parents lorsque celui-ci est inconnu, par exemple lorsque l'enfant est déposé dans une boîte à bébé, absent depuis longtemps sans résidence connue ou incapable de discernement de manière durable; assimiler jeunesse et incapacité pour se passer du consentement de la mère très jeune est controversé<sup>398</sup>. Il faut tenir compte de l'art. 8 CEDH, la CourEDH ayant admis la violation de cette disposition pour n'avoir pas pris en compte l'avis de la mère frappée d'incapacité civile, mais pas d'incapacité durable de discernement<sup>399</sup>. La mère devrait dans toute la mesure du possible être entendue afin de ne pas prendre une décision exclusivement sur la base du certificat médical attestant son incapacité de discernement<sup>400</sup>. Le père biologique connu peut être considéré comme inconnu juridiquement, à défaut d'un lien juridique de filiation, permettant de faire abstraction de son consentement par anticipation<sup>401</sup>; il faut réserver l'obligation à charge de l'Etat de porter à la connaissance du père biologique la manière de faire valoir ses droits<sup>402</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, seuls des critères objectifs sont ainsi maintenus pour renoncer au consentement du parent naturel. Avant cette date, l'art. 265c ch. 2 aCC permettait de renoncer au consentement du parent lorsque celui-ci

---

397 ACEDH, I.S. c. Allemagne du 5 juin 2014, n° 31021/08, § 84–87, à une majorité de 5 voix contre 2, le droit au respect de la vie familiale de la famille adoptive à ne pas être perturbée a primé, sans violer l'art. 8 CEDH, le droit au respect de la vie privée de la mère biologique, l'arrangement sur son droit de recevoir régulièrement des informations au sujet des jumeaux ne reposant que sur une simple déclaration d'intention des parents adoptifs; voir l'opinion dissidente percutante de la juge POWER-FORDE, rejointe par le juge ZUPANCIC.

398 MEIER/STETTLER, N 360 note 805 et réf., semblent l'accepter dans l'hypothèse d'une mère incapable de discernement jusqu'à la fin de la procédure d'adoption.

399 ACEDH, X. c. Croatie du 17 juillet 2008, n° 11223/04. Voir également: ACEDH, Omorefe c. Espagne du 23 juin 2020, n° 69339/16, violation de l'art. 8 CEDH dans l'impossibilité pour une mère d'établir des contacts avec son fils, placé en famille d'accueil puis adopté sans son accord.

400 MEIER/STETTLER, N 360 note 805; PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 196.

401 MEIER/STETTLER, N 360 *in fine* et note 808 avec réf.

402 ATF 137 I 154, c. 3.3.1, JdT 2012 II 229; ATF 113 Ia 271. Cf. *supra* D.II.4.a.

ne s'était «pas soucie sérieusement de l'enfant». La jurisprudence avait évolué d'une appréciation purement objective de l'absence de lien vivant entre le parent et l'enfant à la prise en compte d'éléments subjectifs permettant d'expliquer la réalité objective<sup>403</sup>; cette approche plus nuancée était retenue, sauf circonstances particulières dans lesquelles les droits de la personnalité de l'enfant, capable de discernement et consentant à l'adoption, devaient l'emporter sur le refus du parent, même si celui-ci avait déployé des efforts pour essayer d'entretenir un lien vivant avec l'enfant<sup>404</sup>. Contentieux important du droit de l'adoption, il a également occupé la CourEDH<sup>405</sup>.

La suppression de la cause subjective permettant de passer outre le refus d'un parent est à notre sens problématique au regard du droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant au sens de l'art. 8 CEDH, qui peut ne pas souffrir d'attendre la majorité pour voir l'adoption être prononcée, le refus du parent ne pouvant alors plus être opposé (art. 266 al. 2 *in fine* CC). L'interdiction générale de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC reste le rempart contre la violation des droits de l'enfant. Il convient aujourd'hui d'appliquer la jurisprudence relative à l'art. 265c ch. 2 aCC, qui était une concrétisation de l'abus de droit, sous l'angle de l'art. 2 CC<sup>406</sup>. Dans ce sens, le constat d'une absence objective de lien vivant doit être cumulé à un examen subjectif des causes y relatives, la sanction visant l'attitude de la personne qui refuse abusivement son consentement. Il faut toutefois prêter l'attention suffisante à la jurisprudence de la CourEDH, qui peut également être amenée à ne pas tenir compte des efforts du parent et à se suffire de l'absence de lien vivant; le consentement donné par l'enfant lui-même joue un rôle important dans ce contexte<sup>407</sup>. L'intérêt de l'enfant devant passer avant toute autre considération, il peut faire pencher la balance en faveur de l'adoption, lorsque l'enfant a été placé depuis sa naissance en raison des carences de la mère, laquelle n'a pas investi le lien de filiation de manière significative<sup>408</sup>.

403 ATF 111 II 317, c. 3a-b et déjà ATF 108 II 523, c. 2–4, puis plus clairement encore ATF 109 II 382, JdT 1985 I 651, revenant sur la jurisprudence antérieure objectivant le critère, cf. ATF 107 II 18, c. 5, JdT 1981 311. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 196.

404 TF, 5C.4/2001 du 26 avril 2001, puis TF, 5A\_488/2010 du 13 décembre 2010. En détail sur l'évolution de la jurisprudence: MEIER/STETTLER, N 361 ss.

405 ACEDH, S.S. c. Slovénie du 30 octobre 2018, n° 40938/16; ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11; ACEDH, Aune c. Norvège du 28 octobre 2010, n° 52502/07; ACEDH, Eski c. Autriche du 25 janvier 2007, n° 21949/03.

406 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 218.

407 ACEDH, Eski c. Autriche du 25 janvier 2007, n° 21949/03, § 39 ss, l'enfant était âgée de neuf ans et demi.

408 ACEDH, Zambotto Perrin c. France du 26 septembre 2013, n° 4962/11, § 108. Voir également: ACEDH, Mohamed Hasan c. Norvège du 26 avril 2018, n° 27496/15, non-violation de l'art. 8 CEDH pour avoir autorisé l'adoption des deux fillettes contre la volonté de la mère.

b. *Adoption dans le cadre d'une union de partenaires de même sexe*

L'interdiction de toute discrimination en lien avec l'homoparenté a été affirmée par la CourEDH. Un couple de personnes de même sexe, dont l'union stable n'est pas formalisée, ne peut être traité différemment d'un couple non marié de partenaires de sexe opposé s'agissant de l'adoption des beaux-enfants au risque d'enfreindre l'art. 14 en lien avec le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH<sup>409</sup>.

Lors de l'introduction de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) du 18 juin 2004, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'adoption, comme la procréation médicalement assistée, n'étaient pas autorisées (art. 28 aLPart<sup>410</sup>). Cette interdiction était fondée sur l'orientation sexuelle du couple et sa conventionnalité très douteuse; le TF avait laissé indécise la question de savoir si l'interdiction de l'adoption était conforme au droit international, la discrimination alléguée par rapport aux couples mariés n'étant pas réalisée dans le cas particulier<sup>411</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, les partenaires enregistrés et les partenaires de fait peuvent adopter l'enfant de la personne avec laquelle est menée une vie de couple selon les art. 264c al. 1 ch. 2 et 3 CC (cf. également l'art. 27a LPart). Une inégalité de traitement est ainsi supprimée entre les partenaires enregistrés et les époux, seuls ces derniers ayant auparavant accès à l'adoption coparentale. L'égalité de traitement entre union formelle et informelle est en outre assurée, puisque les concubins, quel que soit leur sexe, peuvent adopter l'enfant de leur partenaire. Le couple doit faire ménage commun depuis au moins trois ans (art. 264c al. 2 CC) et les personnes menant de fait une vie de couple ne doivent être ni mariées ni liées par un partenariat enregistré (art. 264c al. 3 CC). Cette sécurisation juridique de la relation entre l'enfant et le ou la partenaire de son père ou de sa mère est à saluer, ce d'autant que l'adoption coparentale est la forme d'adoption la plus répandue en Suisse<sup>412</sup>. Elle répond aux exigences du droit au respect de la vie familiale de l'enfant et reste soumise aux consentements de l'enfant capable de discernement et du parent juridique «remplacé»<sup>413</sup>.

409 ACEDH [GC], X. et autres c. Autriche du 19 février 2013, n° 19010/07, Recueil 2013-II. EN-TENZA, N 22 ss.

410 RS 211.231 (RO 2005 5685, 5690; FF 2003 1192).

411 ATF 137 III 241, c. 5, JdT 2012 I 142, le partenariat enregistré n'avait pas duré cinq ans, ce qui était la durée requise du mariage pour permettre l'adoption coparentale. COTTIER/WYTTENBACH, p. 83, relevant qu'il n'est toutefois pas fait mention que la durée du partenariat enregistré ne pouvait être plus longue, étant donné l'entrée en vigueur de la LPart trois ans seulement plus tôt; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 275; SANDOZ, Jusletter 2012, N 1 ss.

412 En 2020, environ 75 % des adoptions est une adoption coparentale, ce qui confirme une augmentation graduelle depuis 2016, env. 50 % étant un pourcentage stable les années précédentes, cf. <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/adoptions.html>>.

413 Cf. *supra* D.II.4.a.

L'adoption conjointe demeure réservée aux époux conformément à l'art. 264a al. 1 CC. Avec l'entrée en vigueur du mariage pour tous et toutes au 1<sup>er</sup> juillet 2022, elle s'ouvre aux époux et épouses de même sexe. Le droit suisse va ici plus loin que la jurisprudence de la CourEDH, rendue certes il y a 10 ans, selon laquelle ne découle pas de la Convention l'obligation d'accorder aux couples de partenaires de même sexe l'accès au mariage ou à des droits spéciaux réservés aux seuls couples mariés de personnes de sexe opposé, notamment en matière d'adoption<sup>414</sup>.

*c. Adoption dans le cadre d'une union informelle*

Le droit suisse ne permet aux couples non mariés que l'adoption coparentale (art. 264c al. 1 ch. 3 CC). Jusqu'au 31 décembre 2017, seule l'adoption de l'enfant du conjoint marié était autorisée (art. 267 al. 2 aCC). L'adaptation du droit civil en faveur de l'adoption de l'enfant du partenaire de vie fait suite à l'ACEDH Emonet c. Suisse rendu en 2007; la CourEDH a constaté que la rupture du lien de filiation entre la mère et sa fille, consécutive à l'adoption de celle-ci par le concubin de sa mère, soit par le «beau-parent» de fait, constituait, dans les circonstances particulières d'espèce concernant une enfant majeure handicapée nécessitant des soins quotidiens assurés par sa mère et son compagnon depuis plusieurs années, une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie familiale des requérants et, par là-même, une violation de l'art. 8 CEDH<sup>415</sup>. Cet ACEDH met en évidence que le droit au respect de la vie familiale exige «la prise en compte des réalités tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi»<sup>416</sup>. Il a nécessité un arrêt de révision afin de rétablir le lien de filiation maternelle<sup>417</sup>. Dans cet arrêt, le TF affirme que la CourEDH n'a pas remis en cause expressément le bien-fondé de l'art. 267 al. 2 aCC, qui avait entraîné la rupture du lien de filiation maternelle, après le constat de l'adoption par le beau-père seul, à défaut d'une règle dans le Code civil qui aurait permis l'adoption coparentale dans le cadre d'une union informelle. L'ACEDH Emonet a néanmoins suscité des discussions nourries en doctrine afin de déterminer son impact sur le droit civil<sup>418</sup>. Une partie de la doctrine estimait que la condamnation était déterminée par les circonstances particulières du cas, alors que l'autre en déduisait à juste titre l'obligation de permettre l'adoption co-

---

414 ACEDH, Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012, n° 25951/07, Recueil 2012-II, § 66 ss.

415 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03. Cet ACEDH a fait couler passablement d'encre, par ex.: HOTTELIER, Jusletter 2008; SCHÖBI, p. 99 ss; SCHÜRMAN, p. 262 ss.

416 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 86.

417 TF, 5F\_6/2008 du 18 juillet 2008, SJ 2009 I 53, révision de l'ATF 129 III 656.

418 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208 et réf. notes 124 s.; MEIER/STETTLER, N 323 note 699 et réf.

parentale aux couples non mariés<sup>419</sup>. La CourEDH met en évidence que l'argument du Gouvernement suisse, «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>420</sup>. L'argument selon lequel il suffisait de se marier est également balayé par la CourEDH, laquelle établit qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter<sup>421</sup>. Or, dès qu'une relation familiale est établie au sens de l'art. 8 CEDH, sans qu'il y ait besoin pour ce faire des circonstances particulières de l'affaire Emonet, l'impossibilité pour l'un des concubins d'adopter l'enfant de l'autre, étant donné la rupture du lien de filiation avec la mère, ne paraît pas conforme au droit au respect de la vie familiale. La révision du droit de l'adoption a mis fin positivement à cette controverse et offre un exemple de l'influence cardinale de la CEDH en droit civil.

*De lege lata*, la situation juridique n'est toutefois pas totalement satisfaisante. Alors même qu'une vie en commun de trois ans permet le dépôt d'une requête d'adoption le jour du mariage, l'adoption conjointe reste l'apanage exclusif des époux mariés conformément l'art. 264a al. 1 CC. L'art. 12 CEDH n'apparaît à cet effet d'aucun secours aux couples non mariés, le droit de fonder une famille ne les autorisant pas à en déduire un droit d'adopter sous une forme qui n'est pas prévue par la loi<sup>422</sup>. L'art. 8 CEDH cumulé à l'art. 14 CEDH permet de critiquer le formalisme, à notre sens excessif, du législateur en droit civil, encore trop attaché à l'institution matrimoniale<sup>423</sup>. L'exigence du mariage comme condition à l'adoption ne satisfait plus aux réalités contemporaines. En hommage à l'osmose des modèles familiaux, l'avenir appartient à un droit de la famille indépendant du statut formel ou informel de l'union<sup>424</sup>.

Une double adoption, aux fins de contourner la loi, en procédant à une adoption différée dans le temps, reste envisageable. L'adoption par une personne

419 Dans ce sens: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 208 et réf. notes 124 s. *Contra*: CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 900 implicitement; MEIER/STETTLER, N 323 note 699. Laissant la question ouverte: SCHÖBI, p. 105 s. HOTTELIER, Jusletter 2008, appelle les autorités judiciaires à mieux prendre en compte les exigences de la CEDH.

420 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 89 *in fine*. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 200 et 207; HERTIG RANDALL, p. 135, le souligne également.

421 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 82.

422 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 92, se référant par analogie à l'ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112, § 51–54. Cf. *supra* C.II.2.

423 PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 213, 226 s. et FamPra.ch 2011 I, p. 335. Voir également: JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 61: l'état civil des parents d'un enfant n'est pas déterminant pour son bien.

424 PAPAUX VAN DELDEN, Familles, p. 26 et réf. note 138. Pour un droit de la famille moderne, non fondé sur le statut: CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss; COTTIER, Impulsions, p. 184 ss; SCHWENZER, p. 1001.

seule selon l'art. 264b CC, suivie par l'adoption de l'enfant du partenaire de vie (art. 264c al. 1 ch. 3 CC), permet en effet *in fine* de réaliser une adoption conjointe, pourtant réservée aux couples mariés. Cette démarche, même planifiée, ne heurtera pas l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), l'autorité devant garder comme considération primordiale l'intérêt de l'enfant.

*d. Adoption par une personne seule*

Dans la mesure où le droit suisse autorise l'adoption par une personne seule, en principe célibataire (art. 264b CC), les autorités doivent veiller à respecter le principe de non-discrimination dans l'octroi de l'agrément en vue d'adopter un enfant<sup>425</sup>. En 2008, dans l'arrêt de Grande Chambre E.B. c. France, la CourEDH a admis la violation des art. 8 et 14 CEDH dans le refus d'agrément, opposé à une femme d'un couple de même sexe souhaitant adopter seule, refus motivé par l'absence de figure paternelle; l'influence décisive de l'orientation sexuelle dans le refus des autorités nationales n'est pas compatible avec la CEDH, qui est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles<sup>426</sup>.

Une différence de traitement fondée sur le sexe de la personne est également difficilement acceptable à la lumière des art. 8 et 14 CEDH. A cet effet, la jurisprudence du TF s'est montrée très exigeante envers les hommes demandant à adopter seuls, ne leur donnant, à notre connaissance, jamais gain de cause<sup>427</sup>. Le Code civil ne confère pas à l'adoption monoparentale un caractère exceptionnel, contrairement à la pratique suivant en cela la conception du Conseil fédéral<sup>428</sup>. L'adoption par une personne seule n'est toutefois pas considérée comme un mode d'adoption exceptionnel par la CourEDH<sup>429</sup>; une approche trop restrictive heurte la diversité des modèles familiaux sans motif particulièrement convaincant<sup>430</sup>.

*e. Reconnaissance de l'adoption*

Les autorités nationales sont limitées par la CEDH dans leur possibilité de refuser de reconnaître une adoption prononcée à l'étranger qui a donné naissance à

---

425 ACEDH, Schwizgebel c. Suisse du 10 juin 2010, n° 25762/07, Recueil 2010-V, § 74; ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02.

426 ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 49. Il s'agit d'un «revirement de jurisprudence», la CourEDH étant parvenue au résultat contraire en 2002, preuve du dynamisme de l'interprétation de la CEDH, apte à évoluer rapidement: ACEDH, Fretté c. France du 26 février 2002, n° 36515/97, Recueil 2002-I. Critiques: VANWINCKELEN, p. 574 ss; MEIER/STETTLER, N 313 note 681.

427 TF, 5A\_207/2012 du 25 avril 2012; TF, 5A\_881/2010 du 13 mai 2011.

428 CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption, p. 879, ne l'admet qu'à titre exceptionnel.

429 JAGGI, N 19 ss tire comme enseignement de l'ACEDH [GC], E.B. c. France du 22 janvier 2008, n° 43546/02, la condamnation de l'adoption par une personne seule comme mode d'adoption exceptionnel.

430 Cf. *supra* C.III.2.b.

une vie familiale effectivement vécue<sup>431</sup>. Or, l'art. 78 al. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>432</sup>, qui détermine la compétence indirecte en matière de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger hors CLaH93, est particulièrement rigide. Il n'autorise la reconnaissance que si l'adoption a été prononcée dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants; la reconnaissance d'une adoption prononcée dans l'Etat de provenance de l'enfant n'est pas prévue.

