

Journal du droit des Jeunes, la revue juridique de l'action sociale et éducative.

**Jeunesse et Droit asbl**
12, rue Charles Steenebruggen
à 4020 Liège
Tél. 04/ 342.61.01 - Fax. 04/342.99.87
Courriel :jdj@skynet.be
Site internet : www.jeunesseetdroit.be

**Rédacteur en chef**
Benoît Van Keirsbilck

**Secrétaire de rédaction**
Benoît Lambart, tél. 04/ 342.61.01

**Rédactrice en chef adjointe**
Amélie Mouton, tél. 02/ 209.61.65
amelie.mouton@droitdesjeunes.com

**Comité de rédaction**
Jean-Pierre Bartholomé, Georges-Henri Beauthier, Michel Born, Geert Cappelaere, Christian Defays, Amaury de Terwangne, Patrick Charlier, Jacques Fierens, Dominique De Fraene, Fabienne Druant, Isabelle Detry, Jean Jacqmain, Alexia Jonckheere, Jean-Yves Hayez, Karine Joliton, Georges Kellens, Solayman Laqdim, Raymond Loop, Vincent Macq, Paul Martens, Thierry Moreau, Christian Noiret, Florence Pondeville, Valérie Provost, Marc Preumont, Isabelle Ravier-Delens, Véronique Richard, Jean-François Servais, Marianne Thomas, Françoise Tulkens, Benoît Van der Meerschen, Christian Wettinck.

**Maquette graphique**
Areti Gontras, aretigontras@gmail.com

**Insertions publicitaires**
Tél. 04/342.61.01 - Fax 04/342.99.87
e-mail : jdj@skynet.be

**Secrétariat administratif**
Anne Billen
Tél. 04/342.61.01 - Fax 04/342.99.87
e-mail : jdj@skynet.be

Abonnement : 70 euros l'an (10 n$^{os}$)
Spécimen sur simple demande.

# Si la justice coûte trop cher, essayez l'injustice

*Le département de la justice prend l'eau de toutes parts ; les prisons sont des taudis, les experts ne sont pas payés, les palais de justice tombent en ruine et l'indemnisation des avocats qui pratiquent l'aide juridique fond d'année en année. Tour à tour, c'est la grogne, pour ne pas dire plus, dans les différents corps de métier qui font fonctionner tous les rouages de ce système.*

*L'effet de la crise, sans doute, mais pas uniquement. Même si la justice est un rouage essentiel de notre société, elle n'a pas toujours bonne presse auprès des dirigeants politiques qui… aimeraient bien la tenir en laisse (surtout quand elle condamne l'État pour divers manquements dont il est trop souvent coutumier).*

*Le coût de la justice serait donc en partie un prétexte pour instaurer un contrôle et une ingérence inadmissible dans l'indépendance des avocats. L'instauration d'une liste d'avocats habilités à traiter des dossiers en droit des étrangers et d'une formule d'abonnement, sorte de* numerus clausus, *vont nécessairement laisser des justiciables sur la touche. Avec un tel système, c'est l'accès à la Justice, pierre angulaire de l'État de droit pourtant élevé au rang constitutionnel, qui est touché. Il n'en faudra pas plus pour décourager bon nombre d'avocats et sans doute les meilleurs et les plus consciencieux, laissant les plus dociles gérer ce contentieux. C'est aussi un moyen pour s'assurer que les justiciables, en l'occurrence les plus faibles d'entre eux,* «n'abusent pas du système»*, mythe savamment entretenu pour limiter l'accès à la justice. Les acteurs de terrain peuvent déjà en témoigner, ça devient de plus en plus difficile de trouver un avocat qui accepte d'introduire certains types de recours sans avoir la certitude absolue qu'il aura gain de cause.*

*Pourtant, des économies sont possibles dans le département de la justice, sans toucher à l'aide juridique, bien au contraire : diminuer le nombre de personne incarcérées, humaniser certaines procédures, singulièrement dans le domaine du droit des étrangers, qui sont presque systématiquement rejetées sans examen approfondi, mais aussi modifier les législations qui sont à la source de nombreux litiges.*

*Le* «détricotage» *de l'aide juridique aura lui-même un coût, financier, social et humain, considérable. Comment vont réagir les justiciables qui ne peuvent plus se faire défendre ? À part se faire justice à eux-mêmes, on ne voit pas bien.*

*Pour autant, il conviendrait de faire une évaluation sérieuse du fonctionnement de l'aide juridique (loi qui aura 15 ans cette année), y compris dans son volet aide de première ligne, sans écarter l'hypothèse de modifier le système en profondeur. La création de bureaux d'avocats traitant exclusivement de l'aide juridique ne diminuera sans doute pas le coût global du système, mais il augmenterait sensiblement la qualité moyenne de l'aide mise en place par les barreaux. Ceci peut se faire sans toucher à la sacro-sainte indépendance des avocats (on voudrait bien voir qu'ils soient réellement tous indépendants !)*

*Bref, on peut essayer l'injustice. Pas sûr qu'on ne le regrettera pas !*

**Benoît Van Keirsbilck**

Le JdJ

# SOMMAIRE

FÉVRIER 2013 - N° 322

1 **Éditorial :** Si la justice coûte trop cher, essayez l'injustice, par Benoît Van Keirsbilck

3 **Tribune :** «Ils vont dénicher les moineaux de demain», par Jean-Yves Hayez

5 L'égalité entre travailleurs féminins et masculins : vue de Luxembourg et de Strasbourg, par Charline Leflot et Pauline Monforti

## DOSSIER : l'accouchement anonyme

10 D'*Odièvre* à *Godelli* : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ? par Géraldine Mathieu

24 L'accouchement anonyme : les termes du débat en Belgique, par Géraldine Mathieu

28 Pour un réel équilibre des intérêts en présence : plaidoyer pour l'instauration d'un accouchement dans la réelle discrétion, en droit belge et français, par Géraldine Mathieu

## TRAVAUX PARLEMENTAIRES

34 Demande d'explications de M. Bert Anciaux à la ministre de la Justice sur «*le droit de la jeunesse et la situation des jeunes dans la société*» (n° 5-2445)

35 Demande d'explications de M. Bert Anciaux à la ministre de la Justice sur «la possibilité d'installer des avocats de l'État» (n° 5-2513)

37 Question écrite n° 5-6604 de Bert Anciaux du 29 juin 2012 à la secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, à l'Intégration sociale et à la Lutte contre la pauvreté, adjointe à la ministre de la Justice (Service des tutelles du Service public fédéral Justice - Fonctionnement - Direction - Qualité et connaissances pratiques – Évaluation asile poli tique minorité civile tutelle)

## JURISPRUDENCE

**BRUX., 30ÈME CH. DE LA JEUNESSE, 29 JUIN 2009, ARRÊT N° 188/09 (N° DU GREFFE 2008PJ264 ET N° DU PARQUET JEU 483/08)**

Fait qualifié infraction – Procédure – Droits de la défense – Absence de droit à l'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire par la police – Vu les garanties procédurales offertes par le système juridique belge et la manière dont s'est déroulée en l'espèce la procédure, l'absence de l'assistance d'un avocat lors de l'interrogatoire ne constitue pas une atteinte irrémédiable aux droits de la défense et aux règles du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Poursuites recevables 39

**BRUX. 30ÈME CH. JEUNESSE, 2 JUIN 2009, ARRÊT J/155/09 (N° GREFFE 2009/PJ/117 ET N° PARQUET JEU 219/09)**

Fait qualifié infraction – Procédure – Rapports d'entretien classés erronément dans les pièces de forme – Pièces ne pouvant être portées à la connaissance de toutes les parties – Classement dans la farde milieu 42

**BRUX. 30ÈME CH. JEUNESSE, 3 JUILLET 2009, ARRÊT 203/2009 (N° GREFFE 2009/PJ/150 ET N°PARQUET JEU 287/09)**

Fait qualifié infraction – Saisine du tribunal de la jeunesse – Article 45*quater*, § 1er de la loi du 8 avril 1965 – Obligation faite au ministère public de motiver par écrit sa décision de ne pas orienter le dossier vers la procédure de médiation – Appréciation du respect de cette obligation au moment de la saisine initiale - Réquisitoire établi sur la base de l'article 45, 2. a) contient une motivation régulière 42

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - 11 DÉCEMBRE 2012 - REQUÊTE N° 59608/09**

Violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction) 43

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2EME SECT.), 29 JANVIER 2013**

Droit à l'éducation – Placement dans l'enseignement spécial – Erreur systémique de diagnostic de la maladie mentale – Application disproportionnée aux enfants Roma – Discrimination indirecte – Violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 2 de Premier protocole 45

**J.P. ZOMERGEM – 13 JUIN 2012**

Tutelle - Lieu d'organisation - Principe d'immutabilité - Modification de la résidence du pupille - Conséquences 45

**Suite au choix de couleur intérieure très pâle du JDJ321, nous l'avons exceptionnellement placé en téléchargement intégral sur notre site www.jdj.be avec une couleur intérieure qui le rend plus facilement lisible.**

**JDJ**

*Commission paritaire : 74797 - ISSN : 0775-0668 - Imprimé par Imprimeries Chauveheid, rue Saint-Laurent 1-3, B-4970 Stavelot.*

# « Ils vont dénicher les moineaux de demain »

Jean-Yves Hayez, Psychiatre infanto-juvénile, docteur en psychologie, professeur émérite à la Faculté de Médecine de l'Université Catholique de Louvain.[1]

Il y a juste mille ans, Guy Béart chantait dans «*Les enfants de bourgeois*» :

*«.. Mais parfois ces bambins, en courant les chemins, vont dénicher les oiseaux de demain. Mais parfois ces marmots, en jouant avec les mots, vont casser de nos chaînes quelques anneaux … »*

«*Les jeux sont faits, rien ne va plus*» C'est si souvent le discours social qui cible notre présent et anticipe notre futur : crise économique, massacres, catastrophes naturelles qu'on aurait pu éviter, dysfonctions institutionnelles, comptes en Suisse des Pères sociaux … j'en passe et des meilleures ! Et ce fleuve d'encre noir que nous secrétons, nous l'étalons sans délicatesse devant nos enfants, sans plus vraiment chercher à les protéger de la moindre information !

Pis encore, nous acceptons trop passivement que certains prophètes de malheur les stigmatisent directement : «*Ils boivent, se droguent et couchent ensemble de plus en plus tôt. Leur agressivité devient insupportable. Et patati, et patata*». Reprise mode contemporain de considérations cataclysmiques sur la jeunesse déjà gravées sur des tablettes babyloniennes ! De tout temps, des grincheux ont été effrayés par la vitalité impertinente des jeunes ou jaloux d'elle. Face à tout ce qu'elle remue, c'est bien tentant de diaboliser leurs défis ou de transformer les déviances plus graves de quelques minorités en une norme statistique.

Ce qui est super, c'est que cette ambiance pessimiste et ces accusations excessives n'entament pas significativement le moral des plus jeunes !

Ce n'est pas qu'ils soient indifférents et sans émotions : l'angoisse, la tristesse ou la révolte les griffent régulièrement, quand un proche perd son emploi ou qu'ils entendent qu'on torture des enfants en Syrie. Et la médiatisation autour de la fin du monde en a effrayé un certain nombre, même de «*gros durs*» de première secondaire qui en on fait des cauchemars ou pleuré juste la veille au moment de quitter maman pour aller en garde chez papa. Mais ces expériences ne les abattent pas : ils gèrent et restent debout.

Plus grave quand même, quelques-uns restent fort traumatisés par des drames plus intenses qu'ils ont vécus de près. Je pense, par exemple, aux jeunes survivants ou proches des victimes de la tuerie de Liège (décembre 2011) ou de l'accident de car de Sierre (mars 2012) Je pense aussi à tant d'autres misères anonymes qui se vivent dans l'intimité des familles. Ces situations individuelles existent malheureusement, il nous faut pouvoir les repérer et leur accorder toute notre sollicitude.

Mais quand je vois vivre et que j'écoute le grand peuple de base des enfants et des adolescents, je souris intérieurement et j'ai confiance : la force de la vie se déploie toujours en eux et, au-delà de quelques différences de premier niveau avec ce que nous avons été à leur âge, le noyau dur du psychisme humain reste le même, créateur de sentiments, de pensées et de projets positifs. Les bébés trottent toujours à quatre pattes pour explorer le monde. À l'école primaire, les cours de récréation restent traversées de galopades et de rires joyeux. Les filles complotent à deux-trois, les garçons tapent sur des ballons et les ados recherchent toujours le grand amour, en l'agrémentant de piment sexuel un peu plus tôt que nous l'avons fait. Dans ma consultation, mes petits patients me posent toujours les mêmes questions fondamentales : à cinq ans : «*Mon zizi est-il vraiment bien solide ?*», et puis : «*M'aime-t-on vraiment autant que ma sœur ?*», «*Suis-je valable ?*», «*Comment me débrouiller avec mon père si chiant ?*», «*Pourquoi faut-il travailler, je préfère jouer*» et finalement : «*Quel sens donner à ma vie ?*» Et le spectacle de mes petits-enfants qui s'amusent ensemble, se parlent et règlent tous seuls leurs conflits m'apaise beaucoup.

«*Ce ne sont plus les mêmes enfants*» me fait-on pourtant remarquer. Bah, oui et non et même selon moi plutôt non que oui. Ce qui a changé ce sont des adaptations comportementales ou des aspirations liées à un monde et à des valeurs sociales elles-mêmes en profond

(1) *Psychiatre infanto-juvénile, docteur en psychologie, professeur émérite à la Faculté de Médecine de l'Université Catholique de Louvain*

bouleversement. Dans ce domaine, nous aussi nous avons changé. Mais le noyau dur de l'être de l'humanité, lui, reste le même.

Oui, dans les intérêts de beaucoup d'enfants, les écrans ont pris beaucoup de place, mais les rues sont-elles encore si sûres pour jouer librement ? Oui, un certain nombre s'enlise dans de gros besoins de consommation, tout et tout de suite… à notre image et à notre ressemblance ? Oui, beaucoup sont plus conscients et plus revendicateurs de leurs droits individuels, moins soumis, moins déférents, exigeant de négocier tout et n'importe quoi, mais c'est nous qui avons fait mai 1968. Oui encore, ils sont moins dépendants, se débrouillent davantage tous seuls, ont des doubles vies et profitent des failles de notre vigilance, mais c'est nous qui introduisons tellement de discontinuité dans les liens et les espaces de leur vie ; huit jours chez papa, huit chez maman avec son nouveau mec et ses deux enfants plus âgés, les stages qui dépannent, la garderie qui alterne avec les crêpes chez les grands-parents, et la nouvelle institutrice remplaçante, la troisième cette année, parce que la titulaire est enceinte … Oui enfin, ils peuvent assumer le relatif, la mouvance et l'incertitude des repères sans se laisser déconstruire de l'intérieur : les églises sont vides, mais rien n'est venu remplacer leur message ; toutes les nationalités vont et viennent dans les classes ; la fille assise sur le banc à côté porte un foulard ; on pense bien que Timothy est gay et alors ? Et le prof de gym qu'on appelait monsieur Max jusque mercredi, il vient jeudi habillé en fille et il faut lui dire Madame …

Je ne prétends pas pour autant que la société belge soit un paradis terrestre pour les enfants et les ados. Pour ma part, les problèmes qui me préoccupent le plus sont :

- L'inadaptation de l'école secondaire aux capacités et aux motivations d'un nombre significatif d'adolescents ; la non-valorisation effective de la filière professionnelle ; une conception parfois abusive du concept d'obligation scolaire ; l'ennui à l'école, l'échec et le décrochage scolaire qui s'ensuivent.
- La pauvreté matérielle et toutes les exclusions sociales et stigmatisations qu'elle entraîne.
- Les lacunes et dimensions parfois inhumaines de la prise en charge des mineurs sans papiers (et de leurs familles)
- Notre incapacité à tenir une position éducative forte et solidaire face aux grands enfants et aux jeunes adolescents-rois. À nos démissions et pertes de temps stériles, succède alors, mais bien trop tard, le clairon des politiques sécuritaires qui stigmatisent sans plus vouloir comprendre.
- L'abandon à eux-mêmes de trop d'enfants et d'ados, face à des adultes absents matériellement ou ne sachant plus se poser en ressources spirituelles.

