Commission consultative des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg

Avis

sur

le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation, modifiant

- **le Code civil,**
- **le Nouveau Code de procédure civile,**
- **le Code pénal,**
- **la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,**
- **et la loi communale du 13 décembre 1988**

et

la proposition de loi 5553 portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Avis 03/2015

La Chambre des Députés a sollicité l'avis de la CCDH sur le projet de loi 6568 portant réforme du droit de la filiation ainsi que la proposition de loi 5553 portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

Introduction

L'avis de la CCDH est centré sur trois points : la filiation, l'assistance médicale à la procréation (PMA et GPA) et l'accouchement sous X.

I. Filiation

L'exposé des motifs précise que *« l'enfant demeure un des éléments de stabilité à partir duquel le législateur pourrait (re)construire le droit de la famille : il est donc indispensable de sécuriser le lien familial ».*

La CCDH soutient l'idée que la notion de famille se construit en fonction de l'intérêt de l'enfant, qui doit être au centre de la préoccupation du législateur, l'enfant méritant une attention et une protection particulière.

La CCDH ne peut qu'appuyer le législateur lorsqu'il estime, dans l'exposé des motifs du projet de loi : « *... toute filiation est un ensemble complexe. Sa richesse et sa profondeur tiennent précisément à cette complexité : une paternité n'est pas seulement une insémination, naturelle ou artificielle ; une maternité n'est pas seulement une conception, une grossesse et un accouchement ; une filiation n'est pas seulement un patrimoine génétique. Au fait biologique de la procréation s'ajoutent et parfois se substituent des données sociales, culturelles, individuelles et familiales.»*

L'ORK reconnaît dans son avis sur ce projet que *« …la filiation est multiple : affective, sociale, charnelle et bien-sûr biologique ».*Pour tenir compte de cette diversité, il est important de ne pas réduire la question de la filiation à l'unique réalité biologique, respectivement de réduire l'exercice de la parentalité aux couples hétérosexuels.

Dans les sciences humaines, les pédagogues et les psychologues tiennent désormais compte de la diversité des formes de parentalité: ainsi parlent-ils de parents de naissance et de parents d'éducation.

Il faut d'ailleurs rappeler que le Code Civil, dans son origine déjà, reconnaissait une part importante aux réalités sociologiques dans sa volonté affichée de préserver la paix dans les familles.

Le concept même de la possession d'état consacré par le Code Napoléon qui préfère la réalité sociologique, d'ordre psychologique et affectif, à la réalité biologique, en est la preuve.
L'article 312-1 actuel du projet de loi stipule :
« *La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au Chapitre II du présent Titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété.*

Elle peut aussi l'être par jugement dans les conditions prévues au Chapitre III du présent Titre. »
Le projet de loi n'entend donc pas abolir la possibilité d'établir la filiation par la voie de la possession d'état, respectivement de permettre des reconnaissances volontaires sans exiger l'établissement de la vérité biologique.
Or, dans ce même projet de loi 6568 le législateur réduit la filiation au seuls père et mère et il singularise nécessairement les enfants qui n'ont pas un père et une mère, mais qui grandissent dans des familles monoparentales ou avec des parents homosexuels, alors qu'il dispose dans son article 312 :
« Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

La CCDH estime qu'il faut tenir compte de la réalité : les enfants peuvent avoir un père et/ou une mère, deux mères, deux pères, qui peuvent être ou non leurs parents biologiques et dès lors elle propose de s'inspirer du nouvel article 6-1 du Code civil français qui dispose :*« Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre 1er du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. »*
Le nouvel article 312 pourrait disposer : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs parents, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »*

La CCDH rejoint l'ORK qui préconise de s'inspirer du modèle canadien qui confère la qualité de parents à ceux qui ont formé le projet parental commun, tout en garantissant à l'enfant de connaître, sous certaines conditions, leur identité génétique.

Ceci rejoint le concept moderne de la parentalité, néologisme apparu à la fin du XXe siècle, qui recouvre les attributions, droits, obligations et responsabilités des parents pour ce qui touche la procréation, la naissance, l'établissement de la filiation génétique et/ou juridique, l'exercice de l'autorité parentale, l'éducation et l'ouverture de droits sociaux spécifiques, au regard de la personne humaine.

La CCDH estime que le législateur doit permettre aux enfants de se retrouver dans une situation qui est claire et identique pour tous, sans différencier entre filiations biologiques, génétiques, adoptives, sociologiques ou autres. Toute distinction emporte le risque d'une discrimination, ce qui n'est certainement pas dans l'intention du législateur qui entend justement abolir définitivement, aussi dans le texte, les différences entre filiations légitime, naturelle et adoptive.