Or, suivant les circonstances, la protection garantie par l'art. 8 CEDH à un rapport familial créé valablement à l'étranger et effectivement vécu impose la reconnaissance en Suisse<sup>433</sup>; tel est le cas en particulier lorsqu'il s'agit de reconnaître une adoption étrangère à titre préalable, notamment dans un procès en partage successoral<sup>434</sup>. La non-reconnaissance est choquante s'il est impossible de procéder à une nouvelle adoption en Suisse. L'art. 78 al. 1 LDIP ne doit alors pas faire obstacle à la reconnaissance et ne pas être appliqué; l'art. 8 CEDH prime.

##### 5. Procréation médicalement assistée

La CourEDH a déduit de l'art. 8 CEDH le droit de recourir à l'insémination artificielle, partie du droit de devenir parent génétique<sup>435</sup>. En limitant ou interdisant certaines méthodes de PMA, l'Etat porte en conséquence atteinte aux droits fondamentaux des personnes dont les capacités de reproduction sont réduites. La jurisprudence de la CourEDH laisse une large marge d'appréciation aux Etats membres dans le domaine de la PMA, appelée à se restreindre en fonction du consensus des Etats<sup>436</sup>. Le risque d'abus, souvent invoqué en cette matière, ne constitue pas une raison suffisante pour interdire totalement certaines techniques de procréation, dès lors que leur utilisation peut être encadrée par des règles précises<sup>437</sup>. Il faut également prêter l'attention suffisante à l'inter-

---

431 Violation de l'art. 8 seul, et des art. 8 et 14 CEDH: ACEDH, Negrepontis-Giannisis c. Grèce du 5 décembre 2013, n° 56759/08; ACEDH, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg du 28 juin 2007, n° 76240/01.

432 RS 291; LDIP du 18 décembre 1987, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1989.

433 Dans ce sens: BUCHER, *Enfant*, N 297; PAPAUX VAN DELDEN, *Adoption*, p. 203. Lorsque l'enfant est confié par le biais d'une *kafala* de droit islamique, la CourEDH n'a pas admis qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, une décision d'adoption plénière puisse être obtenue dans le pays d'accueil: ACEDH, Chbihi Loudoudi c. Belgique du 16 décembre 2014, n° 52265/10, § 98; ACEDH, Harroudj c. France du 4 octobre 2012, n° 43631/09.

434 ATF 134 III 467, JdT 2009 I 287 dans lequel l'adoption n'a pas été reconnue. Très critique: BUCHER, *PJA* 2008, p. 1585 ss.

435 ACEDH, Dickson c. Royaume-Uni du 4 décembre 2007, n° 10699/05, Recueil 2006-XI, § 78. LOMBARDINI/CAMBI, N 24 et 26; JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 69 se réfère à «l'autonomie reproductive» garantie par l'art. 8 CEDH. Cf. *supra* C.I.3 *ab initio*.

436 Dans ce sens: BÜCHLER, *Don d'ovules*, p. 10. Voir récemment: ACEDH, Lia c. Malte du 5 mai 2022, n° 8709/20, § 60. Sur les différentes méthodes de PMA existantes, classées en fonction de leur autorisation ou non en droit suisse: STEGMÜLLER, N 71 ss.

437 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 77.

diction de la discrimination au sens de l'art. 14 en lien avec l'art. 8 CEDH, en particulier lorsque l'accès est limité par exemple en fonction du schéma familial ou du sexe des personnes concernées. Toute interdiction ouvre de surcroît les portes à un tourisme procréatif vers des pays plus libéraux. Or, la Constitution et la LPMA fixent des limites strictes à l'utilisation des techniques et à l'accès aux méthodes de médecine de la reproduction en Suisse.

*a. Aspects choisis sous l'angle de la LPMA et de la CEDH*

L'interdiction du don de sperme a été condamnée par le TF comme étant une restriction inadmissible à la liberté de procréer<sup>438</sup>. La LPMA a ainsi autorisé cette méthode en la limitant néanmoins aux couples mariés (art. 3 al. 3 LPMA) et à la condition que l'épouse soit apte à produire des ovules fécondables (cf. art. 4 LPMA *a contrario*); l'autorisation porte sur un don conforme à la LPMA.

Si la LPMA offre une reconnaissance juridique aux couples non mariés, qui ont accès à la procréation médicalement assistée, sans âge minimum attestant leur maturité, ni davantage d'années de vie commune censées accréditer la stabilité de leur mode de vie, les couples informels restent exclus de la méthode d'insémination hétérologue. Or, dans la mesure où la loi accorde des privilèges fondés sur l'état civil des bénéficiaires, la compatibilité de cette restriction avec la CEDH se pose pour les exclus sous l'angle de l'interdiction de la discrimination à la lumière de l'art. 14 CEDH combiné à l'art. 8 CEDH<sup>439</sup>. Comme un droit de recourir à l'insémination artificielle est admis, interdire l'accès au don de sperme aux couples non mariés nous paraît une atteinte disproportionnée; cet accès peut en effet être encadré par des règles précises, permettant de pallier l'absence d'établissement automatique de la paternité, fondée sur la présomption liée au mariage avec la mère, ce d'autant que la reconnaissance peut avoir lieu avant la naissance (art. 11 al. 2 OEC) et qu'il est possible de faire obstacle dans la LPMA à une action contestant la paternité en modifiant l'art. 23 al. 1 LPMA et l'art. 260a CC, afin d'y insérer une disposition similaire à l'art. 256 al. 3 CC. De surcroît, l'adoption par le partenaire de fait a été introduite à l'art. 264c al. 1 ch. 3 CC. Dans le cadre de l'adoption, la CourEDH a déjà mis en évidence que l'institution du mariage ne garantit pas une stabilité accrue par rapport à un couple de concubins et qu'il n'appartient pas aux autorités nationales de se substituer aux personnes intéressées dans leur prise de décision sur la forme de vie commune qu'elles souhaitent adopter<sup>440</sup>. Les juges de Strasbourg ont de surcroît très tôt admis que la famille «naturelle» est protégée par l'art. 8 CEDH

438 ATF 119 Ia 460, JdT 1995 I 586, confirmant et complétant l'ATF 115 Ia 234, JdT 1991 I 194. AMSTUTZ/GÄCHTER, N 11.

439 PAPAUX VAN DELDEN, Osmose, p. 263 ss.

440 ACEDH, Emonet et autres c. Suisse du 13 décembre 2007, n° 39051/03, § 89 *in fine*. PAPAUX VAN DELDEN, Adoption, p. 200 et 207; sur l'absence de lien entre état civil des parents et bien de l'enfant: JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 61, voir également: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 3 N 80, critiques. Cf. *supra* D.II.4.c.

au même titre que la famille «classique»<sup>441</sup>. Or, les arguments du TF selon lesquels il se justifie d'accorder, au nom de la protection du bien de l'enfant, le privilège de l'insémination hétérologue à l'institution du mariage, car il est d'intérêt public de contenir le nombre des enfants privés de père légal à la naissance, sont obsolètes<sup>442</sup>. Aujourd'hui, cette restriction aux droits des couples non mariés et le privilège accordé au mariage qui en découle ne s'avèrent pas proportionnels. La limitation aux couples est par ailleurs aussi discutable, alors que l'adoption par une personne seule est admise.

L'ouverture du mariage aux partenaires de même sexe permettra aux couples de femmes mariées d'avoir accès au don de sperme, dès le 1<sup>er</sup> juillet 2022, sans qu'une modification de la LPMA ne soit nécessaire. Il a suffi que l'interprétation du terme «stérilité» au sens de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. soit également comprise dans le sens d'une «stérilité sociale»<sup>443</sup>. Il est aujourd'hui admis que le bien de l'enfant, à l'origine de l'exclusion des couples de femmes du don de sperme<sup>444</sup>, ne dépend pas de la constellation familiale, et en particulier du sexe des parents, mais de la qualité de la relation entre les parents et l'enfant<sup>445</sup>. Or, l'interdiction du don de sperme pour les femmes dans une relation *de facto* avec un homme ou une femme est maintenue. La discrimination des couples privilégiant une union non formalisée subsiste largement en droit suisse, comme il vient d'être démontré.

En outre, même au sein d'un couple marié, les enfants, qui naîtront grâce à un don de sperme à l'étranger ou à un don de sperme privé, ne bénéficieront pas de l'établissement de la filiation avec la deuxième mère dès la naissance, à défaut d'un don de sperme conforme aux dispositions de la LPMA selon l'art. 255a al. 1 CC<sup>446</sup>. C'est au nom du droit fondamental de l'enfant à connaître son ascendance que le Conseil fédéral le justifie, argument peu convaincant<sup>447</sup>. A défaut de reconnaissance de maternité ou d'action en maternité, toutes deux inconnues du droit suisse, seule l'adoption permettra d'établir le lien de filiation, étant précisé qu'une séparation des mères avant l'introduction de la procédure d'adoption fera obstacle à celle-ci à défaut d'un ménage

441 ACEDH [GC], Johnston c. Irlande du 18 décembre 1986, n° 9697/82, Série A-112; ACEDH [GC], Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, n° 6833/74, Série A-31. LOMBARDINI/CAMBI, N 28. Cf. *supra* C.I.3.a.

442 ATF 115 Ia 234, c. 6c, à noter qu'il s'agit d'un *obiter dictum*, JdT 1991 I 194. LOMBARDINI/CAMBI, N 28.

443 Cf. Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 30 août 2019, FF 2019 8127, 8141. CREVOISIER/COTTIER, p. 303; JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 28. Pour la Modification du Code civil du 18 décembre 2020 (Mariage pour tous): FF 2020 9607.

444 CONSEIL FÉDÉRAL, Message LPMA, p. 244.

445 COTTIER, Impulsions, p. 160 et réf. note 230; JUNGO *et al.*, Rapport 2021, N 95.

446 Sur l'interprétation de ces termes: COTTIER, Filiation, p. 384 s.; GAY, N 30 ss; LÖTSCHER, p. 661.

447 Critique: COTTIER, Impulsions, p. 160 s. et réf. note 236 au CONSEIL FÉDÉRAL, Initiative parlementaire Mariage civil pour tous. Rapport du 30 août 2019 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Avis du Conseil fédéral FF 2020 1223, 1226; Prises de position de la Conseillère fédérale KARIN KELLER-SUTTER, BO CN 2020, 889 s., 2414 s., BO CE 2020, 1110 s., 1114.

commun entre le parent juridique et le parent adoptif au sens de l'art. 264c al. 2 CC<sup>448</sup>. L'enfant sera alors dépourvu d'un deuxième lien de filiation, pourtant décisif pour assurer sa sécurité juridique. Il perd un parent juridique, responsable de son entretien, et ne fait pas partie du cercle des héritiers légaux; il n'est pas assuré que l'enfant puisse continuer à vivre avec le parent survivant, en cas de prédécès du parent juridique<sup>449</sup>. Il faut constater que l'enfant est ainsi désavantagé de par sa naissance, sur la base du statut de ses parents, de leur sexe et orientation sexuelle. Or, seules des raisons particulièrement convaincantes et solides peuvent justifier de telles différences de traitement au regard des art. 14 et 8 CEDH; elles ne nous paraissent pas réalisées<sup>450</sup>.

Quant au don d'ovules, il s'agit d'une des pratiques totalement interdites par l'art. 4 LPMA, ce qui doit être analysé à la lumière de la CEDH. L'interdiction faite à deux couples stériles d'avoir recours au don de sperme et d'ovules en vue d'une fécondation *in vitro* n'a pas été jugée contraire à la Convention dans un arrêt de Grande Chambre rendu en 2011<sup>451</sup>. La CourEDH a néanmoins mis en exergue dans le cadre de l'observation de l'art. 8 § 2 CEDH que «le domaine en cause, qui paraît se trouver en perpétuelle évolution et connaît des évolutions scientifiques et juridiques particulièrement rapides, appelle un examen permanent de la part des États contractants»<sup>452</sup>. Or, cet arrêt a plus de 10 ans et l'interdiction du don d'ovules peut être critiquée au regard de l'art. 8 CEDH, interprété à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui<sup>453</sup>. Il n'existe pas de raison objectivement fondée permettant de justifier l'inégalité de traitement entre le don de sperme et le don d'ovule<sup>454</sup>; la conformité aux art. 14 combiné à l'art. 8 CEDH n'est ainsi pas réalisée et l'interdiction absolue apparaît comme une mesure disproportionnée par rapport au but de protection de la donneuse contre les abus et une éventuelle exploitation. Cette interdiction ne trouve de surcroît pas de fondement dans la Constitution, l'art. 119 Cst. étant muet à ce sujet. Le Conseil fédéral propose d'ailleurs de discuter de la levée de cette interdiction dans son rapport sur la modernisation du droit de la famille et des initia-

448 ATF 126 III 412, c. 2a, la séparation ou le divorce du couple après le dépôt de la requête d'adoption devrait permettre à celle-ci d'aboutir, si tel est l'intérêt de l'enfant. REUSSER, p. 439.

449 CREVOISIER/COTTIER, p. 304 ss.; COTTIER, *Impulsions*, p. 183; MEIER, RDT 2001, p. 61 ss.; STEGMÜLLER, N 894 ss.

450 Dans ce sens à la lumière de la CDE: COTTIER, *Impulsions*, p. 183, absence de circonstances objectives et raisonnables pour justifier ces inégalités de traitement. Cf. *supra* C.III.2.b.

451 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, qui a renversé l'ACEDH du 1<sup>er</sup> avril 2010, lequel avait retenu une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH dans la prohibition de la fécondation *in vitro* avec don de gamètes.

452 ACEDH [GC], S.H. et autres c. Autriche du 3 novembre 2011, n° 57813/00, Recueil 2011, § 118, la CourEDH refusant, cf. § 120, d'examiner l'affaire séparément sous l'angle de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH.

453 Dans un sens similaire: BÜCHLER, *Don d'ovules*, p. 10. *Contra* en 2016: COTTIER/WYTTENBACH, p. 89.

454 Dans ce sens: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 4 N 14 et réf. notes 45 et 47; BÜCHLER, *Don d'ovules*, p. 27; RUMO-JUNGO, p. 848.

tives parlementaires vont dans ce sens, le Conseil national ayant donné son feu vert à une motion de commission le 17 mars 2022<sup>455</sup>.

La modification de la LPMA, levant l'interdiction du diagnostic préimplantatoire dans la loi (cf. art. 5a LPMA) et modifiant également l'art. 119 Cst., a permis au droit civil de se conformer à l'art. 8 CEDH<sup>456</sup>. L'interdiction faite à un couple porteur d'une maladie génétique de recourir au diagnostic préimplantatoire dans le cadre d'une fécondation *in vitro* a en effet été jugée contraire à la Convention<sup>457</sup>. Le refus de l'accès aux tests génétiques prénataux lorsqu'il y a une forte probabilité d'une anomalie chez le fœtus constitue en outre une violation de l'art. 8 CEDH<sup>458</sup>.

L'utilisation des ovules imprégnés et embryons *in vitro* est interdite après le décès de l'un des membres du couple conformément à l'art. 3 al. 5 LPMA, à l'instar de l'utilisation des gamètes d'une personne décédée, sauf s'agissant des spermatozoïdes provenant de donneurs de sperme ce que prévoit l'art. 3 al. 4 LPMA depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2017; l'art. 8 CEDH ne paraît pas pouvoir être invoqué à l'appui d'une fécondation *post-mortem*<sup>459</sup>. En outre, du vivant des intéressés, un droit de révocation leur est garanti par la loi (art. 15 al. 3 et 16 al. 3 LPMA); la réactivation des embryons conservés et des ovules imprégnés est également subordonnée au consentement du couple (art. 5b al. 2 LPMA). La CourEDH a admis que la loi nationale pouvait permettre au donneur de révoquer son consentement à l'implantation d'ovules fécondés, ce même s'il s'agissait des derniers embryons congelés de la mère avant l'ablation de ses ovaires<sup>460</sup>.

#### b. *Gestation pour autrui*

La maternité de substitution est expressément interdite par l'art. 119 al. 2 let. d Cst., confirmé à l'art. 4 LPMA. Pratiquée valablement à l'étranger, elle pose la question de la reconnaissance en Suisse des liens juridiques créés entre l'enfant et les parents d'intention, ce que l'article constitutionnel précité ne prohibe pas<sup>461</sup>.

455 CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation, p. 39. Initiative parlementaire Christ (21.421). Légaliser enfin le don d'ovules en Suisse! déposée au CN le 17 mars 2021; Initiative parlementaire Neiryneck (12.487), Autoriser le don d'ovules, déposée le 4 décembre 2012 au CN. HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 4 N 18 ss sur les efforts faits au niveau politique; BÜCHLER/SCHMUCKI, p. 11, pessimistes quant à une évolution prochaine.

456 Loi fédérale du 12 décembre 2014, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2017 (RO 2017 3641; FF 2013 5253). CONSEIL FÉDÉRAL, Message art. 119 Cst. et LPMA, p. 5313, note 115 faisant état de l'ACEDH, Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012, n° 54270/10, qui n'était pas encore définitif à ce stade (la demande de renvoi à la Grande Chambre a été rejetée). JUNOD, sur les implications de cet ACEDH sur le droit suisse; PAPAUX VAN DELDEN, Facettes, p. 103.

457 ACEDH, Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012, n° 54270/10. Sur le débat en Suisse: MEIER/STETTLER, N 264 note 567 et réf.

458 ACEDH, R.R. c. Pologne du 26 mai 2011, n° 27617/04, Recueil 2011-III.

459 Dans ce sens: MEIER/STETTLER, N 262 note 556.

460 ACEDH [GC], Evans du c. Royaume-Uni du 10 avril 2007, n° 6339/05, Recueil 2007-I, rendu à une majorité de 13 contre 4. GALLUS; SCHORNO.

461 CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport maternité de substitution, p. 29 ss.

L'influence de la jurisprudence de Strasbourg est déterminante en la présente matière, oeuvrant comme guide des tribunaux nationaux.