Il nous faut donc nous retrousser les manches, affronter ces problèmes et bien d'autres encore et accroître le nombre de ceux qui iront hardiment dénicher les moineaux de demain.

Ceux-là, le grand nombre, je ne sais pas quel monde ils vont construire, et eux non plus aujourd'hui, mais ils le feront. La force de la vie en eux, leur créativité et leur intelligence trouveront des solutions même là où imagination ou courage nous ont fait défaut. Davantage de respect pour l'écologie, j'en suis sûr, moins de consommations superflues et des idées pour corriger les déséquilibres économiques du monde, les aberrations du capitalisme et les injustices sociales. À Sambreville, un rhétoricien de dix-huit ans s'est hissé au poste d'échevin de la culture. Bravo, j'espère qu'il voudra faire passer des idées jeunes. La bataille sera rude, car il dérangera (au sens le plus littéral : dé-ranger l'ordre établi) et il faudra que les jeunes de l'entité le soutiennent, signe de l'insertion de leur génération dans la vie de la cité (la politique) Cette force de vie humaine qui foisonne toujours chez les enfants et les ados, capables de trouver du plaisir à vivre et de créer du constructif, c'est mon credo. Je vous invite à le partager !



# L'égalité entre travailleurs féminins et masculins : vue de Luxembourg et de Strasbourg

**par Charline Leflot et Pauline Monforti ***

***Le droit européen de l'égalité entre hommes et femmes recouvre une multitude de contextes et de textes différents. Avec 216 arrêts rendus en la matière depuis 1971, la Cour de justice de l'Union européenne (1), siégeant à Luxembourg, semble incontestablement être «la» juridiction dans ce domaine. Pourtant, assez récemment, la Cour européenne des droits humains (2), basée à Strasbourg, est également intervenue sur la question. Droit de Luxembourg et droit de Strasbourg sous l'angle de l'égalité entre travailleurs féminins et masculins, qu'en est-il exactement (3) ?***

## 1. Qu'est-ce qu'une discrimination sexuelle ?

La discrimination signifie soit que des personnes placées dans des situations comparables reçoivent un traitement différent, soit que des personnes placées dans des situations différentes reçoivent un traitement identique. En particulier, la discrimination sexuelle signifie qu'une personne est traitée de façon différente et moins favorable qu'une autre personne, en raison de son sexe.

Il est important de souligner qu'une discrimination sexuelle doit s'entendre comme une discrimination au regard du genre. Le «*genre*» est plus large que le «*sexe*» au sens biologique. En effet, le genre englobe la distribution traditionnelle des fonctions et rôles de la femme et de l'homme dans la vie sociale, construite ou imposée à partir du critère sexuel. De cette manière, le principe de non-discrimination sexuelle interdit également les discriminations qui trouvent leur origine dans la conversion sexuelle de l'intéressé. En revanche, l'allégation d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle de l'intéressé n'est pas visée. Une discrimination à l'égard d'une personne homosexuelle devra tirer son fondement d'une autre base légale, à savoir le principe de non-discrimination sur la base de l'orientation sexuelle.

La discrimination sexuelle peut être directe ou indirecte. Une discrimination sexuelle est directe lorsqu'une personne est traitée de façon moins favorable qu'une autre, explicitement en raison de son sexe. Une discrimination sexuelle est indirecte lorsqu'une législation, une réglementation ou une pratique apparemment neutre affecte, en réalité, les personnes d'un sexe.

## 2. Luxembourg et Strasbourg : deux ordres juridiques différents.

L'allégation d'une discrimination sexuelle peut tirer son fondement du droit de l'Union européenne ou du droit du Conseil de l'Europe.

### *A. L'Union européenne – Le droit de Luxembourg*

Pourtant créée initialement pour stimuler le développement économique, l'Union européenne s'est intéressée à la notion de discrimination fondée sur le sexe dès son traité d'origine, en 1957.

---

* *Respectivement avocates aux barreaux de Bruxelles et de Charleroi.*

*(1) Dénommée ci-après, Cour de justice ou CJUE.*

*(2) Dénommée ci-après, Cour européenne ou CEDH.*

*(3) Cette synthèse découle d'un travail réalisé en collaboration avec Karl Goethals pour le cours «Égalité entre travailleurs féminins et masculins», sous la direction du Professeur Jean Jacqmain, dans le cadre du master complémentaire en droit social à l'Université libre de Bruxelles (2011-2012).*

## 1. Les textes légaux : l'article 157 TFUE et les directives

**• L'article 157 TFUE**

Les traités de l'Union européenne forment ce que l'on appelle en droit européen, le droit primaire. Ils sont d'une grande importance, car ils constituent la base d'adoption des directives européennes, composant à leur tour le droit dérivé. Le principe d'égalité de traitement entre travailleurs masculins et féminins figure aujourd'hui à l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) [4]. Cet article dispose que : «*chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins pour un même travail ou un travail de même valeur*». Maintes fois complété, cet article vise à interdire les discriminations directement et indirectement fondées sur le sexe dans l'ensemble des domaines concernant le marché de l'emploi (mais non la sécurité sociale légale).

**• Les directives**

À l'heure actuelle, un éventail de 13 directives constitue le siège de la matière en droit social de l'égalité. Adopté au fil des évolutions sociales, ce droit dérivé a vu son champ d'application s'étendre de manière absolue dans de nombreux domaines, allant de la rémunération jusqu'à l'accès aux biens et services. Parmi ces directives, deux nous apparaissent importantes pour la suite de notre texte.

La première, dénommée **directive 2010/18/UE**, concerne **le congé parental**. Il s'agit d'un moyen de concilier vie professionnelle et vie familiale tout en promouvant l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes. En effet, celle-ci prévoit un droit de congé pour chaque parent d'une durée de 4 mois lors de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. La directive va encore plus loin dans l'égalité homme/femme en déclarant que sur ces 4 mois, au moins 1 mois ne pourra être transféré à l'autre parent. Cette directive a une valeur symbolique forte, car le congé parental a fait l'objet du premier accord-cadre sectoriel européen adopté par les partenaires sociaux et rendu obligatoire par le Conseil des ministres (directive 96/34/CE remplacée par celle-ci).

La deuxième directive illustrant notre exposé est la **directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale**. Cet instrument prohibe de manière générale toute discrimination fondée sur le sexe dans toutes les prestations de sécurité sociale. Deux particularités peuvent être soulevées. D'une part, la directive exclut de son champ d'application l'aide sociale dans certaines conditions, les prestations familiales et les pensions de survie, ce qui, comme nous le verrons, crée inévitablement des lacunes dans le droit communautaire et amène la Cour européenne des droits de l'homme à intervenir. Enfin, d'autre part, elle admet que dans certains États membres, l'âge de la retraite soit différent pour les hommes et les femmes.

Clairement, l'analyse de ces deux directives démontre que chacune tente de répondre à un problème spécifique. L'évolution de la société et celle de la jurisprudence de la CJUE poussent à modifier ou réviser ces textes afin qu'ils soient le plus en phase avec les réalités et les enjeux sociaux.

## 2. La Cour de justice de l'Union européenne

La CJUE est la juridiction qui contrôle le droit communautaire. Elle siège à Luxembourg. La Cour est compétente pour répondre aux questions préjudicielles posées par les juges nationaux. De la sorte, elle interprète le droit de l'Union pour une application uniforme sur son territoire. Elle veille également, dans le cadre de procédures en manquement, à ce que les États membres agissent en conformité avec les obligations qui découlent des traités et du droit dérivé.

# *B. Le Conseil de l'Europe – Le droit de Strasbourg*

Le droit de Strasbourg est élaboré par le Conseil de l'Europe qui groupe désormais 47 États membres. Le Conseil de l'Europe fut créé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale dans l'objectif de promouvoir et de garantir la paix et le respect des droits de l'homme sur le continent européen au sens large. Cette institution a tenté de développer de nombreux systèmes de contrôle des droits, dont le plus connu est certainement celui qu'a mis en place la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), mais il existe d'autres textes de référence sur la protection de l'individu comme la Charte sociale européenne. *A priori*, bien qu'elles ne semblent pas occuper une place principale dans ce système, la protection contre la discrimination et la promotion de l'égalité font l'objet, depuis quelques années, d'une étonnante jurisprudence de la Cour européenne.

*(4) Anciennement article 141 du TCE, avant cela, article 119 TCEE.*

## 1. Les instruments juridiques : la CEDH et la Charte sociale européenne

**• La Convention européenne des droits de l'homme**

La Convention européenne tend à promouvoir et protéger les différents droits fondamentaux de l'être humain. Parmi la liste des droits civils et politiques qu'elle dresse, l'article 14 de cette Convention consacre l'interdiction de discrimination inspirée ouvertement des principes inscrits dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il déclare que «*la 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*». À première vue, la formule utilisée par cette disposition semble octroyer une portée restrictive à son champ d'application. Mais ce caractère limité est compensé, entre autres, par la Cour européenne et son interprétation large des notions de vie privée et de vie de famille inscrites à l'article 8 de la Convention.

**• La Charte sociale européenne**

La nécessité de lutter contre la discrimination a nettement influencé l'élaboration des documents juridiques du Conseil de l'Europe et la non-discrimination est désormais perçue comme une liberté fondamentale et un principe directeur dans de nombreux documents. La Charte sociale européenne révisée en est un exemple. Cette Charte peut être considérée comme le complément de la CEDH en ce qu'elle ajoute une dimension sociale au droit du Conseil de l'Europe qui, jusque-là, n'était nullement prise directement en compte. En plus d'énoncer toute une série de droits sociaux dont l'égalité de chances et de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de profession, la Charte sociale crée un mécanisme de contrôle propre. En effet, le Comité européen des droits sociaux [(5)] prend des décisions qui peuvent être rendues obligatoires par le Comité des Ministres. Inévitablement le CEDS s'inspire de la Cour européenne. Il faut remarquer que la jurisprudence de l'une et l'autre de ces juridictions se croise et s'influence [(6)]. Bien qu'elle ne soit qu'un simple engagement d'États à États («*soft law*»), la Charte a progressivement acquis une grande force intrinsèque en intégrant les droits nationaux et est de plus en plus fréquemment invoquée dans les litiges individuels devant ou par des juridictions nationales.

## 2. La Cour européenne des droits de l'homme

Instituée par la CEDH, la Cour européenne (installée à Strasbourg) assure le respect des engagements des parties contractantes. Ainsi, la Cour peut être saisie par un État partie ou par un individu d'un recours envers un (autre) État pour manquement à la CEDH. Après examen de la requête, la Cour adopte un arrêt dont le Comité des Ministres doit surveiller l'exécution par les États.

## *C. Les traits d'union : l'adhésion de l'UE à la CEDH ?*

Un rapport se profile entre ces deux ordres juridiques *via* l'article 6, § 2, du Traité de Lisbonne qui prévoit l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme. Cela signifiera que l'ensemble des actes de l'UE seront soumis au contrôle exercé par la Cour européenne au regard des droits garantis par la Convention européenne, ce qui n'est pas sans importance !

En outre, avec ce nouvel article, le Traité de Lisbonne octroie une nouvelle vie à la Charte des droits fondamentaux de l'UE : il lui consacre une valeur constitutionnelle et érige la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales en objectif transversal dans l'action extérieure de l'Union. Cette Charte offre, ainsi, une protection plus étendue que la CEDH qu'elle actualise en incorporant les interprétations de la Cour de Justice.

Toutefois, un certain temps pourrait encore s'écouler avant qu'un accord soit conclu entre les 47 parties à la CEDH et l'UE ; en outre, l'UE aura la possibilité d'émettre des réserves à la CEDH.

## 3. Comment les deux Cours sont-elles saisies d'une discrimination sexuelle et comment l'abordent-elles ?

La Cour de justice contrôle le respect du droit de l'Union européenne par les États membres de l'Union. Ainsi, elle ne pourra se déclarer compétente que si elle est saisie d'une disposition qui relève du droit de l'Union européenne.

*(5) Dénommé ci-après, CEDS.*

*(6) V. la décision de réclamation collective introduite par la Centrale générale des Services publics contre la Belgique; v. J. Jacqmain, «Le droit de négociation collective n'est pas garanti dans les services publics», obs. sous C.A. 29 janvier 2004,* Chr. D.S.*, 2004, p. 289 et s; J. Jacqmain, «La négociation collective dans les services publics et la Charte sociale européenne»,* Chr. D.S.*, 2006, pp. 369 et 370.*

La Cour européenne contrôle quant à elle le respect des dispositions de la Convention européenne et de ses protocoles additionnels par les États membres du Conseil de l'Europe. Ainsi, cette Cour sera compétente si les faits du litige tombent dans le champ d'application de l'une ou l'autre disposition de la Convention ou d'un Protocole additionnel. Alors, l'article 14 de la Convention qui assure l'interdiction de la discrimination à l'égard «*des droits et libertés reconnus dans la Convention*» pourra être mis en œuvre.

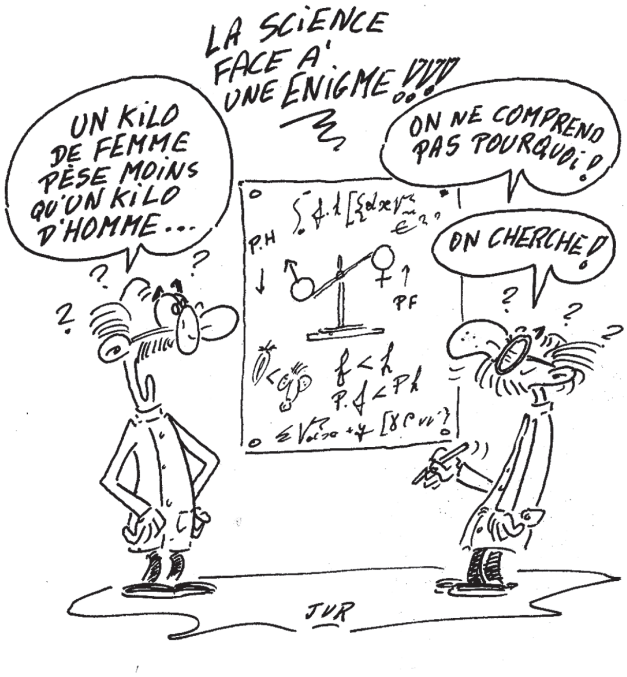
Ainsi donc, la Cour européenne, lorsqu'elle apprécie sa compétence, examine en premier lieu le champ d'application des dispositions invoquées et si ces dispositions peuvent ainsi s'appliquer aux faits du litige. Précisément, c'est sur la base du droit au respect de la vie privée et du droit au respect de la propriété que la Cour a pu consacrer sa compétence en matière d'égalité de traitement dans le domaine des droits sociaux.