II. L’assistance médicale à la procréation

1. Les procréations médicalement assistées (PMA)

La CCDH souligne l’importance de considérer dans le projet de loi sur la réforme du droit de filiation les problématiques soulevées par les procréations médicalement assistées (PMA), un ensemble de pratiques cliniques et biologiques où la médecine intervient plus au moins directement dans la procréation humaine. Actuellement aucun cadre légal ne réglemente les PMA effectuées au Luxembourg.

Ces techniques ont été initialement développées pour permettre à des couples stériles un accès à une parentalité par le biais d’une grossesse médicalement assistée impliquant ou non des Fécondations In Vitro (FIV).

Avec l’avancée scientifique, de nouvelles techniques PMA ont permis de recourir à l’utilisation de cellules sexuelles humaines obtenues par don de gamètes (ovocytes et /ou spermatozoïdes) et gérées par des biobanques.

Dans ce cas de figure au moins une partie du patrimoine génétique de l’enfant ne provient pas des parents légaux. Il faut souligner qu’un nombre important d’enfants issus de PMA avec donneur de gamètes naissent et vivent au Luxembourg.

Le Luxembourg doit nécessairement se poser dès lors la question de la filiation de ces enfants et aussi celle du droit de l’enfant de connaître ses origines.

La CCDH est d’avis que le Luxembourg doit donner un cadre légal à la pratique des PMA, tout en s’assurant de garder la souplesse nécessaire, dans un domaine où l’évolution scientifique est extrêmement rapide et difficilement estimable dans le temps. Il faut surtout aussi aborder les questions éthiques y relatives, notamment en ce qui concerne la sélection des embryons et les manipulations sur le matériel génétique et embryonnaire humain.

La CCDH insiste sur la nécessité que le législateur réfléchisse et statue sur les PMA réalisées avec le matériel génétique de personnes décédées ou sur celles pour des personnes n'étant plus en âge de procréer, respectivement que faire avec le matériel génétique de personnes ayant retiré leur consentement à son utilisation.

La CCDH est d’avis que le projet de loi doit être plus précis quant aux termes utilisés, notamment en ce qui concerne l’assistance médicale à la procréation. Dans un domaine où les évolutions et les possibilités semblent infinies il serait utile de définir au mieux l’article 313.1. concernant les PMA.

2. Gestation pour autrui (GPA)

Les gestations pour autrui (GPA) sont possibles grâce aux techniques PMA. Dans ce cadre un embryon issu de FIV est porté par une mère porteuse. L’enfant peut être lié biologiquement aux parents d’intention, mais il peut être également conçu des gamètes fournis par une biobanque. En Europe seuls l’Angleterre et la Grèce

autorisent la GPA. Un nombre croissant de couples ont recours à la GPA en Europe de l'Est (Ukraine p.ex.). Qu'en est-il de la reconnaissance de ces enfants au Luxembourg, de leur droit de connaître leurs parents, etc.?
Dans l'exposé des motifs, le législateur estime que « *les filiations issues d'une assistance médicale doivent être soumises à un régime strictement encadré voir même certaines pratiques interdites.* L*a gestation pour autrui doit demeurer une pratique interdite, au vu des difficultés rencontrées par les enfants nés d'une gestation pour autrui et surtout au vu du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes dans notre droit. Ainsi, au vu du Programme Gouvernemental de 2009, de l'avis de 2001 de la Commission Nationale d'Ethique, il est proposé d'interdire formellement les conventions de gestation pour autrui et de prévoir des sanctions pénales en cas de non-respect, en s'inspirant en partie des dispositions françaises (art. 16-7 Code Civil et art. 227-12 al. 3 et 4 Code pénal). »*
Tout en soulignant qu'il n'est nullement établi que les enfants nés de ces pratiques connaissent plus de difficultés que d'autres enfants, la CCDH estime aussi que cette position est tout à fait réductrice et ne tient pas suffisamment compte des possibilités actuelles, et des difficultés que peuvent rencontrer les parents mais aussi les enfants nés régulièrement de telles pratiques à l'étranger.

Les différents avis des Parquets pointent à raison ces difficultés : l'Angleterre et la Grèce permettent la GPA, tout en limitant l'accès à ces pratiques pour les non-résidents.