La résolution des questions juridiques posées par la GPA met un accent particulier sur le droit à la connaissance des origines et sur le lien de filiation biologique. La jurisprudence de la CourEDH a fait une place cardinale à la réalité biologique. Ainsi, le refus de reconnaître un couple comme les parents d'un enfant né d'une GPA, faite à l'étranger mais illégale dans le pays de résidence, ne constitue pas une violation de l'art. 8 CEDH alors qu'aucun des membres du couple n'a de lien biologique avec l'enfant; si les liens entre eux constituent une «vie familiale», la décision des autorités nationales de ne pas reconnaître un lien de filiation juridique repose sur une base légale suffisante en droit interne et, étant donné les efforts déployés par les autorités pour maintenir cette vie familiale, la CourEDH conclut que l'Islande a agi dans les limites de sa marge d'appréciation<sup>462</sup>. Les requérantes, devant la Cour, se sont appuyées explicitement sur le droit au respect de la vie familiale et ne se sont pas fondées sur le respect dû à la vie privée, ce qui est regrettable, la CourEDH ayant annoncé qu'elle pourrait être appelée à développer sa jurisprudence<sup>463</sup>. En la présente matière, le droit au respect de la vie privée concerne un autre aspect de la situation découlant d'une convention de GPA, à savoir le droit de l'enfant à la reconnaissance du lien juridique de filiation avec les parents d'intention<sup>464</sup>.

En effet, si le droit au respect de la vie familiale est respecté étant donné que les difficultés concrètes de la vie quotidienne n'ont pas rendu la vie familiale impossible, le droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH des enfants nés d'une GPA est violé par le refus tant de la reconnaissance que de l'établissement en droit interne du lien de filiation créé valablement à l'étranger avec le père biologique d'intention<sup>465</sup>. L'analyse prend en conséquence un relief particulier lorsque l'un des parents d'intention est également le géniteur de l'enfant, le lien biologique ayant tout particulièrement reçu ses lettres de noblesse dans le cadre de la jurisprudence relative à la problématique de la GPA. Ainsi, la Grande Chambre de la CourEDH avait déjà conclu en 2017, contrairement à l'arrêt de Chambre du 27 janvier 2015, à l'absence de violation de

---

462 ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, § 56 ss et 75.

463 Opinion concordante, rassurante à notre sens, du juge LEMMENS, en particulier § 6 in: ACEDH, Valdís Fjölfnisdóttir et autres c. Islande du 18 mai 2021, n° 71552/17, sur le danger à ne plaider que la violation du droit au respect de la vie familiale. Voir l'Avis consultatif n° P16-2018-001, § 36 *in fine*.

464 Dans un sens comparable: ACEDH, A.M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 127, non-violation de l'art. 8, et des art. 8 et 14 CEDH, les griefs examinés le sont sous l'angle exclusif des droits de la mère d'intention, qui ne peut représenter l'enfant, avec lequel elle n'a plus de contact en raison de l'opposition du père d'intention reconnu juridiquement, arrêt très dur envers la mère d'intention, avalisant sa position extrêmement précaire, cf. *in fine* l'opinion dissidente de la juge JELIĆ.

465 ACEDH [GC], Mennesson c. France du 26 juin 2014, n° 65192/11, Recueil 2014-III, § 92 ss, 100 s.; ACEDH, Labassee c. France du 26 juin 2014, n° 65941/11. Voir également: ACEDH, Foulon et Bouvet c. France du 21 juillet 2016, n°s 9063/14 et 10410/14. STEGMÜLLER, N 445 ss et 450 ss.

l'art. 8 CEDH dans une affaire dramatique portant sur le retrait et le placement d'un enfant né à l'étranger à la suite d'un contrat de GPA conclu par un couple, dont il a été ultérieurement constaté qu'il n'avait aucun lien biologique avec l'enfant<sup>466</sup>.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, l'existence d'un lien génétique n'a toutefois pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant garanti par l'art. 8 CEDH requiert la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention par la voie spécifique de la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant<sup>467</sup>.

En 2020, la reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une GPA et sa mère d'intention génétique, donneuse de l'ovule à la mère porteuse, a été soumise à la CourEDH<sup>468</sup>. Entre-temps, la CourEDH avait rendu son premier Avis consultatif dans le contexte toutefois d'une tierce donneuse; elle y a mis en exergue deux principes au poids particulier: l'intérêt de l'enfant et la marge d'appréciation dont disposent les Etats<sup>469</sup>. Il en ressort que l'établissement du lien de filiation peut se faire par une autre voie que la transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, par exemple par l'adoption de l'enfant par la mère d'intention; le choix des moyens pour permettre la reconnaissance du lien parent-enfant entre dans la marge d'appréciation des Etats, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>470</sup>. L'affaire précitée de 2020 a permis d'établir qu'une durée moyenne pour une adoption plénière de 4.1 mois ne représente pas un fardeau excessif imposé à l'enfant, respectant les exigences de l'art. 8 CEDH<sup>471</sup>; la question d'une discrimination quant aux modalités d'établissement de la filiation entre le père et la mère d'intention n'a pas pu être résolue, faute d'avoir été soulevée<sup>472</sup>.

Compte tenu de l'importance dans la jurisprudence de la CourEDH accordée à l'existence d'un lien biologique entre le parent d'intention et l'enfant issu d'une GPA, il nous paraît douteux que la marge d'appréciation des Etats puisse permettre en vertu de l'art. 8, appliqué seul et/ou combiné avec l'art. 14 CEDH, la transcription de la filiation valablement établie à l'étranger à l'égard du père biologique d'intention alors que le lien de filiation avec la mère génétique d'in-

---

466 ACEDH [GC], *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, n° 25358/12, Recueil 2017, § 157 et 195. STEGMÜLLER, N 460 ss.

467 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 50 et 71.

468 ACEDH, D. c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18. Commenté par PAPAUX VAN DELDEN, *Mère*, p. 91 ss.

469 Avis consultatif n° P16-2018-001, § 37.

470 Avis consultatif n° P16-2018-001, § 51 et 55. ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 51 et 52.

471 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 67. Voir également: CourEDH [déc.], C et E c. France du 12 décembre 2019, n°s 1462/18 et 17348/18.

472 ACEDH, D c. France du 16 juillet 2020, n° 11288/18, § 81 s., il s'agit d'un nouveau grief devant la CourEDH, partant rejeté, cf. art. 35 § 1 CEDH.

tention exige de passer par la voie de l'adoption; c'est pourtant dans ce sens qu'a récemment tranché le TF<sup>473</sup>. L'application stricte du principe *mater semper certa est* va se heurter à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant sous l'angle de l'art. 8 CEDH et à l'importance prise par la réalité biologique, respectivement génétique; à notre sens, rattacher la maternité au seul acte charnel de l'accouchement ne paraît plus tenable<sup>474</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas réalisé en le reliant artificiellement en droit et en fait à la mère porteuse, alors que la mère génétique, légalement reconnue comme sa mère juridique à l'étranger, est sa mère sociale<sup>475</sup>. La transcription de la mère d'intention génétique dans le registre suisse de l'état civil, à l'instar du père biologique d'intention, est en harmonie avec l'importance que la CourEDH et le Code civil suisse attachent à l'existence d'un lien génétique parents-enfant et avec la finalité de l'adoption, laquelle pallie en principe l'absence d'un tel lien.

Il ressort, à notre sens, des réponses apportées par la CourEDH dans son Avis consultatif que si la voie de l'adoption n'est pas ouverte, ou trop longue, ou que d'autres obstacles se dressent entre la mère d'intention et la reconnaissance du lien de filiation, il faut en conclure que les modalités prévues par le droit interne ne garantissent pas une effectivité et une célérité conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant; à défaut d'autre moyen pour établir le lien juridique de filiation, la seule solution consiste en la transcription de l'acte de naissance désignant la mère d'intention sur le registre de l'état civil, au demeurant qu'elle soit ou pas la mère génétique de l'enfant<sup>476</sup>. A défaut, le droit au respect de la vie privée de l'enfant n'est pas respecté.

Selon le TF, l'établissement d'un lien de filiation par le biais de l'adoption suffit en droit suisse pour satisfaire aux exigences de l'art. 8 CEDH à l'égard du parent non biologique<sup>477</sup>. La première affaire dans laquelle l'un des

473 TF, 5A\_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication. Critiqué par BUCHER, Jusletter 2022. GUILLOD/CHRISTINAT, p. 145, favorables à la transcription de l'acte de naissance étranger au registre de l'état civil, mais n'excluant pas – à juste titre – que le TF oblige la mère d'intention de passer par l'adoption; MEIER/STETTLER, N 284, très vraisemblablement le lien juridique avec la mère génétique d'intention devrait être reconnu à la lumière de la jurisprudence européenne. *Contra*: GAURON-CARLIN, p. 92 sur la base de la présomption irréfragable de l'art. 252 al. 1 CC.

474 PAPAUX VAN DELDEN, *Mère*, p. 95 et 97.

475 TF, 5A\_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, fait suite à l'Arrêt du tribunal administratif du canton de Zurich du 14 mai 2020, VB.2019.00829, FamPra.ch 2020, p. 992, alors que sur recours, la Direction de la Justice et de l'Intérieur du canton de Zurich avait ordonné l'inscription des père et mère d'intention, ce qui était à saluer, mais le recours de l'Office fédéral de la Justice est admis afin que la mère porteuse soit inscrite, le registre devant mentionner les circonstances de la naissance. Cf. BUCHER, RSDIE 2021, p. 475 ss; PAPAUX VAN DELDEN, *Mère*, p. 97, note 47.

476 PAPAUX VAN DELDEN, *Mère*, p. 95.

477 Première affaire portée devant le TF par un couple de partenaires enregistrés, dont l'un est le parent génétique de l'enfant né d'une GPA en Californie: ATF 141 III 312, JdT 2015 II 351, critiques: BOILLET/DE LUZE, Jusletter 2015, N 8 ss et 13 ss; HOTZ, p. 1325 ss. Pour la seconde affaire concernant un couple marié, sans lien génétique avec l'enfant, renvoyé à la procédure

membres du couple partenarié n'était pas le parent génétique de l'enfant né d'une GPA valable à l'étranger, a été portée devant la CourEDH à raison; au temps de cet arrêt, en 2015, la procédure d'adoption de l'enfant du partenaire enregistré n'existait pas, celle-ci ayant été ouverte au 1<sup>er</sup> janvier 2018 (art. 264c al. 1 ch. 2 CC), ce qui mettait tout particulièrement en cause la conventionnalité de cet arrêt au regard de l'art. 8 CEDH. De surcroît, en l'état du droit suisse, la célérité de la procédure d'adoption n'est à notre sens pas réalisée, compte tenu de l'exigence du lien nourricier d'un an (art. 264 al. 1 CC) et de la durée de la procédure, bien plus longue que 4 mois<sup>478</sup>. La procédure d'adoption présente de nombreux désavantages; elle est relativement lourde, dure plusieurs mois, voire plusieurs années, et implique des coûts financiers<sup>479</sup>. Le TF en est toutefois conscient et rappelle que l'autorité d'adoption est tenue de prendre une décision rapide et d'interpréter de manière généreuse et pragmatique les conditions du droit de l'adoption afin de satisfaire aux exigences de la CEDH en matière de GPA<sup>480</sup>.

Il faut enfin relever la position extrêmement précaire de la mère d'intention qui doit passer par une procédure d'adoption et qui est dans l'intervalle à la merci du père biologique d'intention, reconnu juridiquement. Il y a un total décalage des pouvoirs entre les parents d'intention, que la CourEDH n'a récemment pas réparé, ni au regard de l'art. 8, ni sous l'angle des art. 14 et 8 CEDH combinés<sup>481</sup>. Qu'en droit suisse, la séparation des parents ne permette plus de déposer une requête d'adoption et fasse obstacle à l'établissement du lien de filiation ne semble ainsi pas devoir heurter les droits de la mère définitivement écartée juridiquement; il pourra lui rester le droit de faire valoir des relations personnelles en tant que tiers, auquel la CourEDH s'est montrée sensible à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 274a CC)<sup>482</sup>. La question reste ouverte de savoir si écarter ainsi la mère d'intention d'une reconnaissance légale

---

d'adoption: ATF 141 III 328, JdT2016 II 179; en détail sous le filtre de la CEDH: MEIER/STETTLER, N 282; STEGMÜLLER, N 693 ss. Jurisprudence confirmée: TF, 5A\_317/2016 et 5A\_324/2016 du 1<sup>er</sup> décembre 2016. La discussion était déjà nourrie en Suisse avant que des affaires ne soient portées devant le TF, cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport maternité de substitution, se distançant des avis favorables à la reconnaissance des actes étrangers des enfants nés de GPA, cf. BÜCHLER/BERTSCHI, p. 42 ss.

478 PAPAUX VAN DELDEN, Mère, p. 95 s. sur les obstacles à l'adoption, et p. 97. Dans ce sens également: BUCHER, RSDIE 2019, p. 323 et RSDIE 2021, p. 478, favorable à l'engagement d'un processus législatif en vue d'une adoption allégée; CR LDIP-BUCHER, art. 70 N 7. *Contra*: GAURON-CARLIN, p. 89.

479 Le dénonçant également: GAY, N 27; LÖTSCHER, p. 665. CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss relèvent la disparité des pratiques, la procédure pouvant durer de 1 an à 18 mois et plus selon les cantons.

480 TF, 5A\_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication, c. 8.5.

481 ACEDH, A.M. c. Norvège du 24 mars 2022, n° 30254/18, § 71, critiqué par la juge JELIĆ, opinion dissidente, § 44 ss.

482 ATF 147 III 209, c. 5.2; TF, 5A\_520/2021 du 12 janvier 2022, c. 5. ACEDH, Callamand c. France du 7 avril 2022, n° 2338/20; refus au nom de l'intérêt de l'enfant in: ACEDH, Honner c. France du 12 novembre 2020. Cf. *supra* D.II.1.

en tant que parent, si de surcroît elle est également la mère génétique de l'enfant, est compatible avec le droit de l'enfant à connaître son identité, et plus largement les circonstances de sa venue au monde, ce dont nous doutons. Toute analyse de la résolution d'un cas concret doit porter sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet effet, il est à noter que récemment la CourEDH a relativisé dans le contexte de la GPA l'importance du lien biologique, cette réalité devant s'effacer face à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque l'une et l'autre ne concordent pas<sup>483</sup>.

## 6. *Droits parentaux*

Les droits parentaux couvrent un domaine très large dont nous limiterons l'examen au droit le plus emblématique de la qualité de parent: l'autorité parentale. Le partage de cette responsabilité tend à augmenter les cas d'enlèvement international d'enfants.

### a. *Autorité parentale*

Les questions liées au partage de l'autorité parentale ont été soumises aux juges de Strasbourg et offrent une riche perspective de l'influence de la CEDH en droit de la famille. Dans l'ACEDH *Zaunegger c. Allemagne* en 2009, suivi par l'ACEDH *Sporer c. Autriche* en 2011, la CourEDH a constaté une inégalité de traitement au sens des art. 14 et 8 CEDH pour les couples non mariés par rapport aux couples mariés et divorcés, étant donné l'impossibilité pour le père d'une enfant née hors mariage d'obtenir l'autorité parentale conjointe sans le consentement de la mère<sup>484</sup>. Un examen au fond sous l'angle de l'intérêt de l'enfant est indispensable. Or, avant la modification du droit de l'autorité parentale, le droit suisse était mis en cause indirectement, étant donné que le partage de l'autorité parentale par le père non marié exigeait une requête commune, et partant l'accord de la mère, seule détentrice de cette autorité dès la naissance (art. 298a al. 1 aCC). La position de la CourEDH obligeait le législateur à modifier le Code civil<sup>485</sup>. Le Conseil fédéral a en conséquence proposé le 16 novembre 2011 que l'autorité parentale conjointe devienne la règle, indépendamment de l'état civil des parents, l'attribution à un seul parent n'intervenant que si le bien de l'enfant le commande (art. 298 al. 1, art. 298b al. 2 et même art. 298c CC dans le cadre de l'action en paternité)<sup>486</sup>. La réforme a été

---

483 ACEDH, A. L. c. France du 7 avril 2022, n° 13344/20, § 61 se référant à l'ACEDH *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, n° 45071/09, sur le refus légitime des autorités nationales d'autoriser deux pères présumés à contester la paternité d'un autre homme.

484 ACEDH, *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009, n° 22028/04; ACEDH, *Sporer c. Autriche* du 3 février 2011, n° 35637/03.

485 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1367; MEIER, ACEDH *Zaunegger*, p. 246 ss; SÜNDERHAUF/WIDRIG, p. 900.

486 CONSEIL FÉDÉRAL, *Message Autorité parentale*, p. 8337 et 8349 sur l'impact de la CEDH.

acceptée par le Parlement le 21 juin 2013 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014<sup>487</sup>.

La question était discutée de l'impact des arrêts de la CourEDH s'agissant du parent divorcé, dont les conditions pour l'octroi de l'autorité parentale conjointe étaient identiques à celles du père non marié, avec également l'exigence du dépôt d'une requête commune (art. 133 al. 3 aCC). La doctrine soutenait que les conséquences de la jurisprudence strasbourgeoise devaient s'étendre aux parents divorcés afin d'éviter une «véritable discrimination (à rebours) entre parents non mariés séparés et parents mariés en instance de divorce»<sup>488</sup>. Les autorités d'application étaient tenues entre-temps de corriger ce vice du droit suisse en examinant, à chaque fois qu'un parent en faisait la requête, si l'autorité parentale conjointe pouvait être instituée malgré l'opposition de l'autre parent<sup>489</sup>. Seule une interprétation *contra legem* du Code civil permettait de respecter les exigences posées par la Convention. Des juridictions cantonales sont allées dans ce sens, concluant que le traitement inégal des pères selon leur état civil constituait une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 CEDH<sup>490</sup>.

Après avoir refusé d'appliquer la jurisprudence Zaunegger au parent divorcé, le TF a laissé la question ouverte, l'arrêt consacrant ce refus étant pendant devant la CourEDH<sup>491</sup>; l'influence de la jurisprudence de Strasbourg est ici particulièrement intéressante, notre Haute Cour annonçant l'existence d'une procédure pendante dans la motivation de ses jugements. La question de la possibilité d'imposer l'autorité parentale conjointe au parent qui n'en voulait pas selon le droit suisse antérieur au 1<sup>er</sup> juillet 2014 est en conséquence montée jusqu'à Strasbourg<sup>492</sup>. Si la CourEDH a donné en partie raison au TF, elle ne s'est néanmoins pas prononcée sur la compatibilité de l'art. 133 al. 3 aCC à l'art. 8 CEDH, étant donné que l'intérêt de l'enfant pouvait justifier en l'espèce le refus du partage de l'autorité parentale, ce d'autant que l'instruction avait été approfondie<sup>493</sup>. Sous l'angle de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8 CEDH, la CourEDH a constaté que le requérant n'avait pas été traité différemment des pères d'enfants nés hors mariage et a limité alors son analyse sous l'angle d'un traitement différencié basé sur le sexe; or, père et mère étaient placés sur un

487 RO 2014 357; FF 2013 4229.

488 LEUBA/MEIER/PAPAU VAN DELDEN, N 1368; MEIER, ACEDH Zaunegger, p. 256 et FamPra.ch 2012, p. 285 ss en détail sur les conséquences de l'ACEDH Zaunegger en droit suisse; PAPAU VAN DELDEN, Familles, p. 37 et réf. note 198.