Selon l'article 8 de la Convention européenne, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Dans une affaire, la Cour européenne a considéré que l'attribution du congé parental par l'État entrait dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention et visait à favoriser la vie familiale, puisqu'elle permet aux parents de s'occuper de leurs enfants. De cette manière, la Cour européenne a pu se déclarer compétente en matière de congé parental et consacrer le principe de l'égalité entre les travailleurs masculins et féminins [7].

L'article 1er du Premier protocole additionnel concerne quant à lui le droit de propriété : toute personne, physique ou morale, a droit au respect de la propriété de ses biens, sous réserve du droit de chaque État de mettre en vigueur les lois qu'il juge nécessaires pour assurer le paiement des impôts ou autres contributions. Sur la base de cette disposition, la Cour a pu consacrer sa compétence dans deux domaines : les prestations de sécurité sociale et les charges sociales.

L'application de l'article 1er du Protocole n° 1 à des prestations de sécurité sociale a été amorcée dans une affaire concernant une discrimination fondée sur la nationalité du requérant.[8] Ressortissant turc ayant séjourné et travaillé légalement en Belgique, M. Gaygusuz s'était vu refuser par l'État autrichien l'attribution d'une allocation d'aide sociale, au motif qu'il n'était pas de nationalité autrichienne. Il a alors entrepris devant la Cour européenne une action en discrimination fondée sur son origine nationale. La Cour affirme que cette prestation d'aide sociale est couverte par le droit de propriété, puisque celle-ci est conditionnée par le




versement de cotisations à l'assurance chômage, à laquelle fait suite le régime d'aide sociale. M. Gaygusuz possède une créance patrimoniale à l'égard de l'État autrichien, laquelle constitue un «*bien*» dont le respect est assuré par l'article 1er du Protocole n° 1. Cette jurisprudence a été confirmée dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes dans l'affaire *Willis* [9].

Dans l'arrêt *Stec* [10], la Cour européenne va plus loin. Elle précise que le caractère contributif ou non des prestations de sécurité sociale est hors de propos pour l'application de l'article 1er du Protocole n° 1. Dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial tombant dans le champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 1.

L'application de l'article 1er du Protocole n° 1 à des charges sociales a quant à elle été amorcée dans une affaire concernant une différence de traitement dans le paiement de cotisations à l'ancien système néerlandais d'allocations familiales [11]. M. van Raalte s'est vu refuser une exonération de l'obligation du paiement d'une cotisation au motif que cette exonération avait été prévue au seul bénéfice des

*(7)* Markin c. Russie, *7 octobre 2010,* Chr. D. S., *2010, p. 40, note J. Jacqmain, confirmé par la Grande chambre le 22 mars 2012.*

*(8)* Gaygusuz c. Autriche, *16 septembre 1996,* J.T.D.E., *1996, p. 211.*

*(9)* Willis c. Royaume-Uni, *11 juin 2002,* Chr. D. S., *2004, p. 112, obs. J. Jacqmain.*

*(10)* Stec e.a. c. Royaume-Uni, *6 juillet 2005 et 12 avril 2006,* Chr. D. S., *2006, p. 193, obs. J. Jacqmain.*

*(11)* van Raalte c. Pays-Bas, *21 février 1997,* Chr. D. S., *1997, p. 577 obs. J. Jacqmain.*

femmes célibataires et sans enfant, âgées de 45 ans et plus. M. van Raalte a alors entrepris devant la Cour européenne une action en discrimination sexuelle. La Cour a admis l'application de l'article 1er du Protocole n° 1 à l'obligation de verser à l'État des charges sociales. De cette manière, l'article 14 s'applique et la Cour européenne peut assurer l'égalité devant les charges sociales (cotisations, impôts et autres contributions).

Une fois qu'elles se sont déclarées compétentes, comment la discrimination est-elle abordée par les deux Cours ?

Le droit de Luxembourg et le droit de Strasbourg abordent différemment la discrimination sexuelle. Si la Cour de justice admet une justification objective et raisonnable pour les seules discriminations indirectes, tel n'est pas le cas de la Cour européenne des droits humains. En effet, celle-ci autorise la discrimination directe. C'est la raison pour laquelle, en présence d'une discrimination directe, mieux vaut que l'affaire soit soumise à Luxembourg plutôt qu'à Strasbourg. Notons que l'attitude moins rigoriste à cet égard de la Cour européenne révèle une faiblesse du système strasbourgeois, laquelle est susceptible de diminuer l'effectivité de la protection de l'égalité entre les hommes et les femmes.

## 4. Petit aperçu de jurisprudence.

L'allégation d'une discrimination peut tirer son fondement du droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne. Ainsi donc, deux jurisprudences relatives à l'égalité entre travailleurs féminins et masculins coexistent.

En matière de discrimination, Luxembourg et Strasbourg laissent toutes deux une marge d'appréciation aux États signataires, par exemple dans des matières économiques ou sociales. Nous constatons cependant que les juges de la Cour européenne se montrent parfois davantage progressistes que les juges de la Cour de justice, lesquels ont dans certains arrêts adopté des positions conservatrices. Les affaires *Sirdar* (12) et *Smith and Grady* (13) sont éloquentes. Ces affaires concernaient respectivement l'emploi des femmes dans les forces armées britanniques (Royal Marines) et la révocation des membres du personnel des mêmes forces armées en raison de leur homosexualité. Alors que le juge de la Cour de justice accepte, dans l'affaire *Sirdar*, l'argument plaidé par le gouvernement britannique selon lequel la politique d'exclusion des femmes de l'armée permet d'assurer l'efficacité au combat, le juge de la Cour européenne, dans l'affaire *Smith and Grady*, rejette l'argument. En révoquant des membres du personnel en raison de leur homosexualité, la Grande-Bretagne a commis une ingérence dans leur vie privée et enfreint l'article 8 de la Convention européenne.

## Conclusion (14)

Le droit de Luxembourg et la Cour de justice confèrent une importance incontestable au principe de l'égalité de traitement entre les travailleurs féminins et masculins.

Mais, en la matière, la jurisprudence de la Cour européenne doit également être envisagée par le praticien. Cette Cour européenne, imposante gardienne des droits fondamentaux de l'homme, interpelle quant à l'ingéniosité avec laquelle elle joue avec ses propres normes afin d'être compétente en matière de droits sociaux.

Ainsi donc, il s'agit pour les praticiens issus d'États membres des deux ordres juridiques de ne pas vivre dans un vase clos. La prise en compte et l'utilisation de l'un et l'autre système est de nature à renforcer la protection de l'égalité, et en particulier le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine social.

Pour un relevé des arrêts de la CJUE et de la CEDH dans le domaine évoqué ci-dessus, on consultera *Egalité entre travailleurs féminins et masculins – Documentation de base* (édition annuelle), Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, www.iefh.belgium.be.

(12) *C-273/97*, A.M. Sirdar c. The Army Board et Secretary of State for defence, *26 octobre 1999*, Rec. *1999, I, p. 7403.*

(13) Smith et Grady c. Royaume-Uni, *27 septembre 1999*, Chr. D. S., *2003, p. 300 et note J. Jacqmain.*

(14) *La CJUE a une petite sœur, la Cour de justice de l'Association européenne de libre-échange, elle aussi installée à Luxembourg. À travers le traité de l'Espace économique européen, cette juridiction surveille comment les États membres de l'AELE (actuellement, Norvège, Islande et Liechtenstein) appliquent la plus grande partie du droit de l'UE. Sa jurisprudence ne manque pas d'intérêt : www.eftacourt.lu.*

# D'*Odièvre* à *Godelli* : la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a-t-elle évolué ?

**Géraldine Mathieu, assistante en droit de la famille, Université de Namur**

***Il y a dix ans, dans le célèbre arrêt* Odièvre contre France *du 13 février 2003, la Cour européenne des droits de l'homme décernait, à 10 voix contre 7, un label de conventionalité à la législation française autorisant l'accouchement anonyme. Dans un arrêt* Godelli contre Italie *du 25 septembre 2012, la juridiction de Strasbourg pose cette fois un constat de violation de la Convention à propos de la législation italienne qui permet à une femme non mariée de ne pas reconnaître son enfant à la naissance. L'objectif de cette contribution est de tenter d'appréhender l'évolution de la position de la juridiction des droits de l'homme sur la question brûlante de l'accouchement secret.***

Cet exercice prend tout son sens dans un contexte de multiplication, en Europe, des «*boîtes à bébé*», mais aussi, dans le même temps, de revendication croissante d'un droit à connaître ses origines. Le débat sur l'accouchement anonyme n'est pas non plus étranger à celui sur la gestation pour autrui, tout aussi brûlant, l'anonymat étant susceptible de faciliter la maternité de substitution à des fins commerciales.

Dans cette perspective, le point de départ de notre raisonnement sera sans surprise une analyse rétrospective de l'arrêt *Odièvre* du 13 février 2003 [(1)] par lequel la France recevait il y a dix ans un label de conventionnalité. Nous nous livrerons dans un deuxième temps à un commentaire critique de l'arrêt *Godelli* du 25 septembre 2012 [(2)], qui constate cette fois une violation de la Convention. Dans un dernier point, nous tenterons de tirer les enseignements de l'analyse conjointe et approfondie de ces deux arrêts.

(1) *Cour eur. D.H., arrêt* Odièvre c. France, *13 février 2003, req. n° 42326/98. Références bibliographiques relatives au commentaire de l'arrêt à la fin de l'article.*

(2) *Cour eur. D.H., arrêt* Godelli c. Italie, *25 septembre 2012, req. n° 33783/09.*

## Quelques chiffres sur l'accès aux origines en France

Dans le dernier rapport d'activité du CNAOP, il est fait état, au 31 décembre 2011, de 584 demandes d'accès aux origines personnelles et de 592 dossiers clôturés pour l'année 2011, 278 (47 %) ont été clos provisoirement, 314 (53 %) définitivement. Sur l'année 2011, la première cause de clôture reste l'impossibilité d'identifier ou de localiser les parents de naissance (36,8 %) ; la deuxième cause est l'absence de secret constatée après l'ouverture du dossier (14,5 %) ; le troisième motif de clôture est le décès du ou des parents de naissance (12,9 %) ; le quatrième motif est le refus des parents de naissance de lever le secret de leur identité (11,9 %) ; enfin, la levée du secret devient le cinquième motif de clôture (11,15 %).

Le CNAOP note également une légère remontée du pourcentage de parents de naissance qui acceptent de lever le secret de leur identité. Au 31 décembre 2006, 53,7 % des parents contactés avaient accepté de lever le secret de leur identité. Au 31 décembre 2007, ce taux était tombé à 47,2 %. Au 31 janvier 2009, il était de 49,5 %. Il tombe à 46,5% au 31 décembre 2009 et à 40,3 % au 31 décembre 2010. Au cours de l'année 2011, 45,8 % des parents de naissance contactés ont accepté de lever le secret de leur identité. Globalement, près de la moitié des parents contactés dans le respect de leur vie privée et informés de la demande de la personne qu'ils ont mise au monde, acceptent que leur identité lui soit communiquée. Dans son rapport d'activité 2011, le CNAOP relève toutefois que les levées de secret spontanées restent peu nombreuses : 362 uniquement par des parents de naissance, dont 39 sur l'année 2011. Par ailleurs, 138 déclarations d'identité émanant d'ascendants, de descendants ou de collatéraux privilégiés des parents de naissance ont été enregistrées, dont 24 sur l'année 2011.

# 1. L'arrêt *Odièvre* du 13 février 2003

## *a) Le contexte factuel*

La requérante, née sous X à Paris le 23 mars 1965, est placée en famille d'accueil et adoptée à l'âge de quatre ans par Monsieur et Madame Odièvre. Arrivée à l'âge adulte, elle cherche à connaître ses origines. Ayant obtenu son dossier d'ancienne pupille du service de l'aide sociale à l'enfance, elle réussit à obtenir des éléments non identifiants concernant sa «*famille*» d'origine. Elle apprend ainsi que ses parents formaient un couple uni depuis 7 ans au moment de sa naissance et qu'elle a un frère ainsi qu'une demi-sœur. Elle apprend également que deux autres garçons sont nés de l'union de ses parents après 1965. Il lui est toutefois impossible d'obtenir la communication d'éléments identifiants, au motif qu'une telle communication porterait atteinte au secret de sa naissance. Pascale Odièvre décide alors de s'adresser à la juridiction des droits de l'homme en alléguant que le secret de sa naissance et l'impossibilité qui en résulte de connaître ses origines constitue une violation de ses droits garantis par l'article 8 de la Convention ainsi qu'une discrimination contraire à l'article 14.

## *b) Le cadre légal*

En vertu de l'article 326 du Code civil français, la mère peut, lors de l'accouchement, demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.

L'article 57, alinéa 1er, du même Code, dispose que si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet.

Enfin, l'article L 222-6 du Code de l'action sociale et des familles précise :

«*Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et, qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. À défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur.*

*Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du*

*département siège de l'établissement. Sur leur demande ou avec leur accord, les femmes mentionnées au premier alinéa bénéficient d'un accompagnement psychologique et social de la part du service de l'aide sociale à l'enfance. (...)».*

Lors de son recueil par le service social de l'aide à l'enfance, un procès-verbal est dressé qui déclare l'enfant pupille de l'État à titre provisoire. L'article 351 du Code civil précise que «*Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant*» [3]. La mère qui a demandé le secret (ainsi que le père, le cas échéant [4]) dispose ainsi d'un délai de deux mois à partir du recueil de l'enfant par le service d'aide sociale à l'enfance pour revenir sur sa décision et établir sa filiation. Passé ce délai de deux mois, il est admis à titre définitif en qualité de pupille de l'État et, de ce fait, il devient adoptable.

La réforme législative de 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État a réaffirmé la possibilité, pour une femme, d'accoucher dans le secret de son identité tout en favorisant la levée ultérieure de ce secret. Celle qui désire accoucher dans l'anonymat est ainsi désormais «***invitée** à laisser, **si elle l'accepte***», d'une part, des informations de nature non identifiantes, relatives à sa santé, à celle du père, aux origines de l'enfant, aux circonstances de sa naissance, d'autre part, sous pli fermé cette fois, son identité. Elle est également informée de ce qu'elle a la possibilité de lever à tout moment le secret de son identité, mais aussi de compléter les renseignements initialement donnés au moment de la naissance.

Parallèlement, la loi de 2002 a institué le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) [5]. Le CNAOP est une instance officielle compétente pour recevoir les demandes des personnes en recherche de leurs origines: il s'agit soit de pupilles de l'État [6], soit de personnes adoptées qui ne connaissent pas l'identité de leurs parents de naissance, ceux-ci ayant demandé la préservation du secret de leur identité lors de l'accouchement. Lorsqu'il est saisi d'une demande, le CNAOP s'adresse, en vue d'obtenir les informations dont il a besoin, soit au service départemental de l'aide sociale à l'enfance du lieu de naissance de l'enfant, soit à l'organisme privé d'adoption qui a recueilli celui-ci. Il peut arriver que le dossier détenu par le service départemental ou l'organisme d'adoption ne contienne pas de secret opposable à l'enfant : la mère n'a pas accouché sous X ou bien le secret de l'identité n'a pas été demandé. Dans ce cas, le CNAOP clôt le dossier après avoir renvoyé la personne auprès du service ou de l'organisme en possession de son dossier. Lorsque l'identité de la mère ne peut être établie, il arrive néanmoins que le dossier contienne des renseignements non identifiants sur celle-ci (âge, profession, état de santé, situation sociale…) qui permettent de reconstituer et d'offrir à l'enfant quelques racines de son histoire. Dans un certain nombre de situations, la recherche aboutit à la constatation du décès de la personne recherchée et la loi permet alors, en principe, de communiquer son identité au demandeur [7].