D'autres pays, comme les Etats-Unis, admettent très largement l'accès aux GPA à des couples non-résidents, hétérosexuels ou homosexuels.
Le système actuel qui semble être favorisé par le législateur consisterait à sanctionner pénalement les couples ayant eu recours à des GPA à l'étranger. Comment justifier que des couples ayant eu recours à des GPA de façon tout à fait légale à l'étranger se voient sanctionner en revenant au Luxembourg, respectivement que faire des couples ayant résidé à l'étranger et venant s'installer au Luxembourg plus tard? Et quelles seraient les conséquences pour les enfants qui sont nés de ces pratiques si leurs parents se voient sanctionnés pénalement pour leur avoir permis de naître?

La CCDH rappelle que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit toute forme de discrimination dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, ce qui implique nécessairement un traitement égal de tous devant la loi.
Le projet de loi sur la filiation a justement pour but avoué d'éliminer les différences de traitement entre les enfants issus de filiations différentes.

Le législateur doit également tenir compte des jurisprudences récentes de la CEDH, notamment de l'affaire MENNESSON c. France du 26 juin 2014, où la France a été condamnée à deux reprises, faute d'avoir transcrit à l'état-civil français les actes de naissance d'enfants nés légalement à l'étranger par mère porteuse. Si la CEDH se garde bien de décider si la GPA en elle-même est un droit protégé par la Convention, toujours est-il qu'elle décide clairement que l'on ne peut l'ignorer et en nier les conséquences et le législateur ne peut donc pas porter atteinte à «l'identité» des enfants nés de mères porteuses à l'étranger en refusant de les reconnaître.

L'intérêt supérieur de l'enfant, affirmé de façon répétée et appuyé par la CEDH, est à raison au centre du débat.
Il faut bien évidemment éviter le risque d'exploitation de la femme et de son corps tout autant qu'il faut éviter que le corps des femmes soit utilisé à des fins commerciales.

Il s'agit, de l'avis de la CCDH, de mettre en balance les différents droits, mais l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer toute autre considération.
Ne pas légiférer sur ce point ou se satisfaire de simplement interdire le recours à la GPA et en faire une infraction pénale, ne permet pas de résoudre les difficultés et comporte le risque d'un traitement inégal, voire discriminatoire.

III. L'accouchement sous X

Dans son article 334, le projet de loi n° 6568 prévoit que « *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé* ». Il n'y a aucune disposition qui prévoirait la possibilité pour l'enfant de lever cet anonymat ou de demander au moins l'accès aux informations non identifiantes sur ses origines.
La CCDH est d'avis que cette régulation va à l'encontre du droit de connaître ses origines, et, pour y remédier, elle propose de mettre en place (à l'instar de la loi française n° 2002-03 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, en vertu de laquelle a été créé le *Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* - CNAOP) un mécanisme permettant de lever le secret de l'identité de la mère et facilitant à l'enfant la recherche des informations sur les origines. Pour les détails concernant la réglementation française, la CCDH renvoie à l'avis de l'ORK sur ce projet de loi.

Il convient d'ailleurs de noter que la législation française mentionnée ci-dessus a déjà fait l'objet de l'examen par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle du respect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie privée et familiale), qui contient le droit de connaître ses origines.

En effet dans l'arrêt Olivère c. France du 13 février 2003 (requête n° 42326/98), rendue à la suite d'une plainte introduite par la femme abandonnée à la naissance, la CEDH a jugé que le système français était en conformité avec l'article 8 de la Convention, parce qu'il permettait de ménager un juste équilibre dans la pondération des droits et des intérêts concurrents : a) le droit de l'enfant de connaître ses origines ; b) le droit de la mère à garder l'anonymat ; et c) l'intérêt public consistant à la prévention des avortements, en particulier des avortements clandestins, des abandons des nouveau-nés et des accouchements dans les conditions dangereuses pour la vie ou la santé de la mère et de l'enfant.

En particulier la CEDH a constaté que, il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention, parce que, d'une part, la requérante a eu l'accès aux informations non identifiantes sur ses parents (elle pouvait connaître les causes de son abandon, la situation familiale et financière de sa mère, elle a reçu également les informations sur les aspects physiques de ses parents), et, d'autre part, il existe en France un

mécanisme (CNAOP) qui facilite la recherche des informations sur les origines et permet, le cas échéant, mais toujours après le consentement exprès de la mère, de lever l'anonymat.

Par contre, dans un autre arrêt concernant la même question, rendue par la CEDH le 25 septembre 2012 dans l'affaire Goedelli c. Italie (requête n° 33783), la réglementation italienne en cause a été déclarée contraire à l'article 8 de la Convention. La CEDH a constaté que le juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les intérêts en jeu. En effet, si la mère a décidé de garder l'anonymat, l'enfant n'a aucune possibilité de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret de la naissance. En absence de tout mécanisme de mettre en balance les intérêts de l'enfant et de la mère, une préférence est inévitablement donnée à cette dernière.