489 MEIER, ACEDH Zaunegger, p. 246 ss et FamPra.ch 2012, p. 287; PAPAU VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I, p. 336 et Plaidoyer 2014, p. 32. *Contra* à la lumière de l'ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12; BLEICKER, p. 5, réservant toutefois des «cas particuliers».

490 AppGer BS du 12 avril 2011, RMA 2011, p. 430; KGer SG du 22 septembre 2011, BF.2010.52.

491 TF, 5A\_420/2010 du 11 août 2011, c. 3.2, refusant d'appliquer la jurisprudence Zaunegger au parent divorcé et objet du recours devant la CourEDH, puis TF, 5A\_196/2013 du 25 septembre 2013, c. 4.3; TF, 5A\_779/2012 du 11 janvier 2013, c. 4.2.

492 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12. BLEICKER; MEIER, RMA 2014, p. 304 s.

493 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 55. MEIER, RMA 2014, p. 304, le regrette.

pied d'égalité dans la procédure matrimoniale, les deux parents étant en droit de s'opposer à l'attribution de l'autorité parentale conjointe<sup>494</sup>.

Il faut rappeler que la jurisprudence strasbourgeoise n'a pas vocation à examiner de manière générale et abstraite le caractère compatible ou non de la législation aux droits et libertés que la Convention garantit, mais qu'elle a pour mission de trancher un cas particulier à la lumière des circonstances concrètes. Il n'en demeure pas moins que le principe en faveur d'une autorité parentale conjointe peut être déduit de l'art. 8 CEDH et s'impose au législateur de droit civil et aux autorités d'application. La Suisse a été l'un des derniers pays européens à instituer le principe général de l'autorité parentale conjointe (art. 296 al. 2 CC)<sup>495</sup>. Aucun automatisme n'est toutefois de rigueur et les autorités nationales peuvent être amenées à renoncer au partage de l'autorité parentale suite à la rupture des liens familiaux entre un parent et son enfant de manière conforme à l'art. 8 CEDH<sup>496</sup>.

L'autorité parentale peut être retirée au titre de mesure de protection de l'enfant d'*ultima ratio* (art. 311 et 312 CC), dans le strict respect du principe de la proportionnalité garanti par l'art. 8 CEDH, car le retrait du droit de déterminer la résidence de l'enfant au sens de l'art. 310 CC pour placer l'enfant peut suffire à le protéger, sans aller jusqu'au retrait de l'autorité parentale<sup>497</sup>. Les principes généraux applicables aux mesures de protection de l'enfance sont exposés dans l'arrêt rendu en 2019 par la Grande Chambre dans l'affaire Strand Lobben<sup>498</sup>. La nécessité d'adapter les mesures de protection, consacrée à l'art. 313 al. 1 CC, découle également du respect de l'art. 8 CEDH<sup>499</sup>. A notre sens, l'art. 313 al. 2 CC, selon lequel l'autorité parentale ne peut pas être rétablie avant un an à compter de son retrait, n'est pas conforme à l'art. 8 CEDH<sup>500</sup>; il ne doit pas être appliqué.

494 ACEDH, Buchs c. Suisse du 27 mai 2014, n° 9929/12, § 69 et 72.

495 CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale, p. 8334 ss; LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1369.

496 ACEDH, Ilya Lyapin c. Russie du 30 juin 2020, n° 70879/11, non-violation de l'art. 8 CEDH dans le retrait de l'autorité parentale d'un père séparé de manière volontaire et prolongée de son enfant qui s'est intégré depuis son plus jeune âge dans la nouvelle famille de sa mère.

497 Pour retirer l'autorité parentale, il faut un motif supplémentaire tel qu'une maladie psychique, une infirmité, une faiblesse intellectuelle ou l'incapacité de participer à l'éducation donnée à l'enfant par des tiers en raison d'absences sans possibilité de contacts réguliers: TF, 5A\_140/2008 du 9 juillet 2008, c. 3.1; TF, 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, c. 3.1.

498 ACEDH [GC], Strand Lobben et autres c. Norvège du 10 septembre 2019, n° 37283/13, § 202–213. Voir également: ACEDH [GC], Abdi Ibrahim c. Norvège du 10 décembre 2021, n° 15379/16, § 145 avec de nombreuses réf.; ACEDH, Petrov et X. c. Russie du 23 octobre 2018, n° 23608/16, § 98-102.

499 ACEDH, R.V. et autres c. Italie du 18 juillet 2019, n° 37748/13, violation de l'art. 8 CEDH compte tenu du suivi insuffisant des autorités sur les mesures de placements «provisaires» successifs sur plus de 10 ans.

500 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 1964; PAPAUX VAN DELDEN, Placement, p. 233 s.

b. *Enlèvement international d'enfants*

Les liens entre le respect des droits parentaux et l'enlèvement international d'enfant sont intrinsèques. Or, la jurisprudence de la CourEDH fondée sur l'art. 8 CEDH a un impact important sur l'application de la CLaH80, laquelle règle exclusivement les aspects de l'enlèvement de l'enfant relevant du droit civil<sup>501</sup>.

aa. But de la CLaH80

Le but principal de la CLaH80 vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans un Etat contractant (art. 1 let. a CLaH80), soit en violation d'un droit de garde, exercé de façon effective, et attribué par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant ledit déplacement ou non-retour (art. 3 let. a et b CLaH).

Sans statuer sur le fond du droit de garde (art. 16 et 19 CLaH80), le retour de l'enfant doit être ordonné sans délai, si les conditions de la CLaH80 sont remplies et qu'aucune exception au retour selon les art. 12, 13 et 20 CLaH80 n'est applicable. L'interprétation de l'opposition au retour fondée sur «un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable» (art. 13 al. 1 let. b CLaH) est à l'origine d'une jurisprudence nourrie<sup>502</sup>. Elle est soumise à une certaine dynamique du fait des changements intervenus dans la perception du besoin de protection de l'enfant en tant que sujet de droit. Il existe en effet une tension entre l'optique de prévention des enlèvements, qui tend à une interprétation très exceptionnelle du risque grave<sup>503</sup>, et une optique qui met davantage l'accent sur l'évaluation de la situation et surtout sur l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier<sup>504</sup>. Placer véritablement l'intérêt supérieur de l'enfant au centre des considérations revient à donner moins d'importance au fait que la personne ayant enlevé l'enfant a commis un acte illicite et blâmable<sup>505</sup>.

---

501 RS 0.211.230.02; CLaH80 du 25 octobre 1980, ratifiée par la Suisse le 11 octobre 1983 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1984. Sur les liens entre la CEDH et la CLaH80: CR LDIP-BUCHER, art. 85 LDIP N 225 s., 251 ss, 293; RIETIKER, p. 385 ss.

502 TF, 5A\_954/2021 du 3 janvier 2022, c. 5; TF, 5A\_605/2019 du 4 septembre 2019, c. 3.1.1; TF, 5A\_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 6.3.1; TF, 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012, c. 5.1, SJ 2013 I 29; TF, 5A\_583/2009 du 10 novembre 2009, c. 4, SJ 2010 I 151.

503 Le TF applique très restrictivement ce motif de refus du retour, par ex.: TF, 5A\_305/2017 du 19 mai 2017, c. 6; TF, 5A\_913/2010 du 4 février 2011, c. 5.

504 Pour des ex. où tant l'autorité cantonale que le TF admettent l'exception au retour: TF, 5A\_437/2021 du 8 septembre 2021; TF, 5A\_643/2020 du 11 septembre 2020, c. 5. BUCHER, RSDIE 2021, p. 481 s et RSDIE 2022, p. 240 ss.

505 RIETIKER, p. 404 s., relève la mise à l'écart de l'aspect «punitif» sous-jacent à la CLaH80.

## bb. Enseignements tirés de l’art. 8 CEDH

L’attention nécessaire doit être portée à la jurisprudence de la CourEDH, régulièrement saisie de requêtes concernant l’enlèvement international d’enfants et à laquelle la Suisse a largement contribué<sup>506</sup>. Les obligations positives que l’art. 8 CEDH fait peser sur les Etats en matière de réunion d’un parent à son enfant doivent s’interpréter à la lumière des instruments existants, et en particulier de la CLaH80. La CourEDH souscrit à la philosophie sous-jacente à la CLaH80, inspirée par la protection de l’enfant, impliquant de revenir au plus vite au *statu quo ante* en vue d’éviter la consolidation juridique de situations de fait initialement illicites et de laisser les questions relatives au droit de garde et à l’autorité parentale à la compétence des juridictions du lieu de résidence habituelle de l’enfant<sup>507</sup>. Si les objectifs de prévention et de retour immédiat répondent ainsi à une conception déterminée de l’intérêt supérieur de l’enfant, celle-ci n’implique pas que le retour soit ordonné de façon automatique ou mécanique<sup>508</sup>.

Dans un ACEDH de Grande Chambre Neulinger et Shuruk condamnant la Suisse en 2010 dans l’éventualité de la mise en exécution de l’arrêt du TF ordonnant le retour de l’enfant, les juges de Strasbourg ont mis en exergue l’importance de la notion d’intérêt supérieur de l’enfant en obligeant l’Etat refuge à procéder à un examen «approfondi» de l’ensemble de la situation familiale et d’une série d’éléments, d’ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, afin de déterminer si les juridictions nationales ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle est la meilleure solution pour l’enfant enlevé dans le cadre d’une demande de retour dans son pays d’origine<sup>509</sup>. Dans la mesure où cette analyse sérieuse et circonstanciée est

506 ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20; ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07; ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, n° 3592/08; ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V; ACEDH, Carlson c. Suisse du 6 novembre 2008, n° 49492/06, § 69, pour un résumé des principes élaborés par la CourEDH dans les affaires portant sur l’enlèvement d’un enfant; ACEDH, Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006, n° 7548/04. RIETIKER, p. 389, relève que les affaires d’enlèvement d’enfants sont en constante augmentation dans la jurisprudence de la CourEDH; GOUTTENOIRE, RTDH 2016.

507 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 35 et 95; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 69; ACEDH, Carlson c. Suisse du 6 novembre 2008, n° 49492/06, § 74.

508 CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH N 83.

509 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 139, cf. TF, 5A\_285/2007 du 16 août 2007. ALFIERI, p. 86, relève qu’il s’agit de l’ACEDH le plus marqué pour son approfondissement du principe de l’intérêt de l’enfant, sans toutefois remettre en cause l’interprétation restrictive du motif de refus selon l’art. 13 al. 1 let. b CLaH80; DUREL, Enlèvement, p. 141 s. N 18 ss, comparant l’approche beaucoup plus centrée sur l’intérêt de l’enfant de la CourEDH par rapport à la jurisprudence de la CJUE; DE VRIES, p. 712.

dictée par l'intérêt de l'enfant, il ne s'agit pas d'un changement de direction de la CourEDH<sup>510</sup>.

Suite à de nombreuses critiques, la CourEDH a précisé les obligations découlant de l'art. 8 CEDH dans un nouvel arrêt de Grande Chambre condamnant la Lettonie en 2013. Elle établit que l'art. 8 CEDH fait peser sur les autorités internes une obligation procédurale particulière dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant. Les juges doivent, non seulement examiner les allégations défendables de «risque grave» pour l'enfant en cas de retour, mais également se prononcer à ce sujet par une décision spécialement motivée au vu des circonstances concrètes; tant un refus de tenir compte d'objections au retour susceptibles de rentrer dans le champ d'application des art. 12, 13 et 20 CLaH80, qu'une insuffisance de motivation de la décision rejetant de telles objections, sont contraires aux exigences d'un examen «effectif» au sens de l'art. 8 CEDH, mais également au but et à l'objet de la CLaH80<sup>511</sup>. Comme l'a noté le Juge Pinto de Albuquerque dans son opinion concordante, «l'arrêt Neulinger et Shuruk est sain et sauf» et il est admis que les «principes Neulinger» sont devenus jurisprudence<sup>512</sup>. L'examen «approfondi», devenu «effectif»<sup>513</sup>, de l'ensemble de la situation familiale doit toutefois se conjuguer avec la nécessaire célérité de la procédure en matière d'enlèvement<sup>514</sup>. En résumé, la motivation des juridictions internes ne doit pas être automatique et stéréotypée, par hypothèse fondée sur une conception mécanique du concept de retour immédiat, mais suffisamment circonstanciée au regard des exceptions consacrées par la CLaH80, dont il est admis de jurisprudence constante qu'elles doivent

510 Dans ce sens: ALFIERI, p. 86 s.; RIETIKER, p. 411. Sur les discussions au niveau international et l'intervention du Président de la CourEDH amené à expliciter les considérations de cet ACEDH: KÜNG, p. 71 ss.

511 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 105 – clarifiant le § 139 de l'ACEDH [GC] Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V – cf. également § 104 ss, 118 sur le caractère effectif de l'examen requis. ACEDH adopté à une courte majorité de 9 voix contre 8, cf. CR LDIP-UCHER, art. 85 LDIP N 251b *in fine*, relevant que les juges minoritaires partagent les principes généraux de l'arrêt, cf. § 2 de l'opinion dissidente commune; MEIER, RMA 2014, p. 115, souscrivant aux opinions dissidentes, car les juges majoritaires n'auraient pas saisi l'essence d'une procédure de retour, alors qu'aucun élément ne faisait obstacle au retour; voir également: BEAUMONT *et al.*, p. 48.

512 CR LDIP-UCHER, art. 85 LDIP N 251a *ab initio*. Par ex: ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 107 sur l'importance du premier renvoi par le TF – cf. TF, 5A\_162/2019 du 24 avril 2019 – à l'autorité cantonale pour nouvelle instruction approfondie sur les éventualités d'un retour en Thaïlande; ACEDH, Y.S. et O.S. c. Russie du 15 juin 2021, n° 17665/17, violation de l'art. 8 CEDH pour ne pas avoir pris en compte de manière suffisamment motivée le risque grave du retour de l'enfant dans une zone de conflit (Donetsk en Ukraine); à cet effet déjà: ACEDH, Raban c. Roumanie du 26 octobre 2010, n° 25437/08.

513 BEAUMONT *et al.*, p. 43 ss sur la portée potentielle de ce changement d'adjectif.

514 ACEDH, M.V. c. Pologne du 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 16202/14, violation de l'art. 8 CEDH pour la durée déraisonnable de la procédure; ACEDH, Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006, n° 7548/04, violation de l'art. 8 CEDH pour la passivité des autorités et partant la durée de la procédure, cumulée à la non-exécution des décisions judiciaires ordonnant le retour de l'enfant. DE VRIES, p. 711.

être d'interprétation stricte<sup>515</sup>. Seule une telle base permet d'assurer le contrôle européen confié à la CourEDH, laquelle n'a pas vocation à se substituer aux autorités nationales compétentes<sup>516</sup>.

Les juges doivent enfin s'assurer que des garanties adéquates sont déployées de manière convaincante dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant dans lequel le retour est ordonné, et, en cas de risque avéré, que des mesures de protection concrètes y sont prises<sup>517</sup>. Le risque de subir des violences domestiques est grave; il ne suffit pas de laisser aux autorités de l'Etat dans lequel le retour est ordonné le soin d'agir en cas de nouveaux abus, la relation de confiance mutuelle entre les autorités de protection de l'enfance des Etats de l'Union européenne ne signifiant pas l'obligation d'ordonner le retour<sup>518</sup>. Il faut également prêter l'attention nécessaire au risque du «double retour»; il est en effet contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant d'ordonner son retour auprès d'un parent qui est incapable de prendre soin de lui, et confier l'enfant à une institution publique dans l'Etat d'origine ne peut être envisagé lorsque le parent ravisseur est apte à s'en occuper<sup>519</sup>. L'obligation procédurale d'un examen effectif de toute allégation défendable de «risque grave» exigeant une motivation circonstanciée est aujourd'hui acquise et exige le cas échéant de solliciter des observations sur la situation de l'enfant en cas de retour<sup>520</sup>.

La non-exécution d'une décision définitive ordonnant le retour de l'enfant peut également entraîner la violation de l'art. 8 CEDH<sup>521</sup>. Les autorités de l'Etat requis dans lequel une décision ordonnant le retour de l'enfant est entrée en force doivent en effet procéder à l'exécution, le cas échéant en recourant à des mesures coercitives, en particulier à l'encontre du parent dont le comportement est manifestement illégal<sup>522</sup>. L'usage de la force publique ne doit toutefois pas

515 ACEDH, Rouiller c. Suisse du 22 juillet 2014, n° 3592/08, § 73; ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 107 *in fine*; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05, § 73.

516 ACEDH, S.N. et M.B.N. c. Suisse du 23 novembre 2021, n° 12937/20, § 100; ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 141.

517 ACEDH [GC], X c. Lettonie du 26 novembre 2011, n° 27853/09, Recueil 2013-VI, § 108.

518 ACEDH, O.C.I. et autres c. Roumanie du 21 mai 2019, n° 49450/17, violation de l'art. 8 CEDH par l'ordre de retour des enfants auprès de leur père sans tenir compte du risque de violences domestiques.

519 TF, 5A\_990/2019 du 21 janvier 2020, consid. 5.1.3. Voir également: BUCHER, RSDIE 2017, p. 241 s., critiquant le TF, 5A\_936/2016 du 30 janvier 2017, qui admet le recours et ordonne le retour immédiat des deux enfants en Angleterre.

520 ACEDH, Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal du 5 février 2015, n° 66775/11, § 42 sur l'exigence d'un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale, et § 48 s., la carence des autorités portugaises à se renseigner sur la situation à Chypre, pays de retour de l'enfant, entraînant la violation de l'art. 8 CEDH, cf. § 54.

521 ACEDH, Makhmudova c. Russie du 1<sup>er</sup> décembre 2020, n° 61984/17; ACEDH, M.R. et D.R. c. Ukraine du 22 mai 2018, n° 63551/13; ACEDH, Ignaccolo-Zenide du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I.