Lorsque la mère est retrouvée et localisée, le CNAOP doit s'assurer qu'elle consent à la levée du secret avant de communiquer les informations au demandeur. Deux cas de figure sont alors possibles. Soit la mère d'origine consent à la levée du secret: après avoir communiqué les identités respectives aux parties, le dossier est clos définitivement. Soit, après avoir été informé de la démarche entreprise par l'enfant, elle refuse de lever le secret : dans ce cas, le rôle du CNAOP s'arrête, sous réserve de ce qu'il est tenu légalement de poser la question du maintien ou non de ce refus en cas de décès. Dans l'hypothèse où la mère consent à la communication de son identité, elle n'est néanmoins pas tenue d'accepter une rencontre avec l'enfant, que celle-ci soit physique ou non (échange de courriers ou de conversations téléphoniques). Qu'il s'agisse d'informer l'enfant du refus de consentement ou de l'aider à prendre contact avec la personne retrouvée après s'être assuré que celle-ci est consentante, le Conseil *peut* proposer un accompagnement psychologique et social aux personnes concernées.

Le CNAOP est également compétent pour recevoir en parallèle les déclarations du ou des parents

(3) *Le placement en vue de l'adoption fait obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine et fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance (art. 352 du Code civil).*

(4) *On notera qu'à l'inverse du droit belge, le droit français ne soumet la reconnaissance paternelle à aucune exigence de consentement. L'article 57-1 du Code civil exige simplement que l'officier de l'état civil avise l'autre parent à l'égard duquel la filiation est établie par lettre recommandée. La filiation pourra toutefois être contestée, aux conditions prévues par les articles 332 et s. du Code civil, et notamment par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi (art. 336 du Code civil).*

(5) *Voyez les articles L 147-1 à L 147-11 du CASF et les sites www.cnaop.gouv.fr ; www.solidarite.gouv.fr ; www.agence-adoption.fr.*

(6) *En France, un pupille de l'État est un mineur confié à un service de l'aide sociale à l'enfance, juridiquement adoptable, à l'égard duquel l'autorité parentale est exercée par un Conseil de famille. Pour plus de détails sur la notion de pupille de l'État, voy. P. Salvage-Gerest, «Présentation, évolution et perspectives de l'adoption»,* in Droit de la famille, *Murat, P. (dir.), Paris, Dalloz, 2008-2009, pp. 634 et s.*

(7) *Pour autant que la personne n'ait pas exprimé de volonté contraire à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant (art. 147-6 CASF).*

d'origine [8] autorisant la levée du secret relatif à leur identité, mais cette information ne sera divulguée à l'enfant que si celui-ci entreprend des démarches pour y accéder. La mère ou le père de naissance peuvent à tout moment s'adresser au CNAOP pour s'enquérir de leur recherche éventuelle par l'enfant.

On précisera enfin, concernant la mission du CNAOP, que celle-ci se limite à la communication des éléments que le parent de naissance a accepté de dévoiler et n'implique aucunement une intervention en tant que «*médiateur- intermédiaire*» auprès du parent qui ne souhaiterait pas lever son identité. Ceci est encore rappelé dans le rapport d'audit du fonctionnement du CNAOP rendu public en juillet 2011 : «*Le CNAOP a la mission de rechercher les mères ou les pères de naissance qui ont demandé le secret de leur identité et, s'ils peuvent être identifiés, de les informer de cette démarche et recueillir leur volonté d'accepter ou de refuser de lever le secret de leur identité*» [9].

La réforme de 2002 et la création du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles avait pour objectif de concilier le droit des enfants nés sous X désireux d'accéder à leurs origines, et le droit des parents de naissance de garder leur identité secrète. Au final, on retiendra qu'en l'état actuel de la législation française, et contrairement à ce que le titre spécieux de la loi de 2002 permettait d'augurer (loi «*relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État*»), aucun équilibre entre le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et le droit des parents d'origine de maintenir le secret n'est atteint. En effet, ces derniers gardent la possibilité de refuser toute communication d'informations à l'enfant et ce droit de veto est absolu. On n'aperçoit pas comment le législateur peut se targuer d'avoir voulu permettre aux enfants d'accéder à leurs origines s'il continue à permettre aux mères de ne laisser aucune trace de cette origine. Dans ce contexte, nous partageons la perplexité de Vincent Bonnet au sujet de l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en 2003 : «*Certains ont pu supposer que c'était grâce à l'adoption de la loi du 22 janvier 2002 que la France avait échappé à une condamnation. Il serait presque plus juste de dire que la France a échappé à la condamnation en dépit de la loi du 22 janvier 2002. Et l'on s'interrogera vainement longtemps encore pour savoir ce qui a poussé les juges de Strasbourg, du moins 10 contre 7, à sauver le système français tel qu'il existe, au lieu, par exemple, de revenir à l'exigence qui était celle de la Cour dans l'arrêt* Gaskin *relative à l'instauration d'une institution qui aurait le pouvoir de passer outre au refus de la mère pour révéler son identité à l'enfant. C'est sans doute encore un secret*» [10].

## c) L'arrêt du 13 février 2003

C'est sous l'angle du droit au respect de la vie privée et non de la vie familiale que la Cour entreprend l'examen de l'affaire *Odièvre*. Elle relève à cet égard que la requérante ne demande pas de remettre en cause l'existence de sa filiation adoptive, mais de connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon, en ce compris l'identité de ses parents biologiques et de ses frères. Se référant à ses arrêts *Gaskin* [11] et *Mikulic* [12], la Cour rappelle que «*l'article 8 protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel*» et qu'à cet épanouissement contribuent «*l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple, l'identité de ses géniteurs (*Mikulic c. Croatie, *n° 53176/99, §§ 54 et 64). La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, puis de l'adulte, garantie par l'article 8 de la Convention qui trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce*».

La Cour note toutefois que les situations de M. Gaskin et de Mlle Mikuliæ étaient différentes de celle de Mme Odièvre, la question de l'accès à ses origines et de la connaissance de l'identité de ses parents biologiques n'étant pas de même nature, affirme la Cour, que celle de l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge (situation de M. Gaskin) ou celle de la recherche des preuves d'une paternité alléguée (situation de Mlle Mikuliæ).

La Cour rappelle ensuite que sur la base de l'article 8, les personnes «*ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à*

---

*(8) Les ascendants, descendants ou collatéraux privilégiés du père ou de la mère de naissance peuvent également effectuer pareille déclaration d'identité (art. L 147-2, 2°, CASF).*

*(9) Inspection générale des affaires sociales, Rapport d'audit du fonctionnement du CNAOP, juillet 2011, § 49, http://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/RAPPORT_IGAS-2.pdf. Ce rapport a été demandé à l'Inspection générale des affaires sociales par le Gouvernement dans un contexte de critiques foisonnantes à l'égard du fonctionnement du CNAOP :* «un système hyper centralisé, trop administratif, peu de résultats, et même des portes définitivement fermées après des interventions intempestives». *Voy. à propos de ce rapport : P. Verdier, «Peut-on réformer le CNAOP ?»,* JDJ *n°308 (France), octobre 2011, pp. 6 et 7.*

*(10) V. Bonnet, «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. trim. dr. h., *2004, p. 421.*

*(11) Cour eur. D. H., arrêt* Gaskin c. Royaume-Uni, *7 juillet 1989, req. n° 10454/83. C'est dans l'arrêt Gaskin contre Royaume-Uni que la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée pour la première fois à se prononcer sur l'importance que peut revêtir, pour la construction identitaire d'un individu, l'accès aux informations relatives à son enfance. La question ne portait pas ici sur le secret de l'identité des parents de naissance, mais sur l'accès d'un individu à des informations relatives à l'histoire de son enfance consignées dans un dossier confidentiel.*

*(12) Cour eur. D. H., arrêt* Mikulic c. Croatie, *7 février 2002, req. n° 53176/99. Dans cette affaire, la requérante, une enfant de cinq ans née hors mariage, se plaignait de la lenteur d'une procédure engagée avec sa mère en recherche de paternité et de l'inexistence en droit croate de mesures procédurales permettant aux tribunaux de contraindre le père prétendu à se soumettre à un test d'ADN ordonné par le juge.*

*comprendre leur enfance et leurs années de formation*». Dans la mesure où l'article 8 vise *toute personne*, la Cour va considérer qu'il y a lieu de mettre en balance, d'une part, le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive du champ d'application de la notion de vie privée, d'autre part, le droit à la vie privée d'autres personnes, celui de la mère «*naturelle*» tout d'abord. La Cour note à cet égard «*qu'on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. […] La Cour se trouve en l'espèce en présence de deux intérêts privés difficilement conciliables, qui touchent d'ailleurs non une adulte et une enfant, mais deux adultes jouissant chacune de l'autonomie de sa volonté*». L'arrêt évoque ensuite le droit des tiers, essentiellement celui des parents adoptifs, celui du père ou des autres membres de la famille biologique. La Cour souligne à cet égard que la requérante est aujourd'hui âgée de trente-huit ans, qu'elle a été adoptée dès l'âge de quatre ans et que la levée non consensuelle du secret de sa naissance pourrait comporter des risques non négligeables, non seulement pour sa mère elle-même, mais aussi pour sa famille adoptive qui l'a élevée, pour son père et pour sa fratrie biologique, qui tous ont également droit au respect de leur vie privée et familiale.

Outre les intérêts particuliers en cause, la Cour relève des intérêts plus généraux susceptibles de justifier le système français, tels le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, d'éviter des avortements clandestins ou encore des abandons sauvages. Selon la juridiction strasbourgeoise, le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français.

La Cour poursuit son analyse en rappelant que le choix des mesures propres à garantir l'observation de l'article 8 dans les rapports interindividuels relève en principe de la marge d'appréciation des États contractants, qu'il existe à cet égard différentes manières d'assurer le respect de la vie privée et que «*la nature de l'obligation de l'État dépend de l'aspect de la vie privée qui se trouve en cause*». À cet égard, elle reconnaît que les États contractants ne connaissent pas, pour la plupart d'entre eux, de législations comparables à celle de la France, à tout le moins en ce qui concerne l'impossibilité absolue d'établir un lien de filiation à l'égard de sa mère biologique dans le cas où celle-ci persiste à maintenir le secret de son identité vis-à-vis de l'enfant qu'elle a mis au monde. La Cour note cependant que certains États ne prévoient pas l'obligation de déclarer le nom des parents biologiques lors de la naissance et que des pratiques d'abandon sont avérées dans plusieurs autres, engendrant de nouveaux débats sur l'accouchement anonyme. Elle en déduit que face à la diversité des systèmes et des traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction.

La Cour constate par ailleurs que la requérante a pu avoir accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique, lui permettant d'établir «*quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers*». Elle souligne enfin que la requérante pourra à l'avenir tirer bénéfice de la réforme législative de 2002, qui, si elle ne remet pas en cause le droit de la mère de conserver l'anonymat, est censée faciliter la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, dont l'intermédiation doit favoriser la levée consensuelle du secret.

Pour la Cour, la législation française a ainsi tenté d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause, de sorte que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs.

## *d) L'opinion dissidente commune*

L'arrêt de la Grande chambre a été rendu par dix voix contre sept. La minorité a rédigé une opinion dissidente commune.

### 1. Quant à la marge d'appréciation reconnue à l'État français

L'ampleur de la marge d'appréciation d'un État dans le choix des mesures propres à garantir le respect de l'article 8 dans les rapports interindividuels, dépend non seulement du ou des droits concernés, mais également, au sein de chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. Alors que certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit, d'autres, au contraire, de par leur nature, se rattachent au noyau dur de celui-ci. Pour l'opinion dissidente, il ne faisait aucun doute que le droit à l'identité, «*comme condition essentielle du droit à l'autonomie (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et à l'épanouissement (*Bensaid c. Royaume-Uni*, n°*

*44599/98, § 47, CEDH 2001-I)*» faisait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée. Dans ce contexte, un examen d'autant plus soutenu s'imposait pour peser les intérêts en présence.

En ce qui concerne la prétendue absence de dénominateur commun aux différents droits internes, qui laisserait précisément à l'État une certaine marge d'appréciation, l'opinion dissidente est totalement justifiée, dans la mesure où l'analyse de droit comparé à laquelle la Cour s'est livrée démontrait exactement le contraire. D'un côté, celle-ci constate que «*La maternité secrète est peu connue des législations internes européennes puisque seuls l'Italie et le Luxembourg n'imposent pas légalement aux parents biologiques de faire enregistrer un nouveau-né ou de déclarer leur identité lors de son enregistrement*». D'un autre côté, en ce qui concerne l'évolution qui se dessine dans certains pays, la Cour observe : «*on assiste ces dernières années dans certains pays à une évolution vers une acceptation, sinon de l'accouchement sous X, du moins d'un accouchement dans la discrétion»,* et de citer l'exemple de la Belgique *«où le débat est ouvert compte tenu notamment du nombre de femmes passant la frontière pour aller accoucher en France dans l'anonymat*». La Cour se réfère également à l'émergence des «*boîtes à bébés*» en Allemagne au début des années 2000.

Le fait d'avoir ouvert le débat, ou le fait de tolérer certaines pratiques qui, même si elles sont largement médiatisées, n'en restent pas moins marginales, ne semble toutefois pas pouvoir être assimilée à l'émergence d'une acceptation de cette pratique. En réalité, il apparaissait clairement de l'étude de droit comparé **qu'aucun autre système législatif ne connaissait un régime aussi poussé d'anonymat de la maternité, tel qu'il est formalisé et institutionnalisé en France**. Au contraire, la reconnaissance du droit à connaître ses origines était déjà amorcée dans d'autres pays. L'opinion dissidente relève ainsi qu'en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale, par un arrêt du 31 janvier 1989, a érigé en droit fondamental de la personnalité celui de toute personne de connaître ses origines, en se fondant sur le droit général à la dignité et au libre épanouissement [13] ; qu'en Suisse, la Constitution fédérale reconnaît, depuis 1992, le droit de chacun de connaître ses origines [14]; qu'aux Pays-Bas, la Cour suprême, dans son arrêt *Valkenhorst* du 15 avril 1994 [15], a reconnu à l'enfant le droit général à sa personnalité, qui comprend le droit de connaître l'identité de ses parents biologiques et a ouvert la voie à une pesée des intérêts en présence.

L'opinion dissidente rappelait enfin que l'absence prétendue de consensus était encore contredite par les différents instruments internationaux veillant précisément à assurer un équilibre entre les droits en présence : l'article 7 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, qui dispose que l'enfant a dès sa naissance «*dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents*»; l'article 30 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ratifiée par la France, qui prévoit que les autorités compétentes de l'État contractant veillent à conserver les informations qu'elles détiennent sur les origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille et assurent l'accès de l'enfant ou de son représentant à ces informations avec les conseils appropriés, dans la mesure permise par la loi de leur État; la Recommandation 1443 (2000) du 26 janvier 2000 «*Pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale*», qui invite les États «*à assurer le droit de l'enfant adopté de connaître ses origines au plus tard à sa majorité et à éliminer de leurs législations nationales toute disposition contraire*» [16].