Il résulte de cette jurisprudence de la CEDH que, si l'article 334 est adopté tel que proposé dans le projet de loi, la CCDH est d'avis que le Luxembourg s'expose au risque d'être condamné par la CEDH pour violation de l'article 8 de la Convention, la régulation luxembourgeoise ne prévoyant aucun mécanisme permettant de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents tout en prenant en compte l'intérêt de l'enfant de connaître ses origines.

Selon la CCDH il faudrait se pencher également sur la question, si le système français pourrait servir comme une solution-modèle pour le Luxembourg.

En effet, premièrement, il faut noter que, selon la réglementation française, la mère n'est qu'invitée à laisser les informations non identifiantes et où celles concernant son identité dans ce système centralisé créé par la loi n° 2002-03. Elle n'a donc aucune obligation de le faire. Alors, si elle décide de ne pas laisser des informations, la recherche de ces informations pour demander l'accès à elles devient très difficile.
Deuxièmement, la mère peut toujours refuser la levée de l'anonymat, quelle que soit la raison ou la légitimité de ce refus, dans la mesure où les motifs de sa décision ne sont soumis à aucun examen. Alors, finalement c'est toujours la volonté de la mère qui prévaut, et l'enfant ne dispose d'aucun moyen juridique pour combattre cette volonté. La mère dispose ainsi d'un droit de veto – elle peut toujours s'opposer à ce que son identité soit dévoilée (même après sa mort).

Vu ce qui précède, afin de construire un système plus efficace et assurant un véritable équilibre entre les intérêts de la mère, d'une part, et de l'enfant, d'autre part, la CCDH propose d'envisager:

- l'obligation pour la mère de laisser les informations (au lieu d'une simple possibilité) dans un système centralisé qui serait créé ;
- la possibilité de lever l'anonymat dans les cas exceptionnels, même contre la volonté de la mère ;
- la CCDH préconise la création d'un organe indépendant pour l'accès aux origines, celui-ci déciderait sur la base de tous les éléments de fait et de droit si l'identité de la mère devrait être dévoilée. Parmi ces éléments, les plus importants concerneraient les motifs du refus de la mère, la motivation de l'enfant demandant la levée de l'anonymat ainsi que les intérêts d'autres

membres de la famille qui désireraient maintenir un lien avec l'enfant (surtout l'intérêt du père souhaitant reconnaître son enfant).

Dans cette optique il faudrait que le Luxembourg retire sa réserve n°4 concernant l'article 7 de la Convention relative aux droits des enfants de New York de 1989.

La CCDH constate enfin que le législateur ne dit rien sur la situation des pères dans ces situations.

IV. Recommandations de la CCDH

I. La filiation

- La notion de famille doit se construire en fonction de l'intérêt de l'enfant, qui doit être au centre de la préoccupation du législateur. La question de la filiation ne peut être réduite à l'unique réalité biologique.
- Le législateur doit permettre aux enfants de se retrouver dans une situation qui est claire et identique pour tous, sans différencier entre filiations biologiques, génétiques, adoptives, sociologiques ou autres.
- Le législateur doit garantir à chaque enfant les mêmes possibilités d'accès aux données concernant ses origines.

II. L'assistance médicale à la procréation

1. Les procréations médicalement assistées (PMA)

- Les pratiques de PMA nécessitent un cadre légal, tout en prévoyant une certaine souplesse pour tenir compte de l'évolution scientifique très rapide.
- La sélection des embryons et les manipulations sur le matériel génétique et embryonnaire humain demandent des clarifications éthiques.
- La terminologie utilisée par le législateur doit être très précise.

2. Gestation pour autrui

- La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) affirme dans ses jurisprudences récentes l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de son état civil. Le législateur doit ainsi éviter toute forme de discrimination de l'enfant au regard du respect de sa vie privée et de sa vie familiale et traiter tous les enfants de la même façon, peu importe leur filiation.
- Le législateur doit tenir compte des possibilités actuelles et des difficultés que peuvent rencontrer les parents d'intention, mais aussi les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger.
- Le législateur devrait mettre en balance les différents droits, tout en veillant à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant prime toute autre considération.

III. Accouchement sous X

- Le législateur devrait prévoir l'obligation pour la mère de laisser des informations dans un système centralisé ainsi que la création d'un mécanisme qui permet de lever le secret de l'identité de la mère et qui facilite à l'enfant la recherche d'informations sur ses origines.
- Le Luxembourg doit lever la réserve n°4 concernant l'article 7 de la Convention relative aux droits des enfants de New York de 1989.