522 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 140; ACEDH, Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, n° 39388/05,

entraîner une situation intolérable pour l'enfant; il faut admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre, ce d'autant qu'il peut parfois commander que l'enfant ne soit pas séparé du parent ravisseur<sup>523</sup>. Au final, une obligation seulement limitée de recourir à la coercition en la présente matière est à la charge des autorités nationales<sup>524</sup>. Le fait que le retour ait été décidé n'exclut de surcroît pas un nouvel examen lorsque des éléments pertinents ont subi une modification notable, compte tenu de l'intérêt de l'enfant<sup>525</sup>. Au contraire, pour juger du respect l'art. 8 CEDH, il faut se placer au moment de l'exécution de la décision de retour, et tenir compte des développements intervenus depuis la décision nationale de dernière instance.

Prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant implique également de le faire participer au processus décisionnel par le biais de son audition et de la nomination d'un représentant, afin que l'enfant puisse faire entendre sa voix dans la procédure de retour<sup>526</sup>. Le retour forcé d'un enfant à la maturité suffisante pour s'y opposer constitue une atteinte à ses droits fondamentaux. Le seul fait de la manipulation des enfants ne suffit au demeurant pas à ne pas tenir compte de leur opinion<sup>527</sup>. Il s'agit toutefois d'un avis et non d'un droit de veto, qui entre dans la pesée de l'ensemble des intérêts en présence, la CourEDH n'interprétant pas l'art. 13 § 2 CLaH80 comme accordant à l'enfant capable de discernement un droit de veto sur son retour<sup>528</sup>.

---

§ 83; ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80; ACEDH, Maire c. Portugal du 26 juin 2003, n° 48206/99, Recueil 2003-VII, § 76.

523 ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80 *in fine* et 81, l'art. 8 CEDH exigeant également que l'examen de l'intérêt supérieur de l'enfant comprenne l'observation des relations entre les membres d'une fratrie; ACEDH, Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I, § 106.

524 ACEDH, Raw et autres c. France du 7 mars 2013, n° 10131/11, § 80 *in fine*; ACEDH, Ignaccolo-Zenide c. Roumanie du 25 janvier 2000, n° 31679/96, Recueil 2000-I, § 94.

525 ACEDH [GC], Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010, n° 41615/07, Recueil 2010-V, § 145 et 151. CR LDIP-UCHER, art. 85 LDIP N 300; MEIER, FamPra.ch 2012, p. 293.

526 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12. Le représentant a en particulier la possibilité de demander que soit investiguée la situation de l'enfant en cas de retour, cf. ALFIERI, p. 178 s., critiquant le TF, 5A\_880/2013 du 16 janvier 2014, dans lequel les tribunaux ont renoncé à une tentative de médiation, à la nomination d'un représentant à l'enfant et à l'audition de ce dernier. GRABENWARTER/PABEL, p. 331 N 48.

527 ACEDH, N.Ts. et autres c. Géorgie du 2 février 2016, n° 71776/12, § 81–84, l'attitude hostile des enfants à l'égard de leur père, nourrie par la famille de la mère décédée, représentait un danger potentiel pour leur santé psychique, de sorte qu'il fallait tenir compte de leur refus du retour pour protéger leur intérêt supérieur. *Contra*: TF, 5A\_229/2015 du 30 avril 2015, c. 5.1 et 5.3. Premier arrêt dans lequel le refus d'une demande de retour est fondé sur l'opposition de l'enfant: TF, 5A\_709/2016 du 30 novembre 2016; BUCHER, RSDIE 2017, p. 230 ss.

528 ACEDH, Blaga c. Roumanie du 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 54443/10, § 80, violation de l'art. 8 CEDH pour avoir accordé un poids trop important à l'avis des enfants étant précisé que seul un des enfants était âgé de plus de 11 ans; ACEDH, Gajtani c. Suisse du 9 septembre 2014, n° 43730/07, § 110, non-violation de l'art. 8 CEDH pour n'avoir pas pris en compte le refus catégorique de l'enfant âgé de 11 ans et demi, sur la base de son audition et d'une motivation circonstanciée.

En conclusion, la jurisprudence strasbourgeoise illustre en la présente matière son rôle d'uniformisation de l'interprétation de la CLaH80 et de mise en œuvre de la CDE, en particulier par le biais de la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe cardinal en matière d'enlèvement d'enfants.

cc. Analyse de la jurisprudence fédérale à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH

Lorsque l'enfant est emmené en Suisse, en sus de la CLaH80, la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants (LF-EEA)<sup>529</sup> s'applique. Suite à l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse, le TF, saisi d'une demande de révision, l'a déclarée irrecevable, l'art. 13 LF-EEA permettant de demander la modification d'une décision ordonnant le retour de l'enfant lorsque les circonstances ont changé de manière déterminante depuis la décision de renvoi; il s'agit d'une voie ordinaire qui l'emporte car elle permet d'obtenir une situation conforme à l'arrêt de la CourEDH<sup>530</sup>.

Le TF s'est, dans un premier temps, mépris sur la portée de l'ACEDH X c. Lettonie en l'interprétant comme un renversement de la jurisprudence rendue dans l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse en 2010; il établit à tort qu'il suffisait, dans le cadre du mécanisme de la CLaH80, que les juridictions nationales examinent et motivent succinctement les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant<sup>531</sup>. Dans un second temps, le TF a quelque peu ajusté son interprétation de la jurisprudence de la CourEDH<sup>532</sup>. Néanmoins, ultérieurement, en se fondant curieusement et de manière contradictoire exclusivement sur l'ACEDH Neulinger et Shuruk contre la Suisse, il est revenu à la suffisance d'un examen succinct des allégations de risque grave et de leur motivation<sup>533</sup>. Ce caractère limité de principe de l'examen n'est pas en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH<sup>534</sup>.

Que l'intérêt de l'enfant soit la considération principale doit de surcroît encore imprégner la jurisprudence fédérale et sa compatibilité aux exigences de l'art. 8 CEDH interroge sous cet angle également; plusieurs critères sont appli-

529 RS 211.222.32; LF-EEA du 21 décembre 2007, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

530 ATF 137 III 332, c. 2.4, JdT 2011 II 248, le TF s'est fondé sur la non-remise en cause de son arrêt 5A\_285/2007 du 16 août 2007, puisque seule sa mise en exécution entraînerait une violation de l'art. 8 CEDH.

531 TF, 5A\_880/2013 du 16 janvier 2014, c. 5.1.2. Critiques: ALFIERI, note 510 et p. 174 s; BUCHER, PJA 2014, p. 569. Sur la jurisprudence de Strasbourg, cf. *supra* D.II.6.b/bb.

532 TF, 5A\_246/2014 du 28 avril 2014, c. 3.1; TF, 5A\_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 4.1.2.

533 TF, 5A\_936/2016 du 30 janvier 2017, c. 4.1.2 et réf. *in fine*, tout en relevant à juste titre qu'il appartient aux autorités d'établir l'existence ou l'absence d'un risque grave, cf. c. 6.3.3. Voir également: TF, 5A\_305/2017 du 19 mai 2017, c. 4, sur l'absence d'exigence d'un examen approfondi de la situation complète.

534 Dans ce sens également: ALFIERI, p. 175; BUCHER, PJA 2014, p. 56 s.

qués systématiquement de manière trop stricte<sup>535</sup>. Ainsi, n'entrer en matière en aucune manière sur l'éventuelle incapacité éducative du parent requérant, en particulier en cas de refus de la personne de référence de l'enfant de rentrer avec celui-ci dans l'Etat de l'ancienne résidence habituelle, peut mettre en danger l'enfant lors de son retour<sup>536</sup>. Selon la jurisprudence constante, le critère du retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant lui-même et non les parents<sup>537</sup>. Cette approche est également trop intransigeante, car le caractère intolérable du retour pour la personne de référence de l'enfant peut se répercuter sur ce dernier et rendre le retour de l'enfant inexigible; même lorsque le parent ravisseur crée lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, l'intérêt de l'enfant doit rester une considération primordiale<sup>538</sup>.

Il faut enfin faire usage de la collaboration internationale et de la communication judiciaire directe pour déterminer concrètement la situation de l'enfant en cas de retour. Le Conseil fédéral, dans son message, souligne à cet effet que pour pouvoir statuer sur la demande de retour, le tribunal compétent doit avoir une connaissance aussi complète que possible des conditions d'accueil qui attendent l'enfant, ce qui devrait mener le juge à enquêter par exemple sur les futures conditions d'hébergement<sup>539</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial doit en outre être pris en considération<sup>540</sup>; l'intégration dans le nouveau pays de séjour peut, le cas échéant, rendre le retour vers le pays d'origine inexigible<sup>541</sup>.

Il existe en conclusion une marge de mise en conformité de la jurisprudence fédérale à celle de la CourEDH en matière d'enlèvement international d'enfants.

---

535 Voir également: ALFIERI, p. 174 ss.

536 L'exclusion des motifs liés aux capacités éducatives des parents est reprise systématiquement dans la jurisprudence: TF, 5A\_990/2019 du 21 janvier 2020, c. 5.1; TF, 5A\_121/2018 du 23 mai 2018, c. 5.3.

537 TF, 5A\_954/2021 du 3 janvier 2022, c. 5.3.2; TF, 5A\_605/2019 du 4 septembre 2019, c. 4.1.1 *in fine*; TF, 5A\_584/2014 du 3 septembre 2014, c. 6.2.2.

538 DUREL, DroitMatrimonial 2014, p. 8, ne partageant pas l'avis du TF, 5A\_584/2014 du 3 septembre 2014, c. 6.3.2; GRABENWARTER/PABEL, p. 331 N 48.

539 CONSEIL FÉDÉRAL, Message CLaH80, p. 2467. Si les autorités suisses ne sont pas habilitées à donner des instructions aux autorités étrangères, cf. TF, 5A\_246/2014 du 28 avril 2014, une intervention par le biais de l'autorité centrale est envisageable, cf. TF, 5A\_27/2011 du 21 février 2011; voir également: TF, 5A\_437/2021 du 8 septembre 2021, c. 3, refus d'ordonner le retour de l'enfant étant donné le manque de collaboration des autorités américaines.

540 Dans ce sens: TF, 5A\_643/2020 du 11 septembre 2020, c. 5.2.2.1 et 6.2, approuvant la Cour cantonale pour avoir pris en considération «l'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial».

541 *Contra*: TF, 5A\_954/2021 du 1<sup>er</sup> mars 2022, c. 5.4. Critique sur la base de la jurisprudence de la CourEDH: CR LDIP-BUCHER, art. 85 LDIP N 251c.

### III. Nom

La jurisprudence de Strasbourg est très dense en matière de protection de la personnalité. Nous nous limiterons à une analyse du droit du nom, tout en relevant qu'en matière de droit de la personnalité, la Suisse a été condamnée en 2014 pour violation de l'art. 6 CEDH en ayant opposé la prescription aux prétentions formulées par la famille d'une personne décédée dans le courant des années 70 suite à son exposition régulière à l'amiante; l'ACEDH Howald Moor a entraîné la modification du Code des obligations sur le droit de la prescription relatifs aux dommages corporels<sup>542</sup>.

#### 1. *Historique du droit du nom à la lumière de la CEDH*

La CourEDH qualifie la promotion de l'égalité de traitement entre hommes et femmes d'objectif essentiel des Etats membres du Conseil de l'Europe et combat une conception patriarcale de la famille<sup>543</sup>. Le nom, en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, fait partie de la vie privée et familiale et entre dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH<sup>544</sup>. La CourEDH a même reconnu que le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>545</sup>. Nom et prénom appartiennent aux droits de la personnalité, attributs essentiels de la personne humaine, œuvrant à la construction de l'individu. Les règles du Code civil mettent ainsi en œuvre les droits fondamentaux, en particulier le respect de l'identité personnelle d'un individu par le respect du nom<sup>546</sup>.

Le droit du nom est un domaine dans lequel la jurisprudence de la CourEDH est particulièrement riche et la Suisse y a directement contribué. Elle a ainsi été condamnée en 1994 pour violation de l'art. 8 CEDH combiné avec l'art. 14 CEDH en raison du refus opposé au mari de faire précéder le nom de la famille de son patronyme, alors que le droit suisse reconnaissait ce

---

542 ACEDH, Howald Moor du 11 mars 2014, n° 52067/10. Loi fédérale du 15 juin 2018 (Révision du droit de la prescription), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020 (RO 2018 5343; FF 2014 221).

543 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. FIERENS, p. 701 ss. Sur les obligations positives de l'Etat en matière de nom: ACEDH, Leyla Can c. Turquie du 18 juin 2019, n° 43140/08, § 28; ACEDH, Gözümlü c. Turquie du 20 janvier 2015, n° 4789/10, § 44 et 46. Sur l'impact de la jurisprudence de la CourEDH: KRÄHENBÜHL, p. 153 ss.

544 ACEDH, Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B, § 24; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n° 18131/91, Série A 299-B, § 37. Voir également: CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII, qui insiste sur l'applicabilité de l'art. 8 CEDH tant sous l'angle de la «vie privée» que sous celui de la «vie familiale»; CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97.

545 ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n° 32265/10, § 36; ACEDH, Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06, § 51.

546 ATF 143 III 3, JdT 2017 II 468, c. 3.4.1.

droit aux épouses<sup>547</sup>. Cet ACEDH rendait une correction du Code civil indispensable. Le Conseil fédéral a réagi en modifiant l'ordonnance sur l'état civil par une adjonction dès le 1<sup>er</sup> juillet 1994, afin de permettre au mari ayant pris pour nom de famille celui de son épouse de le faire précéder de son patronyme<sup>548</sup>. La législation se caractérisait par une discrimination des époux consacrée dans le Code civil et par un problème de hiérarchie des normes, l'OEC corrigeant dès 1994 un texte de rang supérieur, empiétant sur les compétences du législateur. Toutefois, ce dernier échoua en date du 22 juin 2001 à intégrer le contenu de l'ordonnance dans le Code civil<sup>549</sup>.

Dès 2004, il convenait en outre de tenir compte de l'arrêt Ünal Tekeli de la CourEDH qui déclarait comme injustifiée, au regard de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 8, la discrimination entre hommes et femmes découlant de l'exigence du port d'un nom de famille commun aux époux<sup>550</sup>. Or, le droit suisse, identique au droit turc, était également contraire aux exigences de la CEDH<sup>551</sup>. Une révision plus importante de la loi, que ce qui aurait suffi en 1994, était donc inéluctable et condamnait toute approche minimaliste. Les difficultés du législateur à trouver un consensus a entraîné une nouvelle condamnation de la Suisse en 2010, en raison du traitement discriminatoire dont avaient été victimes les époux au regard du choix de leur nom<sup>552</sup>.

Le nom est le domaine dans lequel la mise en œuvre de la jurisprudence de la CourEDH a rencontré le plus d'obstacles, compte tenu des difficultés du Parlement à parvenir à trouver une solution satisfaisante<sup>553</sup>. Il faudra attendre le 1<sup>er</sup> janvier 2013 pour que les dispositions légales concernant le nom des personnes physiques respectent l'égalité des sexes<sup>554</sup>. Il faut de surcroît constater qu'il s'agit d'une égalité formelle qui ne se réalise pas dans la pratique<sup>555</sup>; bien que les femmes mariées ne soient plus obligées de prendre le nom de leur mari, près de trois quarts des épouses le font<sup>556</sup>. Le législateur doit en conclusion encore s'interroger.

547 ACEDH, *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, n° 16213/90, Série A 280-B. AEMISEGGER, N 93 ss; CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 4 ss.

548 Introduction de l'art. 177a dans l'OEC, complétant l'art. 30 al. 2 aCC, cf. BADDELEY, p. 614.

549 BO CN 2001 949. La pierre d'achoppement a été la détermination du nom de l'enfant, cf. CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270 N 4.

550 ACEDH, *Ünal Tekeli c. Turquie* du 16 novembre 2004, n° 29865/96, Recueil 2004-X, § 68. Cet arrêt revient sur la décision de la CourEDH dans l'affaire *G.M.B. et R.M. c. Suisse* du 27 septembre 2001, n° 36797/97, dans laquelle l'obligation de choisir un nom de famille commun (§ 2) avait été jugée conforme à la CEDH.

551 ATF 136 III 168, c. 3.3.1, le TF le reconnaissant expressément. AEMISEGGER, N 95.

552 ACEDH, *Losonci Rose et Rose c. Suisse* du 9 novembre 2010, n° 664/06. MARGUÉNAUD, RTDH 2011.

553 HERTIG RANDALL, p. 134, notant que le TF n'a pas non plus remédié à la situation contraire à la CEDH; MALINVERNI, *Modifications*, p. 390.

554 Loi fédérale du 30 septembre 2011 (Nom et droit de cité), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (RO 2012 2569; FF 2009 6843 6851).

555 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 24, 38 et 64.

556 Office fédéral de la statistique, *Statistique du choix du nom de famille, 1998–2020*, 1.6.2021: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces>>.

## 2. *Nom des époux*

Selon l'art. 160 al. 1 CC, chacun des époux conserve son nom; les fiancés choisissent alors lequel de leurs deux noms de célibataire leurs enfants porteront, pouvant être libérés de cette obligation dans des «cas dûment motivés» par l'officier de l'état civil à teneur de l'art. 160 al. 3 CC. Les fiancés peuvent toutefois déclarer à cet officier vouloir porter un nom de famille commun, à savoir le nom de célibataire de l'un ou de l'autre conformément à l'art. 160 al. 2 CC.

La loi ne précise pas les conséquences dans l'hypothèse du refus de choisir des fiancés qui gardent leur nom respectif, par ailleurs solution légale par défaut, ou de désaccord sur le nom à attribuer aux enfants. L'officier de l'état civil peut surseoir à la conclusion du mariage ou accorder une dispense du choix; son pouvoir est toutefois limité par le droit fondamental au mariage consacré à l'art. 12 CEDH<sup>557</sup>. L'évaluation de la situation doit en outre respecter la sphère privée des fiancés, protégée par l'art. 8 CEDH; l'officier ne peut pas exiger des détails intimes ou des preuves documentées, comme des rapports médicaux sur l'infertilité<sup>558</sup>. *In fine* à notre sens, une interprétation très large s'impose des «cas dûment motivés» au sens de l'art. 160 al. 3, 2<sup>e</sup> phr. CC, le refus de choisir devant suffire<sup>559</sup>: l'absence de choix ne saurait devenir un obstacle prohibitif au mariage sans violer l'essence même de l'art. 12 CEDH.