En réalité, il existait bien – et il existe toujours – une communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe parmi lesquels la France faisait – et fait toujours – figure d'exception. Les juges majoritaires ont tenté d'occulter cette spécificité «*en ne distinguant pas entre droit au secret et secret de fait, en rapprochant abusivement le droit positif français de simples pratiques illégales, en assimilant à tort anonymat et confidentialité alors que l'accouchement confidentiel se caractérise par le fait que le secret promis à la mère n'est pas opposable à l'enfant*» [17].

Sir Nicolas Bratza, actuel président de la Cour européenne des droits de l'homme, écrivait récemment à propos de l'opinion dissidente à laquelle il s'était rallié à l'époque : «*Un analyse du droit comparé nous a démontré que le système d'anonymat de la maternité, tel qu'il existe en France, était le plus poussé alors, qu'à l'inverse, le droit de 'connaître' l'identité de ses parents est reconnu dans d'autres pays. […] Pour nous, l'arrêt, en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques pour encadrer la marge d'appréciation et valider ainsi le droit absolu de la mère de garder secrète*

(13) *BVerfG, 31 janv. 1989,* FamRZ, *1989, pp. 255 et s.*

(14) *L'article 119, alinéa 2,* littera g, *de la Constitution fédérale mentionne que «*toute personne a accès aux données relatives à son ascendance*».*

(15) *Hoge Raad, 15 Avril 1994,* N.J., *1994, p. 608.*

(16) *Recommandation 1443 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale adoptée par l'Assemblée le 26 janvier 2000, disponible sur http://assembly.coe.int/*

(17) *O. Roy, «Le droit de connaître l'identité de ses parents de naissance : un droit protégé par la Convention européenne…si la mère le veut bien», in* Le droit à la connaissance de son origine. Un an après la loi «Royal» du 22 janvier 2002, *Paris, Colloque organisé par la CADCO et la* Revue d'action juridique et sociale *(Journal du droit des jeunes) le 15 septembre 2003, www.cadco.asso.fr/colloque/2003odileroy.htm, p. 4.*

*son identité, prenait l'argument du consensus européen à rebours et le vidait complètement de sa substance. Au lieu de développer les droits garantis par la Convention, il aboutissait à les limiter*» [18].

## 2. Quant à la juste pondération des intérêts en présence

Concernant ensuite la «*juste*» pondération des intérêts en présence, nous rejoignons ici aussi l'opinion dissidente selon laquelle la Cour n'a pas réussi, dans les circonstances de l'espèce, à ménager un juste équilibre, dans la mesure où elle fait primer de manière absolue le droit de la mère sur le droit de l'enfant : «*La loi accepte, comme un obstacle absolu à toute recherche d'information entreprise par la requérante, la décision de la mère, quelle que soit la raison ou la légitimité de cette décision. En toute circonstance et de manière irréversible, le refus de la mère s'impose à l'enfant qui ne dispose d'aucun moyen juridique de combattre la volonté unilatérale de celle-ci. La mère dispose ainsi d'un droit purement discrétionnaire de mettre au monde un enfant en souffrance et de le condamner, pour toute sa vie, à l'ignorance. Il ne s'agit donc en aucune manière d'un système mixte assurant un quelconque équilibre entre les droits en présence. Le 'droit de veto' pur et simple reconnu à la mère entraîne pour effet que les droits de l'enfant, reconnus dans l'économie générale de la Convention (arrêts* Johansen c. Norvège, *7 août 1996,* Recueil des arrêts et décisions *1996-III;* Kutzner c. Allemagne, *n° 46544/99, CEDH 2002-I), sont entièrement négligés, oubliés. En outre, la mère peut aussi, de la même manière, paralyser les droits des tiers, notamment ceux du père biologique ou des frères et sœurs, qui peuvent eux aussi être privés des droits garantis par l'article 8 de la Convention*».

Les sept juges de l'opinion dissidente n'étaient par ailleurs pas convaincus par la distinction opérée par la majorité entre la situation à laquelle était confrontée la requérante (accès à l'identité de ses parents biologiques) et celle de M. Gaskin (accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge par l'assistance publique) ou de Mlle Mikulic (recherche des preuves d'une paternité alléguée) : «*La distinction établie par la majorité entre les trois affaires ne nous paraît pas convaincante. Elle nous paraît encore moins être de nature à justifier que la Cour parvienne, en l'espèce, à une conclusion différente. En particulier, affirmer que l'affaire* Gaskin *ne concernait que l'accès à des informations contenues dans un dossier de prise en charge nous paraît sous-estimer considérablement la portée de l'enjeu, puisque la Cour a dit dans cet arrêt que le dossier contenait 'des précisions sur des aspects éminemment personnels de l'enfance, de l'évolution et des antécédents du requérant' et pouvait représenter 'sa principale source d'information sur son passé et ses années de formation' (arrêt* Gaskin *précité, p. 15, § 36). De surcroît, même si les circonstances de l'espèce peuvent passer pour distinctes de celles des affaires antérieures, l'intérêt de la présente requérante à connaître ses origines nous paraît être au moins aussi fort, et peut-être même plus fort, que ceux précédemment examinés par la Cour et exiger qu'un grand poids lui soit en conséquence accordé lors de l'exercice de mise en balance des intérêts concurrents*».

La minorité estimait que dans la voie de la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence, l'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni*, consistant à confier à un organe indépendant le pouvoir d'apprécier, *in concreto*, les différents intérêts en présence avant de prendre une décision finale, était pertinente et eut dû s'appliquer par analogie à la situation de la requérante. Le maintien de l'accouchement sous X en France eût dès lors requis la mise en place d'un organe indépendant «*amené à décider, au terme d'un débat contradictoire et sur la base de tous les éléments de fait et de droit de l'affaire, si l'accès à l'information peut ou ne peut pas être donné, éventuellement à certaines conditions ou selon certaines modalités*».

Et l'opinion dissidente de conclure que «*Dans la situation présente, en l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts concurrents, une préférence aveugle est inévitablement donnée aux seuls intérêts de la mère. Sans une pesée des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vu opposer un refus absolu et définitif. Or, la loi de 2002 n'a pas prévu que le Conseil national (ni aucun autre organe indépendant) puisse prendre une décision finale sur la levée du secret, au vu des intérêts en cause, dans l'hypothèse où la mère persiste dans son attitude de refus, privant ainsi définitivement l'enfant de son droit de connaître sa famille de naissance. Le déséquilibre initial est maintenu dans la mesure où le droit d'accès aux origines personnelles reste, en dernière instance, subordonné à la décision unique de la mère. En outre, tout en observant que la loi nouvelle est postérieure de quatre ans à l'introduction de la requête devant la Commission (paragraphe 23 de l'arrêt) et que la requérante est aujourd'hui âgée de trente-huit ans (paragraphe 44 de l'arrêt), la majorité ne prend pas en compte la situation de celle-ci avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002 et de l'impossibilité*

(18) N. Bratza, «Aux côtés de Françoise Tulkens», J.T., 22 septembre 2012, p. 591.

*qui existait pour elle, jusqu'à ce moment, de formuler quelque demande que ce soit (voir,* mutatis mutandis, *arrêt* M.G. c. Royaume-Uni *précité, § 31) […] la législation française n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, ménagé un juste équilibre entre les intérêts en cause (paragraphe 49 de l'arrêt* in fine*) et que l'article 8 de la Convention a été violé*».

Eu égard aux considérations qui précèdent, on comprendra aisément que l'arrêt *Odièvre* ait à l'époque surpris et déçu plus d'un commentateur. L'arrêt *Gaskin* posait clairement l'exigence de l'institution d'une autorité indépendante amenée à prendre une décision finale relativement à l'opportunité de révéler ou non des informations relatives aux origines des requérants, tandis que l'arrêt *Mikulic*, prononcé un an auparavant, posait la même exigence procédurale pour statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité lorsque le père présumé refusait de se plier à l'injonction d'un tribunal de subir des tests ADN. Si la loi française de 2002 mettait certes en place une institution (le CNAOP), celle-ci ne s'était vu octroyer qu'un pouvoir se limitant à *contacter* le parent d'origine, sans aucune marge de manœuvre et, *a fortiori,* sans aucune compétence de décision. Comment dès lors comprendre une légitimation par la Cour d'un prétendu équilibre entre des intérêts concurrents, alors même que la mère seule détient la clef de l'accès de l'enfant à ses origines?

Dans ce contexte, il était évidemment permis de s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à propos de l'accouchement dans le secret : allait-elle rester clichée ou la Cour allait-elle revenir à l'exigence qui était la sienne dans l'arrêt *Gaskin*, relative à l'instauration d'une institution qui aurait le pouvoir de passer outre le refus de la mère de lever le secret de son identité?

Il aura fallu attendre plus de neuf ans pour que la Cour européenne des droits de l'homme soit à nouveau saisie de la question de la légitimité de l'accouchement anonyme.

## 2. L'arrêt *Godelli* du 25 septembre 2012

Dans l'arrêt prononcé le 25 septembre 2012, la Cour européenne des droits de l'homme condamne cette fois l'Italie au motif que la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander *soit* la réversibilité du secret, *soit* à tout le moins l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines.

### *a) Le contexte factuel*

Dans cette affaire, la requérante, Antonella Godelli, ressortissante italienne née en 1943 à Trieste, se plaignait de ne pas pouvoir obtenir la communication d'informations sur sa mère et sa famille biologique et de l'impossibilité de connaître son histoire personnelle. Abandonnée par sa mère à la naissance, la requérante avait été placée dans un orphelinat avant d'être adoptée par les époux Godelli. À l'âge de 10 ans, quand elle apprit que ceux-ci n'étaient pas ses parents biologiques, elle les interrogea sur ses origines, mais n'obtint aucune réponse. Elle apprit par la suite qu'une petite fille était née et avait été abandonnée dans le village le même jour qu'elle et que cette dernière avait ensuite été adoptée par une autre famille vivant dans le même village. Elle soupçonnait qu'il s'agissait de sa jumelle, mais les parents adoptifs des deux fillettes avaient toujours empêché les contacts entre elles.

Avant de poursuivre plus avant dans l'analyse de l'arrêt, il convient de s'arrêter quelques instants sur les dispositions italiennes pertinentes en matière de filiation et d'adoption, de manière à mieux cerner les réels enjeux du constat de la violation de l'article 8 de la Convention.

### *b) Le cadre légal*

Le droit italien distingue encore la filiation naturelle - celle de l'enfant dont les parents ne sont pas mariés ensemble - et la filiation légitime [19]. Dans le premier cas, la mention du nom de la mère et du père dans l'acte de naissance ne suffit pas à établir la filiation. Son établissement requiert un acte volontaire : la reconnaissance de l'enfant. Cet acte doit être accompli tant par la mère que par le père, conjointement ou séparément [20]. La mère peut garder l'anonymat, ce qui n'empêchera toutefois pas l'enfant qui apprendrait son identité d'agir par voie judiciaire pour tenter de faire établir sa filiation [21]. La mère qui souhaite taire son identité doit le demander à l'hôpital lors de l'accouchement. Un dossier médical comportant des informations de nature exclusivement médicale sur la mère et l'enfant est constitué. Seul le médecin traitant de l'enfant peut y avoir accès sur autorisation du tuteur de l'enfant.

L'article 28 de la loi du 4 mai 1983 relative à l'adoption consacre le secret des origines, sauf autorisation judiciaire expresse. Lorsque le jugement d'adoption est prononcé, il est transmis par le greffier aux services de l'état civil en vue de sa transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Les copies des actes d'état civil relatives à l'adopté ne peuvent être délivrées qu'avec la seule indication du nouveau nom, sans qu'il soit fait mention de la paternité ou de la maternité d'ori-

(19) *Pour plus de détails, voy. G. Mathieu, «Naître parent – Commentaire de l'arrêt* Todorova c. Italie *du 13 janvier 2009»,* JDJ, *septembre 2009, pp. 30 et s.*

(20) *Art. 250 et s. du Code civil italien.*

(21) *Voy. les articles 269 et s. du Code civil italien.*

gine ni de la mention marginale de l'adoption. L'officier de l'état civil ne peut déroger à cette règle que moyennant une autorisation expresse du tribunal. Dès qu'il atteint l'âge de 25 ans, ou 18 ans s'il existe des motifs graves avérés concernant sa santé physique et mentale et moyennant l'autorisation du tribunal des enfants, l'adopté peut accéder aux informations sur ses origines et obtenir l'identité de ses parents de naissance. Les informations relatives à l'identité des parents de naissance de l'enfant peuvent également être communiquées aux parents adoptifs, avec l'autorisation du tribunal des enfants, moyennant la preuve de l'existence de motifs graves (*gravi e comprovati motivi*). Le tribunal doit vérifier que la communication de l'information est précédée et accompagnée par une préparation et un soutien adéquat de l'enfant. Les informations relatives à l'identité des parents biologiques de la personne adoptée peuvent également être transmises à un établissement hospitalier (*al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario)* s'il existe un danger grave et imminent pour la santé de l'enfant. L'alinéa 7 de l'article 28 empêche toutefois la divulgation de l'identité de la mère si celle-ci a décidé de garder l'anonymat dans la déclaration de naissance. Passé un délai de cent ans, l'accès à l'acte de naissance devient toutefois possible.

Par un arrêt du 16 novembre 2005 [22], la Cour constitutionnelle a jugé que l'impossibilité pour l'adopté d'accéder aux informations concernant ses origines sur le fondement de l'alinéa 7 de l'article 28 de la loi du 4 mai 1983, sans que soit au préalable vérifié la persistance de la volonté de la mère à maintenir le secret, était compatible avec la Constitution au motif que l'objectif poursuivi de protéger tant la mère, en lui permettant d'accoucher dans de bonnes conditions, que l'enfant, en empêchant la mère de prendre des décisions irréparables, ne serait pas atteint si celle-ci pouvait craindre d'être un jour appelée par l'autorité judiciaire pour confirmer ou révoquer sa décision.

Malgré la décision de la Cour constitutionnelle, un premier projet de loi relatif à l'accès aux origines personnelles a été déposé en 2008 au Parlement italien [23]. Ce projet, mentionné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Godelli*, vise à permettre la réversibilité du secret sans toutefois remettre en cause les conséquences juridiques de la décision initialement prise par la femme. La levée du secret serait dès lors subordonnée à l'accord exprès de la mère et de l'enfant. La demande ne pourrait toutefois être formée par l'enfant qu'à partir de ses 25 ans, comme c'est le cas actuellement pour l'adopté dont la mère n'a pas demandé le secret de la naissance.

Un second projet, non mentionné par la Cour cette fois, a été déposé le 11 novembre 2009 [24]. Il franchit un pas de plus en ce qu'il prévoit, pour les adoptés dont la mère n'a pas demandé le secret lors de la naissance, que l'accès aux informations relatives à l'identité des parents de naissance ne doit plus faire l'objet d'une autorisation judiciaire. Pour les enfants dont la mère a demandé le secret, le consentement de la mère resterait exigé jusqu'à ce que l'adopté ait atteint l'âge de 40 ans. Au-delà, il pourrait être passé outre le refus de consentement de la mère.

À l'heure actuelle, aucun de ces deux projets n'a encore abouti.