Le législateur a accordé ses lettres de noblesse au nom de célibataire<sup>560</sup>. Or, la transmissibilité du seul nom de célibataire et l'impossibilité de revenir à un nom acquis par mariage (cf. art. 119 CC) soulèvent des questions à l'égard de la protection de la personnalité des personnes concernées (art. 28 CC) et de leur droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>561</sup>. Le lien avec un nom abandonné il y a de longues années peut avoir été remplacé par un attachement fort à un nom acquis par mariage, éventuellement partagé avec des enfants, ce même après la dissolution de cette union<sup>562</sup>. Le processus de l'auto-identification par le nom est un processus continu, qui concerne dans la réalité sociale surtout les femmes, auxquelles l'art. 160 CC ne permet pas de se décider en fonction de leur identité propre et la question de sa compatibilité aux droits fondamentaux se pose. Il est soutenu en doctrine que l'art. 160 al. 2 CC ne procède pas d'un intérêt public prépondérant, ne respecte pas le principe de pro-

---

assetdetail.17444379.html». CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 134 ss pour les motifs.

557 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 77 s. et réf.

558 MEIER/STETTLER, N 833, refusant toutefois le libre choix de faire ou non la déclaration sans autre motif «peu conciliable avec le (certes malheureux) texte légal».

559 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 78 s. et réf. La pratique apparaît à juste titre souple, cf. Directive OFEC 32.1, 5.4, p. 11: «[l]a déclaration des fiancés qui ne veulent pas choisir ce nom est suffisante».

560 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 36 ss sur le rôle spécial du nom de célibataire dans le droit actuel.

561 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 38 et 72.

562 LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 194 s.

portionnalité et est, en conséquence, contraire à l'art. 8 CEDH; la possibilité pour les époux d'être autorisés à porter le nom actuel de l'un d'eux acquis lors d'un mariage antérieur par le biais d'une requête en changement de nom fondée sur l'art. 30 al. 1 CC ne peut qu'être une solution intermédiaire jusqu'à la modification de l'art. 160 CC<sup>563</sup>. Il est préconisé que les autorités de l'état civil acceptent, en attendant une mise en conformité de l'art. 160 al. 2 CC avec l'art. 8 CEDH, une déclaration des fiancés de porter le nom acquis lors d'un mariage antérieur de l'un d'eux<sup>564</sup>.

L'influence de l'art. 8 CEDH s'étend à la requête en modification du nom au sens de l'art. 30 CC. En cette matière, dans laquelle les autorités nationales jouissent d'une large marge d'appréciation, la CourEDH admet que des motifs peuvent amener une personne à vouloir changer de nom, mais conçoit des restrictions légales dans l'intérêt public, en particulier aux fins de relier une personne à une famille<sup>565</sup>. Les autorités nationales doivent examiner le bien-fondé d'un motif affectif lié à une demande de changement de nom<sup>566</sup>. C'est ainsi à juste titre que dans la compréhension des «motifs légitimes» d'un changement de nom au sens de l'art. 30 CC entre la composante subjective de la motivation du requérant, ce qui n'était pas reconnu antérieurement<sup>567</sup>. Il n'en demeure pas moins que cette voie, permettant de faire barrage au nom de célibataire, nécessite une procédure, le versement d'émoluments et un nouveau changement de nom après la célébration du mariage, soit autant d'obstacles qui sont problématiques au regard du respect des droits fondamentaux<sup>568</sup>. De même, l'époux qui souhaite reprendre un autre nom que son nom de célibataire à la suite du divorce, contrairement à l'option que lui offre en tout temps l'art. 119 CC, doit faire valoir la composante subjective, émotionnelle de sa motivation, pour espérer l'emporter.

---

563 ComPra-BURGAT, art. 160 CC N 5 s. Voir également: CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 39.

564 ComPra-BURGAT, art. 160 CC N 7.

565 ACEDH, Akta et Aslaniskender c. Turquie du 25 juin 2019, nos 18684/07 et 21101/07, § 45; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n° 18131/91, Série A 299-B, § 38 s.

566 ACEDH, Kismoun c. France du 5 décembre 2013, n° 32265/10. CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 21.

567 La modification de la pratique a été annoncée avant même l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 du nouvel art. 30 CC, qui a remplacé la notion de «justes motifs» par celle de «motifs légitimes»: TF, 5A\_730/2017 du 22 janvier 2018, c. 3, suivi de l'ATF 140 III 577, JdT 2015 II 319. LEUBA/MEIER/PAPAUX VAN DELDEN, N 195.

568 CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160 N 38 s. et N 99 ss sur le changement de nom légal.

### 3. *Nom de l'enfant*

Le nom de l'enfant et le droit des parents de décider du nom de leurs enfants entrent dans le champ d'application de l'art. 8 CEDH<sup>569</sup>. Conformément à la jurisprudence de la CourEDH, les père et mère doivent pouvoir transmettre sur un pied d'égalité leur nom de famille respectif à leur enfant<sup>570</sup>. Le principe de l'égalité des sexes a ainsi guidé le législateur de 2013 également dans le domaine de la transmission du nom de l'enfant.

Toute réglementation en matière de nom et de prénom ne constitue pas nécessairement une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH<sup>571</sup>. Ainsi, le refus des autorités suisses d'autoriser les parents à adopter un nom particulier pour leur enfant ne doit pas nécessairement être considéré comme une ingérence dans l'exercice de ce droit<sup>572</sup>. De jurisprudence constante, la CourEDH reconnaît que la communauté dans son ensemble a un intérêt à maintenir un système cohérent de droit de la famille qui place l'intérêt supérieur de l'enfant au premier plan<sup>573</sup>. L'importance pour l'enfant d'être uni, par son nom, au nom de famille, et le maintien de l'unité de la famille trouvent ainsi un écho dans la jurisprudence de Strasbourg. Choisir le nom du mari en tant que nom de famille, alors que les parents auraient pu choisir le nom de l'épouse, n'entraîne ainsi pas une différence de traitement s'analysant en une discrimination<sup>574</sup>. Est en revanche discriminatoire, soit contraire aux art. 14 et 8 CEDH, la réglementation nationale qui ne permet en aucune manière à des parents mariés de donner à l'enfant le nom de la mère, alors que tel est leur souhait commun<sup>575</sup>.

La solution du droit suisse en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 quant à la transmission du nom à l'enfant respecte en grande partie les exigences de la CEDH. Il n'apparaît pas discriminatoire que les parents mariés qui ont opté pour un nom commun, celui de célibataire du mari ou de l'épouse (art. 160 al. 2 CC), soit ensuite lié par ce choix lorsqu'ils ont un enfant (art. 270 al. 3 CC)<sup>576</sup>. Il en va de même du choix de l'un des noms de célibataire portés par

569 ACEDH, León Madrid c. Espagne du 26 octobre 2021, n° 30306/13, § 33; ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07, § 56 s. En détail sur le nom de l'enfant à la lumière de la CEDH: CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 14 ss.

570 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. FIERENS, p. 701 ss.

571 ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02, § 29; CourEDH [déc.], Mentzen c. Lettonie du 7 décembre 2004, n° 71074/01, Recueil 2004-XII.

572 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, refus de l'administration de donner à un enfant le nom de la mère alors que le nom de famille des époux est celui du père. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 15 s.

573 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, § 1; ACEDH [GC], X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997, n° 21830/93, Recueil 1997-II, § 47.

574 CourEDH [déc.], G.M.B. et K.M. c. Suisse du 27 septembre 2001, n° 36797/97, § 2.

575 ACEDH, Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 18.

576 Dans ce sens également: MEIER/STETTLER, N 830 note 1977.

les parents (art. 160 al. 1 et 3 CC, art. 270 al. 1 et 2 CC, art. 270a al. 1 et 2 CC). En revanche, la situation dans laquelle l'enfant est amené à porter un nom différent de ceux de ses deux parents, mariés ou non, en raison de la transmissibilité du seul nom de célibataire, pose problème à la lumière de l'art. 8 CEDH. Un motif légitime de changement de nom au sens de l'art. 30 CC est réalisé et l'aboutissement d'une telle requête est un moyen de corriger le Code civil<sup>577</sup>; le TF s'est en effet déclaré incompétent pour changer la loi dans une telle hypothèse par le biais de l'interprétation<sup>578</sup>. Le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant et des parents est en effet atteint par la discordance des noms, de manière injustifiée à notre sens.

*a. Désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant*

Le législateur ne répond pas expressément à la question du désaccord parental quant au choix du nom de l'enfant; il faut recourir à l'autorité de protection de l'enfant pour décider du nom de l'enfant, solution qui paraît conforme à la CEDH<sup>579</sup>. L'APE doit veiller au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant dans sa décision et un choix mécanique du nom de l'un des parents, sans tenir compte de la situation spécifique, ne serait pas compatible avec l'art. 8 CEDH<sup>580</sup>. La transmission du nom de célibataire du parent qui s'occupe majoritairement de l'enfant devrait en règle générale correspondre à l'intérêt de l'enfant<sup>581</sup>.

La situation dans laquelle les parents ne prennent pas de décision quant au nom de l'enfant peut être assimilée à celle du désaccord parental<sup>582</sup>. L'APE doit également se saisir de la situation afin que le nom de l'enfant soit inscrit dans le registre de l'état civil. Il en va de la responsabilité de l'Etat, en particulier à la lumière de l'art. 8 CEDH.

*b. Choix du prénom*

Le choix du prénom de l'enfant entre dans la sphère privée de ses parents et relève en conséquence du champ d'application de l'art. 8 CEDH<sup>583</sup>. Lorsque les autorités nationales refusent le prénom choisi par les parents, la CourEDH est amenée à déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la loi nationale a ménagé un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt public à régler le choix des prénoms, et d'autre part l'intérêt privé des parents, étant

---

577 CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 19 et N 21, 42 et 104.

578 TF, 5A\_73/2019 du 21 novembre 2019, c. 4.2.

579 CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 20 et 61.

580 ACEDH, León Madrid c. Espagne du 26 octobre 2021, n° 30306/13, § 61 et 68.

581 CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 62 et réf.; MEIER/STETTLER, N 868.

582 TF, 5A\_73/2019 du 21 novembre 2019; OG ZH du 12 juillet 2021, PQ210044, c. 1. CR CC-PAPPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 63.

583 ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 28; ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 22.

précisé que les autorités nationales jouissent en la matière d'une ample marge d'appréciation<sup>584</sup>.

Une différence entre la reconnaissance du prénom légal et le prénom d'usage de l'enfant ne suffit pas à fonder un manquement au respect de l'art. 8 CEDH; la CourEDH a en effet jugé que le préjudice causé par le refus d'inscrire le prénom choisi par les parents et d'usage pour leur enfant, à savoir «Fleur de Marie», était insuffisant pour poser une question de manquement au respect de la vie privée et familiale, étant donné que l'inscription du prénom «Fleur-Marie», demandée à titre subsidiaire, avait été acceptée<sup>585</sup>. Le refus des autorités nationales doit se fonder sur l'intérêt de l'enfant, respectivement poursuivre le but de prémunir l'enfant contre les désagréments que risqueraient d'engendrer un prénom pouvant être jugé inopportun par autrui<sup>586</sup>. Dans ce sens, l'art. 37c al. 3 OEC soumet le choix du prénom au contrôle de l'officier de l'état civil, lequel a le pouvoir de refuser des prénoms «manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant». Il s'agit d'une concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit. L'autorité doit laisser une large place à la liberté des parents, conformément à la jurisprudence de Strasbourg; refuser un prénom à la graphie phonétique apparaît très sévère et ne résisterait pas à un examen par la CourEDH<sup>587</sup>.

### c. *Changement de prénom*

Le changement de prénom fait partie du droit au respect de la vie privée<sup>588</sup>. L'art. 30b CC, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022, permet de faire inscrire un ou plusieurs nouveaux prénoms dans le registre de l'état civil en parallèle à la déclaration modifiant l'inscription relative au sexe<sup>589</sup>. Cette base légale est en harmonie avec la jurisprudence de la CourEDH, selon laquelle les traitements médicaux, comme les traitements hormonaux ou les interventions chirurgicales,

584 ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02, § 31; ACEDH, Stjerna c. Finlande du 25 novembre 1994, n° 18131/91, Série A 299-B, § 39.

585 ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 27.

586 ACEDH, Guillot c. France du 24 octobre 1996, n° 22500/93, Recueil 1996-V, § 10–11, le prénom choisi, «Fleur de Marie», ayant été jugé original et trop fantaisiste; ComEDH [déc.], Salonen c. Finlande du 2 juillet 1997, n° 27868/95, le refus du prénom «Ainut Vain Marjaana» (la Seule et Unique Marjaana) n'est pas déraisonnable; ACEDH, Johansen c. Norvège du 7 août 1996, n° 17383/90, Recueil 1996-III, § 33–39, violation de l'art. 8 CEDH, les autorités nationales n'ayant pas démontré que de porter le prénom «Axl» serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

587 ATF 119 II 401, c. 2d, refus de la graphie «Djonatan», jugée absurde et insolite, source de désagréments pour l'enfant obligé de préciser constamment l'orthographe de son prénom ou de la rectifier, ce qui serait préjudiciable à ses intérêts, arrêt trop sévère à la lumière de l'ACEDH, Johansson c. Finlande du 6 septembre 2007, n° 10163/02. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 138; MEIER/STETTLER, N 925 note 2134.

588 ACEDH, S. V. c. Italie du 11 octobre 2018, n° 55216/08, § 58, violation du droit au respect de la vie privée dans l'impossibilité pour une personne trans d'apparence féminine de changer son prénom masculin avant son opération.

589 Code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil), FF 2020 9623. CR CC-PAPAU VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 28.

ne sont pas des conditions admissibles au titre de l'art. 8 CEDH pour la reconnaissance de l'identité de genre d'une personne<sup>590</sup>.

Pour l'enfant âgé de moins de 16 ans révolus, le consentement du représentant légal est toutefois nécessaire selon l'art. 30b al. 4 ch. 1 CC, ce qui est à notre sens discutable à la lumière des droits fondamentaux de l'enfant. Le droit à la protection de l'identité de genre inclus dans le respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH est un droit strictement personnel proprement dit et la déclaration concernant le prénom ne devrait pas être soumise au consentement du représentant légal<sup>591</sup>. Il s'agit d'un retour en arrière, car il était admis qu'une personne transgenre mineure et capable de discernement pouvait déposer en son propre nom une demande de changement de sexe et de prénom(s)<sup>592</sup>. Que le prénom coïncide avec l'apparence répond de surcroît à l'obligation positive de garantir le droit au respect de la vie privée au sens de l'art. 8 CEDH<sup>593</sup>. Ainsi, un enfant transgenre incapable de discernement doit pouvoir être représenté, en particulier pour le changement de sexe et corrélativement de prénom<sup>594</sup>.

## E. Conclusion

L'influence de la CEDH sur le droit civil met en évidence le caractère unique, par son mécanisme juridictionnel, et dynamique de la CEDH, laquelle accompagne les évolutions sociétales dans les domaines les plus divers, allant de la protection des droits de la personnalité, du mariage au droit de la filiation, le plus foisonnant. Cette éternelle modernité est assurée par l'interprétation évolutive à la lumière des conditions d'aujourd'hui appliquée par la CourEDH dès 1978. Le préambule de la CEDH fait au demeurant d'emblée place au «développement» des droits humains et des libertés fondamentales, mettant l'accent sur une approche dynamique. De textes au fond relativement sobres, comme celui de l'art. 8 CEDH, la CourEDH a su en tirer un panel extraordinairement large et riche de domaines d'application. La pénétration de la Convention en droit interne, dans les domaines du droit privé, destiné à régler les relations des particuliers entre eux, est acquise. Cette dynamique est sans équivalent par rap-

590 ACEDH, X et Y c. Roumanie du 19 janvier 2021, n<sup>os</sup> 2145/16 et 20607/16; ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n<sup>os</sup> 79885/12 *et al.*

591 COTTIER, PJA 2020, p. 944 ss; CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270–270b N 28.

592 RG Oberland du 23 août 2017 – CIV 17 2249, FamPra.ch 2018, p. 204 ss. Voir également: COTTIER, PJA 2020, p. 946 s., mettant en évidence les difficultés liées à l'art. 30b al. 4 CC pour l'enfant qui est en désaccord avec ses représentants légaux.

593 ACEDH, S.V. c. Italie du 11 octobre 2018, n<sup>o</sup> 55216/08, § 75. Voir également: ACEDH, A.P., Garçon et Nicot c. France du 6 avril 2017, n<sup>os</sup> 79885/12 *et al.*

594 Dans ce sens: RG Oberland du 23 août 2017 – CIV 17 2249, c. 8, FamPra.ch 2018, 205 s., admettant une présomption de la capacité de discernement à partir de 12 ans révolus, âge contesté en doctrine comme trop élevé, les changements concernant un aspect de l'identité étant particulièrement important pour la personnalité, cf. COTTIER, PJA 2020, p. 944.

port à d'autres instruments importants en matière de droits fondamentaux<sup>595</sup>. Elle est aussi due au soin apporté par la CourEDH à garantir une protection «effective» des droits et libertés conventionnels, l'autorité de la chose interprétée, en sus de l'autorité de la chose jugée, assurant le large rayonnement de la jurisprudence. Dans sa mission de contrôle du respect des droits et libertés garantis, la CourEDH a aussi une mission de guide, phare dans le brouillard juridique lorsqu'un sujet sensible met particulièrement à l'épreuve le respect des droits fondamentaux, comme en matière de GPA.

La jurisprudence de Strasbourg a intégré la pratique des autorités d'application du droit, des tribunaux cantonaux jusqu'au TF, comme celles du Parlement et du Conseil fédéral, dont les messages contiennent des chapitres approfondis sur le rapport des modifications proposées du droit civil avec la CEDH, ce d'autant que l'interprétation de cette dernière a souvent déjà influencé le droit en vigueur. Il n'est également aujourd'hui plus possible d'enseigner à l'Université le droit des personnes physiques et de la famille sans y intégrer la CEDH et veiller à suivre son évolution.

Cette influence cardinale entraîne une harmonisation des standards en matière de droits fondamentaux au niveau des Etats membres du Conseil de l'Europe, de laquelle émerge un véritable «droit européen de la famille»<sup>596</sup>. Harmonisation ne signifie pas uniformité, et elle s'articule par le truchement de la doctrine de la marge d'appréciation. L'ampleur de cette marge est source de variation en fonction des domaines touchés et du «consensus européen». Le respect des droits fondamentaux n'est ainsi pas toujours aisé à déterminer et pourra évoluer avec le temps. Nous proposons néanmoins des enseignements à tirer, en particulier de l'art. 8 CEDH et de la conjonction des art. 14 et 8 CEDH qui ont permis d'affirmer l'égalité entre les sexes, le droit du nom étant un exemple emblématique, et l'égalité des filiations, laquelle exige un droit de la famille qui ne distingue pas le statut juridique de l'enfant, selon la constellation familiale formelle ou informelle de ses parents, exigeant un droit de la famille indépendant du statut de ses membres<sup>597</sup>; l'égalité des filiations s'accommode également mal des différences de traitement des enfants en fonction de l'orientation sexuelle de leurs parents.

L'art. 8 CEDH a moult utilité. Il permet de combler des lacunes du Code civil et offre un fondement direct tant à la qualité pour agir à l'action en paternité du père qui ne peut reconnaître, en sus de la mère et de l'enfant, qu'à la qualité pour agir en désaveu de la mère et celle de l'enfant majeur, en supprimant la condition de la suspension de la vie commune des époux pendant sa minorité.

---

595 HOTTELIER, RTDH 2001, p. 552; SICILIANOS, p. 818, 822 ss sur l'évolution constante des méthodes de travail, avec plusieurs réformes dont le processus a été initié par la Conférence à Interlaken en 2010, et le dialogue en particulier avec les autorités nationales et le CJUE.

596 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 397; WITTINGER, p. 84 ss. Voir également: HERTIG RANDALL, p. 132 ss; PAPAUX VAN DELDEN, Droits, p. 379.

597 CREVOISIER/COTTIER, p. 292 ss; COTTIER, Impulsions, p. 184 ss.

L'art. 8 CEDH permet de condamner à l'inapplicabilité les dispositions du droit fédéral qui lui sont contraires, alors qu'une interprétation conforme à la Convention est impossible ou ne suffit pas (art. 109 al. 3 et 313 al. 2 CC, art. 329 al. 2 CPC, art. 4 LPMA en ce qu'il consacre l'interdiction du don d'ovules). Il s'oppose à la pratique des boîtes à bébé, plaide pour l'adoption ouverte, œuvre à l'uniformisation de l'interprétation de la CLaH80 et à la mise en œuvre de la CDE, en particulier dans sa préoccupation constante de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sous ce prisme, la CourEDH développe une approche souvent pragmatique pour résoudre les conflits triangulaires entre notamment le père social et légal, le père biologique présumé, et la mère de l'enfant; elle accorde un droit à l'information et un droit de contact avec l'enfant en faveur des pères biologiques, sous réserve que cela soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant, sans le droit toutefois d'obtenir le statut juridique plein et entier de père et ainsi de remettre en cause la paternité juridique et sociale. Les rapports triangulaires se complexifient avec l'avènement de la parenté d'intention accompagné d'une place laissée à la réalité biologique dont les contours sont mouvants. L'intérêt supérieur de l'enfant, partie intégrante de l'art. 8 CEDH, et le droit au respect de la vie privée de l'enfant requièrent en principe qu'il soit possible d'établir la filiation avec le parent d'intention. C'est en la présente matière que des évolutions de la jurisprudence de Strasbourg sont particulièrement attendues, conformément à sa vocation de contrôle du respect des droits et libertés définis dans la Convention et ses protocoles. L'apport essentiel de la CourEDH en matière de droit de la filiation illustre en conclusion de manière emblématique l'influence de la CEDH en droit civil.

### *Résumé*

La présente contribution a pour but d'analyser l'influence de la CEDH en droit civil, tout d'abord de manière générale, puis circonscrite à des aspects choisis du droit des personnes physiques et de la famille, à savoir le droit du mariage, de la filiation et du nom. Dans un premier temps, il s'agit de faire le point sur les relations entre la CEDH et le droit civil, la question clé par rapport aux droits fondamentaux étant alors le rôle de l'Etat dans le règlement des relations interindividuelles. L'application indirecte, et au besoin même directe, des droits conventionnels assurent l'influence de la CEDH en droit civil. Dans un second temps, il faut saisir le contenu essentiel, tel qu'interprété de manière dynamique par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), des droits humains topiques pour le droit des personnes physiques et de la famille, à savoir le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH, le droit au mariage et de fonder une famille selon l'art. 12 CEDH, ces droits se combinant

avec l'interdiction de la discrimination fondée sur l'art. 14 CEDH. La pleine réalisation de l'égalité entre les sexes, de l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle, de l'égalité des filiations exige des modifications du droit suisse par la voie législative et/ou jurisprudentielle, tout en gardant un œil attentif lorsque le législateur consacre de nouvelles constellations familiales. En ciblant des questions choisies à la lumière du Code civil, de la Loi sur la procréation médicalement assistée et de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80), troisième partie de l'analyse, sont mises en évidence des interprétations qui s'imposent, des normes inconciliables avec la CEDH, des pratiques trop restrictives et des lacunes du droit suisse. La CEDH n'est au demeurant pas dans une tour d'ivoire, ce qu'atteste l'accent mis dans son interprétation sur la Convention sur les droits de l'enfant et sur la CLaH80. Il faut enfin relever que la diversité contemporaine des constellations familiales se conjugue avec l'eupéanisation de la famille menée grâce à l'œuvre jurisprudentielle de la CourEDH. La diversité ne mène nullement à la crise de la famille mais à l'harmonisation par l'expansion des droits humains en hommage à l'osmose des modèles familiaux.

#### *Abstract*

The aim of this contribution is to analyze the influence of the ECHR on civil law, firstly in a general way and then in selected aspects of personal and family law, namely marriage, parentage and name law. First, the relationship between the ECHR and civil law will be reviewed, the key issue in relation to fundamental rights being the role of the state in regulating relations between individuals. The indirect, and if necessary direct, application of treaty rights ensures the influence of the ECHR in civil law. Secondly, the essential content of the human rights relevant to personal and family law, namely the right to respect for private and family life under Article 8 ECHR and the right to marry and found a family under Article 12 ECHR, combined with the prohibition of discrimination under Article 14 ECHR, must be understood as dynamically interpreted by the European Court of Human Rights (ECtHR). The full achievement of gender equality, equality regardless of sexual orientation, and equality of parentage requires changes of the Swiss law, through legislation and/or case law, while keeping a watchful eye when the legislator establish new family constellations. The third part of the analysis focuses on selected issues in the light of the Civil Code, the Law on Medically Assisted Procreation and the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (1980 Hague Convention). It highlights the necessary interpretations, legal norms that are incompatible with the ECHR, overly restrictive practices and gaps of the Swiss law. The ECHR is not in an ivory tower, as is shown by the emphasis placed in its interpretation on the

Convention on the Rights of the Child and on the 1980 Hague Convention. Finally, it should be noted that the contemporary diversity of family constellations is combined with the Europeanisation of the family, which is being carried out thanks to the jurisprudential work of the ECtHR. Diversity does not lead to a crisis of the family, but to harmonization through the expansion of human rights as a homage to the osmosis of family models.

### *Zusammenfassung*

Ziel dieses Beitrags ist den Einfluss der EMRK auf das Zivilrecht zu analysieren, zunächst in allgemeiner Form, dann eingegrenzt auf ausgewählte Aspekte des Personen- und Familienrechts, d. h. des Ehe-, Abstammungs- und Namensrechts. In einem ersten Schritt soll eine Bestandsaufnahme der Beziehungen zwischen der EMRK und dem Zivilrecht vorgenommen werden, wobei die Schlüsselfrage in Bezug auf die Grundrechte dann die Rolle des Staates bei der Regelung der Beziehungen zwischen den Individuen ist. Die indirekte und, wenn nötig sogar direkte Anwendung von Konventionsrechten, sichert den Einfluss der EMRK im Zivilrecht. In einem zweiten Schritt muss der Kerngehalt der für die Personen- und Familienrecht relevanten Menschenrechte, wie er vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dynamisch interpretiert wird, erfasst werden, nämlich das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, das Recht zu heiraten und eine Familie zu gründen nach Art. 12 EMRK, wobei diese Rechte mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK kombiniert werden. Die volle Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter, der Gleichstellung unabhängig von der sexuellen Orientierung und der Gleichstellung der Abstammung erfordert Änderungen des Schweizer Rechts durch Gesetzgebung und/oder Rechtsprechung, und gleichzeitig ein aufmerksames Auge, wenn der Gesetzgeber neue Familienkonstellationen festschreibt. Im dritten Teil der Analyse werden ausgewählte Fragen anhand des Zivilgesetzbuches, des Fortpflanzungsmedizingesetzes und des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HKÜ80) untersucht, um notwendige Auslegungen, mit der EMRK unvereinbare Normen, zu restriktive Praktiken und Lücken im Schweizer Recht aufzuzeigen. Dass der EGMR nicht im Elfenbeinturm sitzt, zeigt sich daran, dass er bei seiner Auslegung den Schwerpunkt auf das Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das HKÜ80 legt. Schliesslich ist festzuhalten, dass die zeitgenössische Vielfalt der Familienkonstellationen mit der Europäisierung der Familie, die dank der Rechtsprechung des EGMR vorangetrieben wird, zusammengeht. Die Vielfalt führt keineswegs zu einer Krise der Familie, sondern zu einer Harmonisierung durch die Ausweitung der Menschenrechte als Ehrung an die Osmose der Familienmodelle.

## F. Bibliographie

- AEBI-MÜLLER REGINA E., Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter du 14 février 2022 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2022).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt und Babyfenster – Gedanken zu einer aktuellen Debatte, FamPra.ch 2007, p. 544 ss (cité: AEBI-MÜLLER, FamPra.ch 2007).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., EGMR-Entscheid Jäggi c. Suisse: Ein Meilenstein zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung?, Jusletter du 2 octobre 2006 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2006).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Anonyme Geburt im schweizerischen Rechtssystem, Jusletter du 26 septembre 2005 (cité: AEBI-MÜLLER, Jusletter 2005).
- AEMISEGGER HEINZ, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter du 20 juillet 2009.
- ALFIERI ANNA CLAUDIA, Enlèvement international d'enfants, Une perspective suisse, thèse, Berne 2016.
- AMSTUTZ ESTHER/GÄCHTER THOMAS, Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, Jusletter du 31 janvier 2011.
- ANTHONIOZ LORÈNE, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter du 23 mai 2022.
- BADDELEY MARGARETA, Le droit du nom suisse: état des lieux et plaidoyer pour un droit «libéré», FamPra.ch 2020, p. 613 ss.
- BADDELEY MARGARETA/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Art. 160 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédic/Fountoulakis Christiana (éd.), Commentaire Romand du Code civil I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-BADDELEY/PAPAUX VAN DELDEN, art. 160).
- BEAUMONT PAUL/TRIMMINGS KATARINA/WALKER LARA/HOLLIDAY JAYNE, Child abduction: Recent jurisprudence of the European court of Human right, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), vol. 64, janvier 2015, p. 39 ss (cité: BEAUMONT *et al.*).
- BESSON SAMANTHA, Art. 5 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité: CR Cst.-BESSON, art. 5).
- BESSON SAMANTHA/KLEBER ELEONOR, Art. 12 CEDH, in: Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen (éd.), Code annoté de droit des migrations, Berne 2017 (cité: BESSON/KLEBER, art. 12 CEDH).

- BLEICKER OLIVIER, Analyse de l'arrêt de la CourEDH B. c. Suisse du 27 mai 2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2014.
- BOILLET VERONIQUE/DE LUZE ESTELLE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_478/2014 du 21 mai 2015, Jusletter du 5 octobre 2015 (cité: BOILLET/DE LUZE, Jusletter 2015).
- BONNET VINCENT, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme: une histoire sans fin? (ACEDH Godelli c. Italie du 25 septembre 2012), RevTrimDrH 2014, n° 97, p. 153 ss (cité: BONNET, ACEDH Godelli).
- BONNET VINCENT, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003), Rev-TrimDrH 2004, n° 58, p. 405 ss (cité: BONNET, ACEDH Odièvre).
- BOUCAUD PASCALE, Le droit aux contacts familiaux sous le prisme des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev-TrimDrH 2007, n° 70, p. 509 ss.
- BUCHER ANDREAS, Commentaire romand de la Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Bâle 2011, CR LDIP mis à jour en ligne (disponible depuis le site: <http://www.andreasbucher-law.ch/>) (cité: CR LDIP-BUCHER).
- BUCHER ANDREAS, Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, chronique annuelle (cité: BUCHER, RSDIE année, p.).
- BUCHER ANDREAS, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter du 16 mai 2022 (cité: BUCHER, Jusletter 2022).
- BUCHER ANDREAS, Tribunal fédéral, 5A\_880/2013 du 16 janvier 2014, avec remarques d'Andreas Bucher, PJA 2014, p. 565 ss (BUCHER, PJA 2014).
- BUCHER ANDREAS, Brasilianische Adoption, PJA 2008, p. 1585 ss (cité: BUCHER, PJA 2008).
- BUCHER ANDREAS, L'enfant en droit international privé, Bâle 2003 (cité: BUCHER, *Enfant*).
- BÜCHLER ANDREA, The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family Form, in: Büchler Andrea/Keller Helen (éd.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge/Anvers/Portland 2016, p. 29 ss (cité: BÜCHLER, *Private and Family Life*).
- BÜCHLER ANDREA, Le don d'ovules en Suisse de lege lata et ferenda, Avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique, Berne, novembre 2013 (cité: BÜCHLER, *Don d'ovules*).

- BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, *Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutterchaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz*, FamPra.ch 2013, p. 33 ss.
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, Art. 3 et 4 FMedG, in: Böhler Andrea/Rütsche Bernhard (éd.), *Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG), Handkommentar*, Berne 2020 (cité: HK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, art. 3, respectivement art. 4).
- BÜCHLER ANDREA/RAVEANE ZENO, *Commentaire de l'arrêt TF 5A\_590/2016*, FamPra.ch 2019, p. 224 ss.
- BÜCHLER ANDREA/SCHMUCKI ANTONELLA, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht*, FamPra.ch 2020, p. 1 ss.
- BURGAT SABRINA, Art. 160 CC, in: Böhnet François/Guillod Olivier (éd.), *Commentaire pratique Droit matrimonial – Fond et procédure*, Bâle 2015 (cité: ComPra-BURGAT, art. 160 CC).
- BURGAT SABRINA/MATTHEY FANNY, Art. 98 CC, in: Böhnet François/Guillod Olivier (éd.), *Commentaire pratique Droit matrimonial – Fond et procédure*, Bâle 2015 (cité: ComPra-BURGAT/MATTHEY, art. 98 CC).
- CANTONI SILVIA, *L'apport de la Cour européenne des droits de l'homme à l'élaboration de la nouvelle Convention contre la violence à l'égard des femmes*, RevTrimDrH 2014, n° 100, p. 865 ss.
- CHASSIN CATHERINE-AMÉLIE, *Heurs et malheurs du mariage des transsexuels (ACEDH GC Hämäläinen c. Finlande du 16 juillet 2014)*, RevTrimDrH 2015, n° 102, p. 463 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation*, Rapport du Conseil fédéral du 17 décembre 2021 donnant suite au postulat 18.3714 «Examen du droit de la filiation» de la CAJ-CE du 21 août 2018 (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Etablissement de la filiation).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Mieux soutenir les mères en détresse et les familles vulnérables*. Rapport du 12 octobre 2016 donnant suite au postulat Maury Pasquier (13.189) (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Mères en détresse).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport suite au postulat Fehr (12.3607)*, Mars 2015, Modernisation du droit de la famille (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Modernisation).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport sur la maternité de substitution du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012* (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport maternité de substitution).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (droit de l'adoption)*, FF 2015 835 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Adoption).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil (Entretien de l'enfant), FF 2014 511 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Entretien).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 7 juin 2013 concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message art. 119 Cst. et LPMA).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Autorité parentale).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport 2010).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 février 2007 concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants ainsi que l'approbation et la mise en œuvre des conventions de La Haye en matière de protection des enfants et des adultes, FF 2007 2433 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message CLaH80).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du Code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Protection de l'adulte).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers, FF 2002 3469 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message LEtr).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message Cst.).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197 ss (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Message LPMA).
- COTTIER MICHELLE, Le don de sperme et l'établissement de la filiation au sein des couples de femmes mariées, in: Clerc Evelyne/Dunand Jean-Philippe (éd.), Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod, *Alea jacta est: santé!*, Bâle 2021, p. 379 ss (cité: COTTIER, Filiation).

- COTTIER MICHELLE, Impulsions des instruments de protection des droits humains de l'ONU en matière d'égalité et de protection contre les discriminations pour le droit de la famille suisse, RDS 2021/2, p. 119 ss (cité: COTTIER, Impulsions).
- COTTIER MICHELLE, Entscheidbesprechungen, Bezirksgericht Einsiedeln, Einzelrichter, Entscheid ZES 2019 016 vom 19. Juni 2019, Änderung von Geschlecht und Vornamen bei urteilsfähigen Minderjährigen (unpubliziert), PJA 2020, p. 942 ss (cité: COTTIER, PJA 2020).
- COTTIER MICHELLE/WYTTENBACH JUDITH, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrecht zu Art. 8 EMRK und ihr Einfluss auf die Schweiz: ausgewählte jüngere Entwicklungen im Bereich des Familienrechts, FamPra.ch 2016, p. 75 ss.
- CREVOISIER CÉCILE, Die Diskriminierung des Kindes aufgrund seines familienrechtlichen Status: eine Untersuchung der zivilrechtlichen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern im Lichte der Bundesverfassung und der internationalen Menschenrechtsabkommen, thèse, Berne 2014.
- CREVOISIER CÉCILE/COTTIER MICHELLE, Gemeinsame originäre Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare. Aktuelle und zukünftige Rechtslage in der Schweiz und Reformbedarf, FamPra.ch 2021, p. 286 ss.
- DANIS-FATÔME ANNE, Le droit des couples à un «engagement public» (ACEDH GC Vallianatos et autres c. Grèce du 7 novembre 2013), Rev-TrimDrH 2014, n° 99, p. 737 ss.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ FRANÇOISE, Conclusions, in: Sudre Frédéric (éd.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2002, p. 387 ss.
- DE VRIES KARIN, Right to Respect for Private and Family Life (Article 8), in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 667 ss.
- DUBEY JACQUES, Droits fondamentaux, Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction, Bâle 2017.
- DUREL BASTIEN, Enlèvement parental international d'enfants, Neuchâtel 2015 (cité: DUREL, Enlèvement).
- DUREL BASTIEN, La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans la décision de retour en cas d'enlèvement international: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A\_584/2014, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2014 (cité: DUREL, DroitMatrimonial 2014).