## c) L'arrêt du 25 septembre 2012

C'est précisément sur le fondement de l'alinéa 7 de l'article 28 de la loi de 1983 que la requérante s'était vue refuser l'accès aux informations concernant ses origines à la suite d'un parcours administratif et judicaire interne. Madame Godelli reprochait au législateur, dans la mise en balance de deux intérêts, d'avoir donné la préférence absolue à celui de la mère sans possibilité aucune pour la requérante de demander, comme en droit français, la réversibilité du secret sur l'identité de la mère sous réserve de l'accord de celle-ci. À l'appui de son argumentation, elle invoquait les textes internationaux expressément cités par l'opinion dissidente dans l'arrêt *Odièvre contre France.*

La Cour procède à une analyse de droit comparé sur la question du secret des origines dans les autres États membres du Conseil de l'Europe. Elle relève qu'au sein de celui-ci «*l'accouchement sous X ou dans l'anonymat apparaît minoritaire sans être pour autant exceptionnel. À côté de la France dont le droit positif prévoit depuis de nombreuses années l'accouchement sous X, des législations, relativement récentes car édictées au cours de la dernière*

(22) *C.C., 16 novembre 2005, n° 425/2005*, Gazz. Uff. *30/11/2005, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle : http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do*

(23) *Proposition d'intiative des députés Zinzi, Vietti, Naro, Cera, Nunzio Francesco Testa, Pisacane,* Modifica all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di accesso dell'adottato alle informazioni che lo riguardano*, du 12 novembre 2008, disponible via*

*http://www.adoptio.it/progetti_di_legge_.html.*

(24) *Proposition d'initiative du député PANIZ,* Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di accesso dell'adottato alle informazioni sulla propria origine e sull'identità dei genitori biologici, *Chambre des députés, 167ème législature, doc. 2919,*

*http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0032280.pdf . Voyez également l'article paru dans* Affaritalini, *le 12 février 2010 : «Adozioni, la Camera studia una proposta di legge per l'accesso alle informazioni sui genitori biologici», http://affaritaliani.libero.it/sociale/adozioni120210.html?refresh_ce*

*décennie, organisent la naissance d'enfants dans ces conditions (Autriche, Luxembourg, Russie, Slovaquie)*». Elle précise que l'accouchement sous X tel qu'il existe en France tend à se rapprocher de l'accouchement dans le secret dans la mesure où «*la confidentialité quant aux données nominatives sur la mère biologique est alors temporaire, et non définitive, puisque l'accès à ces informations est différé dans le temps*». La Cour admet que si l'absence de mention du nom de la mère et du père est parfois prévue par la loi, cette hypothèse reste rarissime, puisqu'uniquement autorisée en France, en Italie ainsi qu'au Luxembourg. Elle poursuit en soulignant que la pratique de l'abandon d'enfant perdure néanmoins sous de nouvelles formes : les «*fenêtres*» ou «*boîtes à bébé*».

L'applicabilité de l'article 8 aux faits de l'espèce est reconnue sans surprise par la Cour, conformément à sa jurisprudence désormais constante selon laquelle le droit de connaître son ascendance entre dans le champ d'application de la notion de vie privée, qui englobe des aspects importants de l'identité personnelle, dont l'identité des géniteurs fait partie [(25)]. Tout comme dans l'affaire *Odièvre*, la Cour relève que la quête de la requérante n'est pas de remettre en cause l'existence de sa filiation adoptive, mais de connaître les circonstances de sa naissance et de son abandon, englobant la connaissance de l'identité de ses parents biologiques.

La Cour opère également, comme en 2003, une distinction dans les différentes quêtes identitaires : «*La Cour rappelle avoir déjà souligné (*Odièvre*, précitée § 43) que la question de l'accès à ses origines et de la connaissance de l'identité de ses parents biologiques n'est pas de même nature que celle de l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge ou celle de la recherche des preuves d'une paternité alléguée. La Cour se trouve, en effet, dans le cas d'espèce en présence d'une personne dotée d'une filiation adoptive qui recherche une autre personne, sa mère biologique, qui l'a abandonnée dès sa naissance et qui a expressément demandé le secret de celle-ci*».

À l'instar de Madame Odièvre, la requérante reprochait à l'État défendeur de ne pas avoir assuré le respect de sa vie privée par son système juridique «*lequel fait obstacle, de manière absolue, à l'action en recherche de maternité lorsque la mère biologique a demandé le secret et qui, surtout, ne permet pas la communication de données non identifiantes sur celle-ci, ni par l'intermédiaire des services d'aide sociale à l'enfance ni par celui d'un autre organisme qui lui donnerait accès à ces renseignements*»

Au cœur du conflit dont était saisi la Cour se trouvaient deux prétentions opposées soulevées toutes deux sous l'angle du droit au respect de la vie privée : «*D'un côté, il y a le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans la notion de vie privée (voir § 45 ci-dessus). L'intérêt vital de l'enfant dans son épanouissement est également largement reconnu dans l'économie générale de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts* Johansen c. Norvège*, 7 août 1996, § 78, Recueil 1996-III, Mikulic précité, § 64, ou* Kutzner c. Allemagne*, n° 46544/99, § 66, CEDH 2002-I). De l'autre, on ne saurait dénier l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées*». À la mention de la recherche de cet équilibre, la Cour ajoute celle de «*l'intérêt général […] dans la mesure où la loi italienne s'inscrit dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement et d'éviter des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'*». Elle n'évoque toutefois plus l'intérêt des tiers.

La Cour rappelle que l'obligation de ménager un juste équilibre dans la pondération des droits et intérêts concurrents incombe en premier lieu aux États qui disposent pour ce faire d'une marge d'appréciation, enserrée néanmoins dans des limites conventionnelles, et que cette marge d'appréciation dans le choix des mesures propres à garantir le respect de l'article 8 de la Convention dans les rapports interindividuels dépend non seulement du ou des droits concernés, mais également, pour chaque droit, de la nature même de ce qui est en cause. À cet égard, les juges européens reconnaissent expressément que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée, ce qui justifie un examen d'autant plus approfondi pour peser les intérêts concurrents et cette précision revêt son importance, dans la mesure où elle était absente du raisonnement de la Cour en 2003.

Deux arguments clés vont être mis en exergue par la Cour pour justifier un verdict de violation là où elle avait abouti à la conclusion inverse dans l'affaire *Odièvre*.

Tout d'abord, la Cour observe que contrairement à la situation de Madame Odièvre, la requérante n'avait eu accès à *aucune* information sur sa mère et sa famille biologique qui lui aurait permis «*d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles*».

Les juges européens relèvent ensuite qu'à la différence du système français, la législation italienne ne permet pas la réversibilité du secret, de sorte qu'elle ne tente pas de ménager un quelconque équilibre entre

(25) *Voy. Cour eur. D.H., arrêt* Pascaud c. France*, 16 juin 2011, req. n° 19535/08 ; Cour eur. D.H., arrêt* Jäggi c. Suisse*, 13 juillet 2006, req. n° 58757/00 ; Cour eur. D.H., arrêt* Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n° 42326/98 ; Cour eur. D. H., arrêt* Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, req. n° 53176/99.*




les droits et les intérêts concurrents en cause : «*En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière*».

Se référant à l'arrêt *Jäggi*, la Cour précise par ailleurs que l'âge élevé de la requérante (69 ans) n'est pas de nature à atténuer son intérêt à connaître son ascendance : «*S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixante-neuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées* (Jäggi c. Suisse, *n° 58757/00, § 40, CEDH 2006-X)*».

Et de conclure, par six voix contre une, qu'en ne donnant aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret, «*l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue*».

## *d) Une décision triplement insatisfaisante*

La juridiction de Strasbourg construit son raisonnement en opposant le système italien au système français qui permettrait, d'une part, d'accéder à des informations non identifiantes sur les parents d'origine, d'autre part d'obtenir la réversibilité du secret de leur identité.

Ce raisonnement ne nous semble pas satisfaisant pour trois raisons.

La première tient à la teneur de l'analyse de droit comparé réalisée par la Cour, qui laisse perplexe à plusieurs égards.

Tout d'abord, la Cour édulcore – à dessein ? – le système législatif français en relevant sommairement que «*l'accouchement sous X tend à se rapprocher de l'accouchement dans le secret à l'instar de ce qui se pratique en République tchèque où la confidentialité quant aux données nominatives sur la mère biologique est alors temporaire, et non définitive, puisque l'accès à ces informations est différé dans le temps*». Cette affirmation pêche grossièrement par manque de nuances, puisque l'accès aux données nominatives de la mère de naissance n'est pas seulement «*différé dans le temps*», mais conditionné à l'accord exprès de celle-ci et que son refus n'est pas susceptible de recours [26]. Au contraire, il est permis d'affirmer que la France fait modèle d'exception en la matière au sein des pays membres du Conseil de l'Europe.

Il paraît également essentiel de nuancer l'analyse de la Cour lorsque celle-ci fait état de «*législations relativement récentes, car édictées au cours de la dernière décennie*», notamment en Autriche et au Luxembourg, organisant l'accouchement sous X ou dans l'anonymat.

La législation autrichienne à laquelle l'arrêt fait d'abord référence, édictée en 2001 [27], loin de proclamer un droit subjectif et discrétionnaire pour toute femme d'accoucher sous X, n'a en réalité fait que dépénaliser l'abandon d'un nouveau-né à la condition que la femme, en état de détresse (apprécié *in concreto*), se justifie d'une telle situation lors d'un entretien confidentiel avec le service de protection de la jeunesse chargé d'apprécier le sérieux de la demande [28]. Le décret du 27 juin

(26) *En ce sens, voy. P. Verdier, Commentaire sous Cour eur. D.H.,* Godelli c. Italie, *25 septembre 2012, req. n° 33783/09,* JDJ *n°319 (France), novembre 2012, p. 56.*

(27) *Loi n°19/2001 du 7 mars 2001(www.familienrecht.at/index.php?id=2671).*

(28) *http://cdpf.unistra.fr/travaux/personnes-famille-bioethique/droit-compare/droit-de-la-famille/etablissement-de-la-filiation-maternelle/autriche/*

2001 sur «*les nids à bébés et l'accouchement anonyme*» [29] souligne d'ailleurs le fait que la législation autrichienne reconnaît le droit fondamental de l'enfant à connaître ses origines, de sorte que l'abandon anonyme doit être l' «*ultime recours*» : «*Eu égard au droit de l'enfant de connaître sa filiation, le dépôt d'un enfant dans un nid à bébé et la naissance anonyme d'un enfant ne peut donc être justifiée que dans les cas où une situation d'urgence existe, et qu'il n'y a pas d'autre solution pour éviter un danger grave pour la santé physique ou psychique de la mère ou pour la vie de la mère ou de l'enfant (situation apparemment sans issue, etc.)*» [30].

Quant à la référence au droit luxembourgeois comme exemple de législation relativement récente ayant instauré l'accouchement dans l'anonymat, elle laisse également perplexe dans la mesure où le Code civil luxembourgeois [31], inchangé depuis 1975, n'a jamais imposé l'inscription obligatoire du nom de la mère dans l'acte de naissance si elle n'est pas mariée, ce qui lui a d'ailleurs valu plusieurs observations critiques de la part du Comité des droits de l'enfant.

Quant à la résurgence de la pratique ancestrale des boîtes à bébés, constat malheureusement avéré, il nous paraît qu'elle doit être condamnée et combattue. La multiplication de cette pratique a d'ailleurs été dénoncée récemment par les Nations unies. Le Comité des droits de l'enfant considère que la pratique va à «*l'encontre du droit de l'enfant à ce que son ou ses parents le connaissent et s'occupe de lui*» [32]. Dans un rapport du 25 mars 2008 visant à «*prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance*», la Commission des questions sociales, de la santé et de la famille de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estimait qu'une politique proactive de prévention de l'abandon des nouveau-nés devrait notamment «*refuser de permettre légalement la maternité secrète; il devrait y avoir obligation pour la mère de laisser son identité même si on peut évidemment développer des formes d'accouchement protégé dans la discrétion pour la mère; mais l'enfant ne doit pas être privé de son droit de connaître ses origines et ce même avant sa majorité*» [33].

Enfin, on relèvera que la Cour de Strasbourg fait peu de cas, dans son analyse comparatiste, de la distinction pourtant fondamentale entre le fait de tolérer dans les faits une pratique pourtant condamnée pénalement, le fait de dépénaliser cette pratique dans certaines conditions et enfin le fait d'autoriser ladite pratique en l'encadrant positivement. Il s'agit là de trois stades différents dans l'acceptation sociétale d'un comportement. Face à une mère en détresse abandonnant anonymement son enfant dans une boîte à bébé, une chose est de s'abstenir de la poursuivre devant les juridictions pénales; autre chose de poser le choix clair de ne plus incriminer pareil comportement ; une tout autre chose enfin d'autoriser et d'encadrer légalement la pratique de l'abandon anonyme. L'impact sociétal en termes de valeurs véhiculées est sensiblement différent, outre le fait que la troisième voie ouvre évidemment la porte à une normalisation et à une banalisation de la pratique ainsi autorisée.

La seconde critique qui peut être adressée à l'arrêt commenté tient à l'incohérence de la motivation qui oppose le «*mauvais système italien*» au «*bon système français*». Cherchant sans doute – sans y parvenir – à conforter la décision rendue dans l'affaire *Odièvre*, la Cour construit ainsi son raisonnement à l'aune du modèle de la législation française. Elle note «*qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt* Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt* Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*». Le lecteur non averti de la législation française déduira logiquement de ces quelques lignes qu'elle prévoit, à l'inverse du système italien, une mise en balance du droit de l'enfant à connaître ses origines et du droit de la mère à conserver l'anonymat. Or il n'en est rien. Certes, depuis la modification législative de 2002, la personne âgée de 18 ans peut s'adresser au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles afin d'obtenir des informations non identifiantes, mais la mère n'a aucune obligation de les donner, elle y est seulement «*invitée*». D'autre part, la réversibilité du secret de l'identité de la mère est soumise à l'accord de celle-ci, sans qu'aucune pesée des intérêts ne soit effectuée par le CNAOP ou par une quelconque autre instance. La Cour le relève d'ailleurs expressément : «*D'application immédiate,*

*(29) Décret du 27 juin 2001 n°JMZ 4600/42-I 1/2001(http://anonymegeburt.at/Erlass.html).*

*(30) Traduction libre.*

*(31) Art.57, al.3, C. civ. luxembourgeois, http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_civil/L1_T2_actes_etat_civil.pdf*

*(32) Voy. les récentes (juin 2011) observations générales du Comité des droits de l'enfant à propos de la République tchèque : Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par la République tchèque, juin 2011, CRC/C/CZE/CA/3-4, http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=25257&flag=legal.*

*(33) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions sociales, de la santé et de la famille, «Prévenir la première des violences faites aux enfants: l'abandon à la naissance»,* Doc. *11538, 25 mars 2008, Rapporteur : M. Hancock, Royaume-Uni, Alliance des Démocrates et des Libéraux pour l'Europe, http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc08/FDOC11538.htm*

*elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci (§ 49), ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes*».

La dernière critique que mérite l'arrêt *Godelli* est qu'il n'apparaît pas d'emblée si les conditions de l'accès aux informations non identifiantes et la possibilité de la réversibilité du secret sont des conditions *cumulatives* ou *alternatives* du respect de la Convention. Il est dès lors délicat de délimiter précisément et indubitablement la marge de manœuvre des États en la matière.