- ENTENZA HECTOR, Adoption de l'enfant du partenaire – l'interdiction de la discrimination entre couples de même sexe et couples hétérosexuels comme motif de révision du droit de l'adoption?, Jusletter du 2 juin 2014.
- FANKHAUSER ROLAND/WÜSCHER KATHRIN, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, FamPra.ch 2008, p. 750 ss.
- FIERENS JACQUES, «Où t'es, papa où t'es?» ou comment la Cour européenne des droits de l'homme choisit d'ignorer la fonction fondamentale du patronyme (Observations de l'ACEDH Cusan et Fazzo c. Italie du 7 janvier 2014, n° 77/07), RevTrimDrH 2015, n° 103, p. 701 ss.
- FRUMER PHILIPPE, La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation, une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Karner c. l'Autriche du 24 juillet 2003), RevTrimDrH 2004, n° 59, p. 663 ss.
- GALLUS NICOLE, La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme, RevTrimDrH 2008, n° 75, p. 879 ss.
- GARCIA KITERI, Violences domestiques et féminicide: la Cour européenne des droits de l'homme réceptive aux crimes de genre (observations sur l'ACEDH Talpis c. Italie du 2 mars 2017, n° 41237/14), RevTrimDrH 2018, n° 113, p. 257 ss.
- GAURON-CARLIN SABRINA, La gestation pour autrui: état des lieux en Suisse et réflexions prospectives, SJ 2019 II, p. 75 ss.
- GAY CLÉMENCE, La nouvelle présomption de «parentalité» en faveur de l'épouse, Jusletter du 4 avril 2022.
- GEISER THOMAS, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, RJB 2008, p. 817 ss.
- GEORGIN PASCALINE, La liberté du nom de famille de deux époux (Observations de l'ACEDH Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, n° 16213/90, Recueil A 280-B), RevTrimDrH 1995, n° 21, p. 53 ss.
- GERARDS JANNEKE, Prohibition of discrimination (Article 14 and Article 1 of Protocole No, 12), in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 997 ss.
- GONIN LUC, Art. 12 et 14 CEDH, in: Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) – Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018 (cité: CS-GONIN, art. 12, respectivement art. 14 CEDH).

- GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Art. 8 CEDH, in: Gonin Luc/Bigler Olivier (éd.), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne 2018 (cité: CS-GONIN/BIGLER, art. 8 CEDH).
- GOUTTENOIRE ADELINE, Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme: entre obligation positive et ingérence, *RevTrimDrH* 2016, n° 105, p. 61 ss (cité: GOUTTENOIRE, RTDH 2016).
- GOUTTENOIRE ADELINE, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Informations sociales* 2008/5, n° 149, p. 40 ss (cité: GOUTTENOIRE, Relation).
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch*, 7<sup>e</sup> éd., Genève/Bâle/Munich 2021.
- GRIGOLO MICHELE, Sexualities and the European Convention on Human Rights: Introducing the Universal Sexual Legal Subject, *European Journal of International Law* 2003, n° 14, p. 1023 ss.
- GUILLOD OLIVIER/BURGAT SABRINA, *Droit des familles, Les abrégés*, 6<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 2022.
- GUILLOD OLIVIER/CHRISTINAT RACHEL, Enfants nés de mères porteuses, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédict (éd.), *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 125 ss.
- HADZIMANOVIC NATASA, Zwang versus Freiheit vertrauliche und anonyme Geburt auf dem Prüfstein, *FamPra.ch* 2016, p. 50 ss.
- HERTIG RANDALL MAYA, Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete, in: Jaag Tobias/Kaufmann Christine, *40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK – Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014*, Zurich 2015, p. 115 ss.
- HOCHMANN THOMAS, Le mariage est une prison (Observations de l'ACEDH Babiarz c. Pologne du 10 janvier 2017, n° 1955/10), *RevTrimDrH* 2017, n° 112, p. 1005 ss.
- HOTTELIER MICHEL, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse: quarante ans d'enrichissement au service de la dignité humaine, *RevTrimDrH* 2015, n° 103, p. 551 ss (cité: HOTTELIER, RTDH 2015).
- HOTTELIER MICHEL, Couples de concubins et adoption: une avancée jurisprudentielle originale, *Jusletter* du 6 octobre 2008 (cité: HOTTELIER, Jusletter 2008).
- HOTTELIER MICHEL, La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, *RevTrimDrH* 2001, n° 47 p. 743 ss (cité: HOTTELIER, RTDH 2001).

- HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER/PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2011 (cité: HOTTELIER *et al.*).
- HOTZ SANDRA, Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts, PJA 2015, p. 1325 ss.
- JAGGI MATTHIAS, EGMR-Entscheid zum Adoptionsgesuch einer homosexuellen Frau – Auswirkungen auf die Schweiz, Jusletter du 17 mars 2008.
- JEANDIN NICOLAS, Art. 296 CPC, in: Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis (éd.), *Commentaire romand du Code de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cité: CR CPC-JEANDIN, art. 296).
- JUNGO ALEXANDRA [*et al.*], De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, Rapport du groupe d'expert-e-s du 21 juin 2021, Fribourg, Zurich, disponible depuis <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/gesetzgebung/abstammungsrecht/ber-expertengruppe.pdf>> download.pdf/ber-expertengruppe-f.pdf (cité: JUNGO *et al.*, Rapport 2021)
- JUNGO ALEXANDRA [*et al.*], Recommandations du groupe d'expert.e.s externes du 21 juin 2012 intitulées: «De la nécessité de réviser le droit de la filiation», disponibles depuis <<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-86490.html>> (cité: JUNGO *et al.*, Recommandations 2021).
- JUNOD VALÉRIE, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, commentaire de l'arrêt Costa & Pavan de la Cour européenne des droits de l'homme, Jusletter du 29 octobre 2012.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2018.
- KÖRBER SANDRO/STEINEGGER HEIDI, Zu wissen, von wem man abstammt, ist mehr als ein Grundrecht, FamPra.ch 2020, p. 59 ss.
- KRÄHENBÜHL DAVID, La symphonie du nom de famille commandée par la Cour européenne des droits de l'homme: quand le compositeur suisse renonce à améliorer sa partition, in: Bahar Rashid/Trigo Trindade Rita (éd.), *L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives*, Genève 2013, p. 153 ss.
- KÜNG JOËLLE, L'enlèvement international d'enfant: deux ans d'expériences avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédicte/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 57 ss.

- LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, *Droit du divorce*, Berne 2021.
- LEVINET MICHEL, La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *RevTrimDrH* 2004, n° 60, p. 889 ss (cité: LEVINET, *RTDH* 2004).
- LEVINET MICHEL, La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme (Observations ACEDH GC Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni du 30 juillet 1998), *RevTrimDrH* 1999, n° 39, p. 646 ss (cité: LEVINET, *RTDH* 1999).
- LOMBARDINI CARLO/CAMBI ALESSANDRA, La reproduction artificielle et le respect des droits de l'homme (Observations de l'ATF 115 Ia 234, *JdT I* 1991 p. 194), *RevTrimDrH* 1992, n° 9, p. 73 ss.
- LÖTSCHER CORDULA, Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle», *FamPra.ch* 2021, p. 656 ss.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, volume I: L'Etat, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI *et al.* I).
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse*, volume II: Les droits fondamentaux, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021 (cité: MALINVERNI *et al.* II).
- MALINVERNI GIORGIO, Les modifications législatives consécutives à des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme, *LeGes* 2016/3, p. 375 ss (cité: MALINVERNI, *Modifications*).
- MALINVERNI GIORGIO, L'adoption devant la Cour européenne des droits de l'homme, *Mélange en l'honneur de Dean Spielmann*, Oisterwijk, Pays-Bas 2015, p. 363 ss (cité: MALINVERNI, *Adoption*).
- MARGOT LISA, Le droit à la connaissance des origines de l'enfant né de procréation médicalement assistée, *FamPra.ch* 2017, p. 696 ss.
- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, Le nom du couple binational devant la Cour européenne des droits de l'homme (ACEDH Losonci Rose et Rose c. Suisse du 9 novembre 2010, n° 664/06), *RevTrimDrH* 2011, n° 88, p. 991 ss (cité: MARGUÉNAUD, *RTDH* 2011).
- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE, La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, in: Krenc Frédéric/Puéchavy Michel (éd.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2008, p. 15 ss (cité: MARGUÉNAUD, *Liberté*).

- MARGUÉNAUD JEAN-PIERRE/RÉMY-CORLAY PAULINE, Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, *Revue Trimestrielle de Droit civil (RTDciv)* 2005, p. 737 ss.
- MARTENET VINCENT, Art. 190 Cst., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (éd.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021 (cité: CR Cst.-MARTENET, art. 190).
- MATTHEY FANNY, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_349/2011, *Newsletter DroitMatrimonial.ch*, janvier 2012.
- MEIER PHILIPPE, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *FamPra.ch* 2012, p. 255 ss (cité: MEIER, *FamPra.ch* 2012).
- MEIER PHILIPPE, L'autorité parentale conjointe: l'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse?, *RMA* 2010, p. 246 ss (cité: MEIER, *ACEDH Zaunegger*).
- MEIER PHILIPPE, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, *RDT* 2001, p. 61 ss (cité: MEIER, *RDT* 2001).
- MEIER PHILIPPE, Résumé de jurisprudence filiation et protection de l'adulte, parution trimestrielle (cité: MEIER, *RMA* année, p.).
- MEIER PHILIPPE/CARANDO LAURA, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse?, *Jusletter* du 14 février 2011.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 6<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2019.
- MESNIL MARIE, Repenser le droit de la reproduction au prisme du projet parental, thèse, Bâle 2018.
- MEYER-LADEWIG JENS/LEHNER ROMAN, Art. 14 CEDH, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éd.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/LEHNER, art. 14).
- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, art. 8 et 12 CEDH, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éd.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité: HK EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM art. 8, respectivement art. 12).
- MÜLLER JÖRG PAUL, Bekämpfung von Scheinehen im Konflikt mit der Ehefreiheit – Zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative Toni Brunner, *Asyl* 2009/4, p. 14 ss.

- MURAT PIERRE, Filiation et vie familiale, in: Sudre Frédéric (éd.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2002, p. 161 ss.
- NEVES TANIA, Pas de papiers, pas de mariage, l'art. 98 al. 4 CC un an après, *PJA* 2012, p. 781 ss.
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Art. 97-103 CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédic/Fountoulakis Christiana (éd.), *Commentaire Romand du Code civil I*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-PAPAUX VAN DELDEN, art. 97a, respectivement 98 et 99).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom de la mère: réflexion sur l'établissement de la filiation maternelle à la lumière de deux arrêts récents et de l'article 8 CEDH, in: Sprumont Dominique/Clerc Evelyne/Dunand Jean-Philippe (éd.), *Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod*, *Alea jacta est: santé!*, Bâle 2021, p. 83 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Mère).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit de l'adoption à la lumière de la CEDH: analyse *de lege lata et ferenda*, in: Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure/Foëx Bénédic (éd.), *Le droit en question*, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 187 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Adoption).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Au nom des droits de la personnalité de l'enfant: facettes choisies, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédic/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Facettes du droit de la personnalité*, Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai, Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 32 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Facettes).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Autorité parentale conjointe: une réforme critiquée, *Plaidoyer* 2014, p. 32 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Plaidoyer 2014).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le placement de l'enfant: analyse de la jurisprudence de Strasbourg à l'attention du praticien et du législateur, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (éd.), *Une empreinte sur le Code civil*, Berne 2013, p. 227 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Placement).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Familles et Convention européenne des droits de l'homme: Incidences en droit de la filiation, in: Baddeley Margareta/Foëx Bénédic/Leuba Audrey/Papaux van Delden Marie-Laure (éd.), *Le droit civil dans le contexte international*, Journée de droit civil 2011, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 1 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Familles).

- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage – Contours et implications en droit civil (Première partie), FamPra.ch 2011, p. 321 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 I).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage et à la famille – Analyse critique des restrictions (Deuxième partie), FamPra.ch 2011, p. 589 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, FamPra.ch 2011 II).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Mariages fictifs, Jusletter du 22 octobre 2007 (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Jusletter 2007).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Osmose des modèles familiaux et droits de la personne, in: Besson Samantha/Hottelier Michel/Werro Franz (éd.), Les droits de l'homme au centre, Genève 2006, p. 377 ss (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Droits).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, thèse, Genève 2002 (cité: PAPAUX VAN DELDEN, Osmose).
- PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE/BADDELEY MARGARETA, Art. 270 – 270b CC, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Fountoulakis Christiana (éd.), Commentaire Romand du Code civil I, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2023 (cité: CR CC-PAPAUX VAN DELDEN/BADDELEY, art. 270-270b).
- PÄTZOLD JULIANE, Art. 8 et 12 CEDH, in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éd.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2022 (cité: Komm. EMRK-PÄTZOLD, art. 8, respectivement art. 12).
- PETRY ROSWITHA, La situation juridique des migrants sans statut légal – Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Zurich 2013.
- PFAFFINGER MONIKA, Vaterschaft auf dem Prüfstand. Das Recht des Ehemannes auf Kenntnis der eigenen Vaterschaft im Zeitalter der Genetik (cité: PFAFFINGER, FamPra.ch 2014).
- PFAFFINGER MONIKA, Von geheime und (halb-)offenen Adoptionen, FamPra.ch 2008, p. 1 ss (cité: PFAFFINGER, FamPra.ch 2008).
- PFIFFNER BRIGITTE/BOLLINGER SUZANNE, Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung, Jusletter du 21 novembre 2011.
- RANDIER CÉLINE, Reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger avec un mineur, Jusletter du 7 février 2022.

- REICHENBACH MAÏKA, Les profils d'ADN prénatals visant à déterminer la paternité selon la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur l'analyse génétique humaine, *FamPra.ch* 2019, p. 855 ss.
- REUSSER RUTH, Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth/Schwander Ivo (éd.), *Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser*, Zurich/St-Gall 2017, p. 431 ss.
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., Das Recht auf Kenntnis der Abstammung aus völker- und landesrechtlicher Sicht, *RSJB* 136/2000, n° 10, p. 605 ss.
- RIETIKER DANIEL, Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme: l'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux (ACEDH GC Neulinger et Shuruk c. Suisse du 6 juillet 2010), *RevTrimDrH* 2012, n° 90, p. 377 ss.
- RIGAUX FRANÇOIS, Le droit de connaître ses origines, in: Krenc Frédéric/Puéchavy Michel (éd.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2008, p. 105 ss.
- RIVIÈRE FLORENCE, L'intégration «paisible» de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse, *RevTrimDrH* 1999, n° 39, p. 461 ss.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Kindesverhältnisse im Zeitalter vielfältiger Familienformen und medizinisch unterstützter Fortpflanzung, *Fampra.ch* 2014, p. 838 ss.
- RUSCH MARTINA/GÖTSCHI ANTJE, Art. 256 CC, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (éd.), *Kurzkommentar ZGB, 2<sup>e</sup> éd.*, Bâle 2018 (cité: KUKORUSCH/GÖTSCHI, art. 256 CC).
- SAENZ DEVIA MANUELA, «Luke, I am your father», ou, de la paternité biologique: aspects choisis, in: Boillet Véronique/Maiani Francesco/Poltier Etienne/Rietiker Daniel/Wilson Barbara (éd.), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Genève 2016, p. 111 ss.
- SANDOZ SUZETTE, Adoption et couples de même sexe, *Jusletter* du 21 mai 2012 (cité: SANDOZ, *Jusletter* 2012).
- SANDOZ SUZETTE, Mariages fictifs: à la frontière du droit et de l'éthique, *REC* 2000, p. 413 ss (cité: SANDOZ, *REC* 2000).
- SCHÖBI FELIX, Stiefkindadoption und Konkubinat: Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. Gegen die Schweiz (3905/03), *Recht* 26 (2008)/3, p. 99 ss.
- SCHORNO DEBORAH, Fécondation *in vitro* et vie privée, *Commentaire de l'arrêt Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, *Jusletter* du 13 août 2007.

- SCHÜRMAN FRANK, Adoption im Konkubinatsverhältnis: zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, RSJB 144/2008, n° 3, p. 262 ss.
- SCHWENZER INGEBORG, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Fampra.ch 2014, p. 966 ss.
- SCHWENZER INGEBORG/COTTIER MICHELLE, Art. 252 à 263 CC, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éd.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2018 (cité: BSK-SCHWENZER/COTTIER, art.).
- SICILIANOS LINOS-ALEXANDRE, La Convention européenne des droits de l'homme a 70 ans: dynamique d'un instrument international unique, RevTrimDrH 2020, n° 124, p. 817 ss.
- SPESCHA MARC, Autorités de l'état civil: complices d'expulsion pour des motifs de police ou garantes du droit au mariage?, REC 2010, p. 116 ss.
- STECK DANIEL, Commentaire de l'arrêt TF 5A\_590/2016, FamPra.ch 2018, p. 541 ss.
- STEGMÜLLER TIFFAINE, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Etude de droit suisse, thèse, Zurich 2020.
- STEINER EVA, L'accouchement sous X: réflexion critique sur le droit et la pratique d'une singularité juridique française, FamPra.ch 2007, p. 568 ss.
- SÜNDERHAUF HILDEGUND/WIDRIG MARTIN, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, PJA 2014, p. 885 ss.
- UEBERSAX PETER, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Achermann Alberto/Caroni Martina/Epiney Astrid/Kälin Walter/Minh Son Nguyen (éd.), Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Berne 2006, p. 3 ss.
- VAN RIJN ARJEN, Art. 12 ECHR, in: van Dijk Pieter/van Hoof Fried/van Rijn Arjen/Zwaak Leo (éd.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Cambridge/Anvers/Portland 2018, p. 837 ss.
- VANWINCKELEN KOEN, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht: Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-)Rolle, FamPra.ch 2003, p. 574 ss.
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2020.

- WIESNER-BERG STEPHANIE, «Babyklappe» und «anonyme Geburt»: Rechtskonflikte zwischen Mutter und Kind?, FamPra.ch 2010, p. 521 ss.
- WITTINGER MICHAELA, «Europäisches Familienrecht»: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit – Altbekanntes und Neues?, FamPra.ch 2009, p. 84 ss.
- WYTTENBACH JUDITH/GROHSMANN IRÈNE, Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft, PJA 2014, p. 149 ss.
- WYTTENBACH JUDITH/SCHLÄPPI ERIKA, Frauenrechte und Kinderrechte: Welche internationalen Beschwerdeverfahren kommen in Frage?, FamPra.ch 2018, p. 429 ss.
- ZIEGLER ANDREAS R., Les notions de la famille et du mariage dans la pratique du juge européen, in: Piotet Denis/Tappy Denis (éd.), L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur de Suzette Sandoz, Zurich 2006, p. 333 ss.