Malgré ces trois raisons d'insatisfaction, une conclusion heureuse s'impose néanmoins à la lecture de l'arrêt *Godelli* : la Cour confirme, en le consolidant, l'importance de l'accès de l'individu à ses origines. Les juges européens observent ainsi que «*le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée. Dans pareil cas, un examen d'autant plus approfondi s'impose pour peser les intérêts concurrents*».

## 3. L'arrêt *Godelli* a-t-il sonné le glas de l'accouchement anonyme ?

Quel enseignement tirer de l'analyse conjointe et approfondie des arrêts *Odièvre* et *Godelli* ? Que loin de marquer un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Odièvre*, le verdict de violation de la Convention par la législation italienne en 2012 confirme et consolide la conventionnalité du dispositif français autorisant l'accouchement anonyme tel que réformé en 2002.

Pour la juridiction de Strasbourg, les États disposent en la matière d'une marge d'appréciation qui leur permet de déployer les mécanismes de leur choix dans le but de pondérer les intérêts en présence. Cette marge d'appréciation est toutefois enserrée par l'exigence de chercher à ménager un juste équilibre entre ces intérêts, ce qui exclut pour la Cour tout «*refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles*» (§ 68). En l'espèce, la Cour a estimé que l'Italie avait excédé sa marge d'appréciation au motif que sa législation, contrairement à la législation française, ne donne *aucune* possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander *soit* l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, *soit* la réversibilité du secret.

Pour respecter le prescrit conventionnel, une législation autorisant le secret de la maternité devrait dès lors permettre à l'enfant d'accéder à des informations non identifiantes concernant sa mère d'origine ou lui donner la possibilité de solliciter, certes sans aucune garantie, la réversibilité du secret de l'identité de celle-ci. Mais est-il suffisant que l'État organise une possible réversibilité du secret de l'identité sans offrir à l'enfant un accès à des informations non identifiantes ou, à l'inverse, qu'il n'organise qu'un droit d'accéder à pareilles informations sans possibilité de solliciter par ailleurs la levée du secret de l'identité? Il est en réalité impossible, à la lecture de l'arrêt, de déterminer avec certitude si le droit d'obtenir des informations non identifiantes sur la mère d'origine et le droit de solliciter la levée du secret de son identité se présentent comme des exigences cumulatives ou alternatives, tant les propos de la Cour oscillent entre les deux options [34]. Force est dès lors de constater que les juges européens ont «*laissé dans l'ombre les limites exactes du champ des possibles pour chaque État désireux d'encadrer l'accouchement anonyme*» [35].

En réalité, l'arrêt prononcé en 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme, loin d'avoir clôturé le chapitre sur l'accès aux origines, a au contraire ravivé le débat entre partisans et opposants du secret.



(34) *En ce sens : N. Hervieu, «L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines», [PDF]* in Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF, *29 septembre 2012, p. 11.*

(35) Ibidem.

# Bibliographie complémentaire


- commentaire de l'arrêt *Odièvre* : **V.** Bonnet, «L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Odièvre c. la France* du 13 février 2003)», *Rev. trim. dr. h.,* 2004, pp. 405 à 421 ; A. Gouttenoire et F. Sudre, note sous Cour eur. D.H., arrêt *Odièvre c. France*, 13 février 2003, *J.C.P.,* 2003, II, pp. 10049 et s.; B. Mallet-Bricout, « Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme», *D.,* 2003, pp. 1241 et s. ; S. Michaux, «L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant», *Rev. trim. dr. fam.,* 2005, pp. 321 et s. ; O. Roy, « Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Odièvre contre France*», *in Le droit à la connaissance de son origine. Un an après la loi «Royal» du 22 janvier 2002*, Paris, Colloque organisé par la CADCO et la *Revue d'action juridique et sociale* (*Journal du droit des jeunes* - France) le 15 septembre 2003, www.cadco.asso.fr/colloque/2003odileroy.htm*;* S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, *2002-2004*, Volume II*, Articles 7 à 59 de la Convention – Protocoles additionnels,* Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 38 et 39.

- sur les boîtes à bébé : C. Balestra, «L'abandon anonyme des nouveau-nés», *J.D.J.*, septembre 2009, pp. 17 et s. ; C. Chabas, «En Europe, les 'boîtes à bébés' se multiplient», *Le Monde.fr,* mis en ligne le 11 juin 2012 ; Généthique, Synthèse de presse quotidienne du 12 juin 2012, «Les Nations unies s'inquiètent de la multiplication des «*boîtes à bébés*»», www.genethique.org; SSI/CIR, Bulletin mensuel n° 05/2012, Éditorial, «Les 'boîtes à bébé' : un mode d'abandon polémique», mai 2012, http://iss-ssi.org. Voy. également en Suisse l'émission *Faut pas croire* du 19 janvier 2013, http://www.rts.ch/video/emissions/religion/faut-pas-croire/4588847-debat-boites-a-bebes-l-idee-fait-des-petits.html.

- Droit à connaître ses origines : M. Bord, V. Premand, S. Sandoz, et D. Piotet, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Recherches juridiques lausannoises, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2006 ; R. J. Blauwhoff, *Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2009*;* G. Delaisi de Parseval, «Comment entendre les demandes de levée du secret des origines ?», *Esprit*, mai 2009, pp. 165 à 179 ; *La recherche des origines,* Colloque national, Berne, 31 mai 2007, http://www.espace-adoption.ch/puma/pdfs/Actes_du_colloque_sur_la_recherche_des_origines__31_mai_2007.pdf ; C. Neirinck, «Le droit, pour l'enfant, de connaître ses origines», *in Le droit, la médecine et l'être humain. Propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Collection du Laboratoire de Théorie Juridique, Volume 9, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, pp. 29 à 52 ; M.-P. Poilpot (dir.), *Naissance et secret : le droit à ses origines*, Ramonville Saint-Agne, Erès/Fondation pour l'enfance, 1999 ; V. Provost, «Connaître ses origines : une demande naturelle, nécessaire et légitime», *J.D.J* (France), octobre 2006, pp. 34 à 36 ; P. Verdier, «Né sous X», *in Cahiers de Maternologie- L'accouchement 'sous X' en question*, n° 5, 1995, pp. 69 à 78 ; P. Verdier et N. Margiotta, *Le droit à la connaissance de son origine : un droit de l'homme. Pour en finir avec l'accouchement sous X et le secret de la filiation*, Paris, Jeunesse et Droit, 1998.

- Gestation pour autrui : *La gestation pour autrui : vers un encadrement,* Actes du colloque organisé le 24 avril 2012 à l'UCL (Louvain-la-Neuve) par le Centre de droit médical et biomédical et le Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'UCL, à paraître. Sur la question plus spécifique de la recherche des origines dans le cadre du recours à la maternité pour autrui, voy. : G. Mathieu, «La recherche des origines appliquée à la pratique de la gestation pour autrui», à paraître en mars 2013 dans le bulletin mensuel du SSI/CIR (Service Social International / Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille), disponible en ligne sur le site http://www.iss-ssi.org.

- accouchement discret : Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de permettre l'accouchement discret, Développements, *Doc. parl.,* Sénat, 2011-2012, n° 1705/1, pp. 1 et 9 ; Institut Européen de Bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X», *Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique,* novembre 2007, n° 10, disponible sur www.ieb-eib.org. Voyez également le Rapport de l'Unicef sur l'accouchement discret qui souligne que «*l'accouchement anonyme ne garantit pas les risques liés à l'infanticide, qui relève davantage d'une psychose chez la mère*» (Rapport Unicef, *L'accouchement discret... anonyme. Quels droits pour l'enfant ?,* Position d'Unicef Belgique, janvier 2009, extrait cité par le Conseil d'état dans son avis n° 46.052/AG du 21 avril 2009 à propos de la proposition de loi relative à l'accouchement discret du 21 janvier 2009 (proposition Monfils), *Doc. parl.,* Sénat, 2008-2009, n° 4 - 1138/2).

*dossier*

# L'accouchement anonyme : les termes du débat en Belgique

**Géraldine Mathieu, assistante en droit de la famille, Université de Namur**

***Alors que la loi de 1987 portant réforme de la filiation mettait fin au débat relatif au secret de la maternité, celui-ci a à nouveau pénétré les enceintes parlementaires dès la fin des années 1990, pour ne plus en sortir. La lecture attentive des différents projets et propositions de loi déposés pour organiser un accouchement qualifié de «discret» ou «secret» permet de comprendre qu'elles visent en réalité à instaurer un réel accouchement anonyme selon le modèle français, donc avec un anonymat absolu.***

«*Le droit positif belge, qui exclut toute possibilité d'un accouchement anonyme, si ce n'est bien sûr la situation de fait d'un accouchement à domicile et d'un abandon anonyme de l'enfant, nie un fait social dont l'existence s'impose pourtant à nous: certaines grossesses qui n'ont pas été interrompues par IVG sont, pour la mère, impossibles à assumer. C'est ainsi que ne trouvant pas de solution adéquate à leur situation en Belgique, plus d'une centaine de femmes belges vont, chaque année, accoucher anonymement en France*» (1).

«*Toutes ces propositions poursuivent un objectif commun : permettre l'accouchement sans que le nom de la mère ne figure dans l'acte de naissance. Le but est d'éviter autant que possible des drames encore récemment signalés où des mères désespérées ne voulant pas avouer leur grossesse, accouchent seules en abandonnant leur bébé en danger de mort, si pas décédé, et cela dans des conditions d'hygiène déplorables. Parfois aussi, ces mères se rendent en France où l'accouchement anonyme est possible*» (2).

Ces extraits illustrent parfaitement l'état d'esprit dans lequel se trouve la grande majorité de nos parlementaires face à la question de l'accouchement «*sous X*» : il est nécessaire d'instaurer en droit belge le secret de la maternité, dans la mesure où chaque année «*des centaines de femmes*» (3) iraient accoucher en France, plus précisément à Lille, «*pour que leur enfant survive*», à défaut de quoi, toujours à en croire nos parlementaires, il n'existerait d'autres alternatives pour ces femmes en détresse que l'abandon sauvage, voire l'infanticide (4). C'est d'ailleurs toujours à l'occasion de la médiatisation de faits sociaux tragiques (dépôt d'un nourrisson dans une boîte à bébé, abandon sauvage, infanticide) - faits sociaux certes interpellants mais qui n'en restent pas moins, heureusement d'ailleurs, marginaux - que le débat est systématiquement relancé.

## De la nuance entre anonymat et discrétion

Afin de bien comprendre les enjeux du débat, il est indispensable de saisir la nuance entre un accouchement «*anonyme*» ou «*sous X*» et un accouchement «*discret*», parfois qualifié également de «*secret*».

(1) *Proposition de loi relative à l'accouchement anonyme du 18 novembre 2010, déposée par M. Jacques Brotchi et consorts,* Doc. parl., *Sénat, 2010-2011, n° 5-502/1.*

(2) *Proposition de loi relative à l'accouchement discret, déposée le 21 janvier 2009 par M. Philippe Monfils, Mme Nahima Lanjri et MM. Guy Swennen et Patrik Vankrunkelsven,* Doc. parl., *Sénat, sess. ord. 2008-2009, n° 4-1138/1.*

(3) *Ce chiffre, inlassablement répété, n'est pourtant jamais étayé par des données objectives. Au demeurant, on s'interrogera légitimement sur la manière dont ce chiffre a été recueilli : comment peut-on savoir si la femme qui accouche est de nationalité belge si précisément il lui est permis de ne fournir aucune donnée relative à son identité ?*

(4) *Il n'existe pourtant aucune donnée objective qui ferait apparaître un lien entre l'accouchement anonyme ou discret et le nombre d'infanticides, plutôt lié à une détresse psychique intense de la mère qui n'est plus en état de raisonner. Une loi sur l'accouchement anonyme ou discret n'aura dès lors probablement aucun impact sur ce nombre.*

Un **accouchement dans l'anonymat**, tel qu'il est actuellement autorisé en France, est un accouchement lors duquel la parturiente sollicite, au moment de son admission dans un établissement de santé, que son anonymat soit préservé, sans que la loi ne puisse l'obliger à fournir la moindre information relative à son identité. Elle reste évidemment libre de laisser des indications non identifiantes à l'attention de l'enfant (son âge, son origine nationale…), ainsi que, sous pli fermé, son identité, avec la garantie toutefois que le secret sur celle-ci ne sera levé qu'avec son accord. L'acte de naissance ne mentionnera pas le nom de la mère, la filiation ne sera pas établie et l'enfant, né de mère inconnue, sera confié aux organismes sociaux en vue d'une adoption [5]. L'accouchement anonyme a dès lors pour conséquence directe que l'enfant est condamné à rester dans l'ignorance de toute information relative à la femme qui l'a mis au monde, sauf volonté contraire de celle-ci.

À l'inverse de l'accouchement dans l'anonymat, l'accouchement **discret ou secret** *impose* à la mère de laisser une trace de son identité qui ne sera toutefois pas mentionnée dans l'acte de naissance, excluant ainsi l'établissement juridique de la filiation, ainsi que des informations non identifiantes, conservées confidentiellement par une autorité tierce. La confidentialité de ces informations n'est alors que temporaire et une levée ultérieure du secret est envisageable, sous certaines conditions, mais pas celle du consentement de la mère, sans quoi le système mis en place s'apparente alors à un réel accouchement dans l'anonymat.

En réalité, l'accouchement anonyme s'oppose à l'accouchement discret ou secret en ce qu'il n'*oblige pas* la mère à mentionner son identité sous pli fermé ni d'ailleurs à laisser d'autres informations, et que la levée du secret de l'identité n'est en tout état de cause possible qu'avec son consentement. Il n'y a dans ce cas pas de pondération des intérêts en présence, mais bien une *hiérarchisation* absolue des intérêts en faveur de la mère.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État belge a considéré, à propos de la proposition de loi relative à l'accouchement discret du 21 janvier 2009, que derrière le vocable «*discret*», se cachait en réalité un réel accouchement anonyme : «*le terme 'accouchement discret' suggère qu'il s'agit non pas d'un 'accouchement anonyme', mais d'une forme atténuée de ce dernier, or, tant que la mère biologique désire rester anonyme, son identité et ses autres données 'identifiables' resteront secrètes pour l'enfant. Selon la proposition, l'enfant a par contre accès aux données 'non identifiables' (article 62*quater*, § 6, proposé du Code civil; article 5 de la proposition), pour autant toutefois que la mère les ait communiquées et sous la réserve de la possibilité pour la mère de les retirer à tout moment (article 57, alinéa 5, a) et c), proposé du Code civil; article 2, 2o, de la proposition). Il n'est donc pas entièrement correct de parler d'"accouchement 'discret'*» [6].

## Les termes du débat en Belgique

Alors que la loi de 1987 portant réforme de la filiation tranchait clairement en faveur du maintien de l'adage *mater semper certa est* (la mère est toujours certaine) [7], mettant fin au débat relatif au secret de la maternité [8], celui-ci pénétrait à nouveau les enceintes parlementaires dès la fin des années 1990, pour ne plus en sortir.

En 1998, saisi d'une demande de l'Hôpital Ambroise Paré à Mons, le Comité consultatif de bioéthique rendait un avis «*concernant la problématique des accouchements anonymes*» [9] faisant apparaître, au sein du Comité, deux positions défendables sur le plan éthique : d'un côté, une position radicale prônant un anonymat pur et dur au nom de la sauvegarde de la vie de l'enfant et de son épanouissement, valeur devant l'emporter sur le droit de toute personne à connaître sa mère biologique ; de l'autre, une position plus nuancée, partisane d'un accouchement «*dans la discrétion*» qui ne fermerait pas la porte à toute recherche de «*filiation*» [10] et permettrait ainsi d'éviter à l'enfant la souffrance d'être coupé à jamais de ses racines, mais aussi de protéger les mères en détresse qui ne mesurent pas toujours les conséquences de leur décision.

Le 30 septembre 1999, un premier texte était déposé au Sénat afin d'instaurer l'accouchement dans l'anonymat, optant ainsi pour la première solution suggérée par le Comité consultatif de bioéthique [11]. Il était redéposé à la Chambre en 2003 et à nouveau

(5) *Avis n° 4 du 12 octobre 1998 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique concernant la problématique des accouchements anonymes, http://www.health.fgov.be/bioeth/fr/avis/avis-n04.htm.*

(6) *Avis du Conseil d'État n° 46.052/AG du 21 avril 2009 rendu à propos de la proposition de loi relative à l'accouchement discret du 21 janvier 2009,* Doc. parl., *Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/1, p. 3.*

(7) *Et l'élargissait même, puisqu'elle supprimait l'obligation pour la femme non mariée de reconnaître son enfant pour établir le lien de filiation, afin de se conformer à l'arrêt Marckx.*

(8) *Voy. not. les propositions de loi Gheysen et consorts,* Doc. parl., *Chambre, 1971-1972, n° 362-1 du 12 juillet 1972 ; proposition de loi Hambye et consorts,* Doc. parl., *Sénat, 1972-1973, n° 272 du 29 mai 1973 ;* Doc. parl., *Sénat, 1974-1975, n° 422-1 du 31 octobre 1974 ; proposition de loi De Vlies et consorts,* Doc. parl., *Chambre, 1974-1975, n° 393-1 fu 14 janvier 1975. Pour une analyse de ces propostions, voy. : M.-Th. Meulders-Klein, «Le secret de la maternité»,* J.T., *1976, pp. 417 à 423.*

(9) *Avis n° 4 du 12 octobre 1998 du Comité consultatif de bioéthique de Belgique concernant la problématique des accouchements anonymes, précité.*

(10) *Terme malheureux, car participant à la confusion entre l'accès aux origines et l'établissement de la filiation.*

(11) *Proposition de loi modifiant le Code civil et la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994 afin de permettre l'accouchement anonyme, déposée au Sénat le 30 septembre 1999 par le sénateur Monfils,* Doc. parl., *Sénat, 1999, n° 2-89/1.*

au Sénat le 10 août 2007. Plusieurs textes étaient pris en considération à la Chambre et au Sénat durant les années qui suivirent, sans jamais réussir à obtenir une majorité parlementaire [12].

En 2008, le Conseil supérieur de l'adoption rendait un avis sur les «*récentes propositions de lois relatives à l'accouchement dans la discrétion et à la maternité de substitution*» [13]. Il y exprimait son opposition ferme aux propositions ayant pour objet d'introduire en droit belge un système d'accouchement dans l'anonymat, tout en envisageant plus favorablement l'introduction d'un accouchement «*dans la discrétion*». Il relevait néanmoins que les propositions déposées dans ce sens étaient en l'état inacceptables, en ce qu'elles instauraient un système de consentement obligatoire de la mère. Pour le Conseil supérieur de l'adoption, pareil système d'accouchement dans la discrétion ne serait acceptable qu'à la condition que le refus de la mère à l'accès aux origines soit une exception strictement contrôlée. Il suggérait, de manière très pertinente, de préférer à ce système de «*consentement parental*» un système d' «*opposition parentale*» organisé comme suit : «*Pratiquement, les informations sur le (ou les) parent(s) biologiques seraient conservées dans un registre confidentiel. L'accès à ce registre serait autorisé pour l'enfant à partir d'un certain âge, à fixer par la législation. Le(s) parent(s) biologique(s) serai(en)t informé(s) d'une demande d'accès aux origines par l'enfant, et aurait un délai pour s'opposer à la divulgation des informations, en présentant par écrit ses (leurs) motifs à l'autorité judiciaire compétente. Il incomberait au juge d'apprécier, au vu des motivations de la mère (ou du père), si l'opposition est fondée ou non ; ne pourraient être acceptées que des situations où il est vital, pour la mère (ou le père), que son identité ne soit pas divulguée. Un accompagnement psychologique des parents biologiques et de l'adopté, par une personne dûment qualifiée, paraît indispensable ; la loi devrait l'imposer dans son principe. L'idée de permettre une révision de la décision judiciaire refusant la divulgation de l'identité des auteurs biologiques après un certain délai devrait également être examinée. Il appartiendrait au juge d'apprécier, au vu de l'évolution des circonstances, si les motifs du refus sont ou non encore pertinents*» [14].

En janvier 2009, une proposition de loi relative à l'accouchement discret obtenait le soutien d'une majorité parlementaire [15]. Elle ne tirait toutefois aucun enseignement de l'avis du Conseil supérieur de l'adoption, dans la mesure où elle continuait dans la voie de l'exigence d'un consentement de la mère avec droit de veto absolu.

Le 21 avril 2009, le Conseil d'État rendait un avis très critique à propos de cette proposition [16]. Il relevait précisément, tout comme l'avait fait le Conseil supérieur de l'adoption dans son avis de 2008, qu'il était regrettable que les auteurs du projet partent du principe que pour apprécier les différents droits fondamentaux en cause, le droit de la mère au respect de sa vie privée devait systématiquement recevoir la priorité absolue : «*Seule la mère peut elle-même lever le secret (article 62*quater *proposé du Code civil; article 5 de la proposition). Si elle ne donne pas son consentement, l'enfant n'a accès qu'à des informations non identifiantes, dans la mesure où, sur la base de ce que semble admettre l'article 57, alinéa 5, a) et c), proposé du Code civil (article 2, 2°, de la proposition), la mère les a communiquées et, en outre, ne les aurait pas* «retirées»». Il rappelait à cet égard avoir déjà exprimé sa position dans des avis précédents en matière d'adoption, d'anonymat de la mère porteuse ainsi que du donneur de gamète ou d'embryons, selon laquelle un contrôle judiciaire évaluant les intérêts au cas par cas doit être préféré au système qui opte de manière absolue pour les intérêts d'une partie [17]. Il ajoutait que la pertinence des considérations émises à l'époque se trouvait encore renforcée par la nécessité de tenir compte désormais du droit de «*chaque enfant [...] au respect de son intégrité morale, physique [et] psychique*» inscrit à l'article 22*bis* de la Constitution, que la même disposition fait obligation au législateur de garantir [18]. Et le Conseil d'état de conclure que «*Dès lors que sont en cause des aspects aussi essentiels du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit au respect de l'intégrité morale, physique et psychique de l'enfant et des droits garantis par la Convention sur les droits de l'enfant ainsi*

(12) *À titre purement indicatif, on notera que dix propositions de loi et deux propositions de résolution furent déposées entre 2005 et 2009 en vue de légaliser soit l'accouchement anonyme soit un accouchement prétendument dans la discrétion, mais subordonnant en réalité la divulgation d'informations au consentement de la mère.*

(13) *Avis du 24 septembre 2008, formulé d'initiative au Gouvernement de la Communauté française, www.cosa.cfwb.be/fileadmin/sites/cosa/upload/cosa_super_editor/cosa_editor/documents/Avis_N__05_du_24_septembre_2008_relatif_aux_meres_porteuses.pdf.*

(14) Ibidem, *p. 12.*

(15) *Proposition de loi relative à l'accouchement discret déposée le 21 janvier 2009, précitée.*

(16) *Avis du Conseil d'État n° 46.052/AG du 21 avril 2009 sur la proposition de loi du 21 janvier 2009, précité.*

(17) *Avis du Conseil d'État n° 33.294/3 du 12 novembre 2002 à propos d'une proposition devenue le décret flamand du 30 avril 2004 réglant l'adoption nationale et internationale d'enfants, abrogé par le décret du 15 juillet 2005,* Doc. parl., *Parl fl., 2001-2002, n° 956/4, pp. 23 et 24 ; avis portant les n*os *39.474/AG, 39.475/AG, 39.476/AG, 39.477/AG, 39.478/AG et 39.525/AG, donné le 24 janvier 2006 sur les propositions de loi «relative aux mères porteuses», «réglementant la maternité de substitution», «relative aux mères porteuses», «complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci», «interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses» et «relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes»,* Doc. parl., *Sénat, 2003-2004, n° 417/3.*

(18) *Et nous ajoutons l'obligation pour le législateur de prendre en compte de manière primordiale l'intérêt de l'enfant, également inscrite à l'article 22*bis *de la Constitution depuis le 22 décembre 2008.*

*que du droit de l'enfant de connaître sa mère et du droit de voir sa filiation reconnue, il apparaît au Conseil d'État que le législateur doit reconsidérer l'évaluation faite par les auteurs de la proposition de loi»* [19]. Concernant par ailleurs le droit de l'enfant d'accéder non pas à l'identité de sa mère de naissance, mais à des informations non identifiantes la concernant, il considérait à juste titre que *«L'accès complet, au bénéfice de l'enfant, aux données non identifiantes de sa mère ne suscite aucun conflit avec les intérêts de la mère que la proposition tend à mettre en avant ou avec les valeurs sociales dont elle vise à tenir compte. On n'aperçoit donc pas, au regard de l'intérêt de l'enfant, ce qui pourrait justifier l'absence d'obligation faite à la mère en la matière, doublée en outre de la possibilité reconnue à la mère de retirer les éléments constitutifs de la liste des données non identifiantes»* [20].

En septembre 2009, nous saluions dans cette revue l'absence de vote précipité de la proposition de loi en question à la suite des auditions qui eurent lieu au Sénat en mars 2009, en soulignant le risque de voter trop rapidement une loi aussi lourde de conséquences à la suite de quelques cas isolés médiatisés, sans entamer une réflexion plus globale et transversale à propos de la situation dénoncée et des enjeux soulevés [21].

Depuis lors, des propositions ont à nouveau été déposées, sous forme de reprises – parfois légèrement retouchées – d'anciennes propositions, sans que le débat n'ait été définitivement tranché, ni n'ait même réellement avancé [22]. La lecture attentive de l'ensemble de ces projets et propositions de lois déposés dans le but d'organiser un accouchement qualifié de «*discret*» ou «*secret*» permet aisément de comprendre que sous le couvert d'un vocable édulcoré (à dessein ?) se cache de manière spécieuse un réel accouchement anonyme selon le modèle français, susceptible d'instaurer un anonymat absolu [23].

(19) *Avis du Conseil d'État n° 46.052/AG du 21 avril 2009 sur la proposition de loi du 21 janvier 2009, précité, p. 15.*

(20) Ibidem, *pp. 16 et 17.*

(21) *G. Mathieu, «Naître parent – Commentaire de l'arrêt* Todorova c. Italie *du 13 janvier 2009»,* JDJ, *septembre 2009, pp. 30 et s.*

(22) *Dans un ordre chronologique: proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 2 septembre 2010,* Doc. parl., *Sénat, 2010, n° 5-46/1 (reprise de la proposition n° 4-1026/1 – 2008/2009) et Chambre, n° 53-1404/001 ; proposition de loi modifiant le Code civil afin de permettre l'accouchement discret du 8 octobre 2010,* Doc. parl., *Sénat, 2010, n° 5-258/1 (reprise de la proposition n° 4-358/1 – 2007/2008) et Chambre, n° 53-0829/001 ; proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 12 octobre 2010,* Doc. parl., *Chambre, n° 53-0349/001 et Sénat, 2010-2011, n° 5-347/1 ; proposition de loi relative à l'accouchement anonyme du 18 novembre 2010,* Doc. parl., *Sénat, 2010-2011, n° 5-502/1 ; proposition de loi modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme du 25 novembre 2010,* Doc. parl., *Chambre, 2010-2011, n° 53-0701/1.*

(23) *À l'exception de la proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 12 octobre 2010 (*Doc. parl., *Chambre, n° 53-0349/001 et Sénat, 2010-2011, n° 5-347/1) qui prévoit qu'en cas d'opposition de la mère à la divulgation de son identité, une instance indépendante mettra en balance les intérêts de la mère et ceux de l'enfant et appréciera si les informations identifiables peuvent ou non être divulguées.*

# Bibliographie

## L'enfant et la prison

Dans son numéro de novembre-décembre 2012, la revue française ***Enfance Majuscule*** consacre son dossier à l'enfant et la prison. Elle avait déjà consacré un numéro à ce thème en décembre 1982, et a eu envie, 20 ans plus tard, de revisiter cette question. Des chiffres en révèlent l'importance : il y aurait aujourd'hui en Europe entre 700 000 et 800 000 enfants concernés par l'incarcération d'un de leurs parents. En France, ils seraient 70 000 à avoir un père ou un beau-père incarcéré. Les contributeurs se penchent sur différents aspects de la fragilisation des liens familiaux provoqués par l'enfermement et l'éloignement du parent. Deux psychologues, Rebecca Godart et Thuh Tram Pham, analysent ainsi la réorganisation qui découle de cette séparation, les impacts psychiques pour l'enfant, la difficulté d'être parent en prison et tous les aménagements possibles pour vivre cette situation. Avec un constat : les enfants surmontent mieux la crise de l'incarcération lorsqu'ils peuvent aller voir leur parent en prison. Une accompagnatrice d'enfants en prison relate quant à elle son expérience, en décrivant quelques situations concrètes et les leçons qu'elle a pu en tirer. Des ressources sont également présentées, comme ces livres illustrés conçus pour faciliter le dialogue entre l'enfant et l'adulte. Il y est aussi question d'une formidable initiative : une émission radio, le Mur du Son, où les proches d'un détenu peuvent appeler pour lui transmettre un message. Certains enfants téléphonent, comme Karim, 9 ans, qui donne des nouvelles de la famille à son grand frère Mounir, incarcéré à la prison de Metz-Queuleu. Sophie Bleuet, directrice de la maison d'arrêt de Metz, revient de son côté sur le cadre juridique de la politique pénitentiaire en matière de maintien des liens familiaux et sur ses adaptations possibles. On compte aussi une contribution luxembourgeoise, avec la présentation du service «*Trefft-Punkt*», une structure au départ prévue pour régir le droit de visite en cas de séparation ou de divorce, et qui a été élargie à la prison.

*Rens. : L'enfant et la prison, Enfance Majuscule 127, novembre/décembre 2012*

## Jeunesses, notre avenir commun

«*Si nous avons choisi d'aborder ce thème, c'est avant tout parce que la jeunesse nous semble une sorte de miroir grossissant de la société actuelle, ce qui se met en place pour ou contre elle, touchant à l'ensemble des valeurs que nous défendons aujourd'hui en termes d'égalité, de lutte contre les discriminations et de solidarités.*» Ainsi s'ouvre le dossier que la revue de la Ligue des Droits de l'Homme française, ***Hommes & Libertés***, consacre à la jeunesse, défini comme un objet social mal identifié et pluriel, touché par les inégalités et maltraité par la société. Si certaines données et pistes d'action concernent spécifiquement la réalité française, le dossier s'arrête toutefois sur une série de questions qui résonnent tout à fait avec la réalité belge : le chômage des jeunes, qui en France comme ailleurs en Europe, atteint des sommets vertigineux, en particulier celui des 18-25 ans ; la diabolisation croissante de la jeunesse, qui se traduit par des politiques publiques de plus en plus sécuritaires et une tendance à la pénalisation «préventive» (et de penser à nos fameuses Sanctions Administratives Communales, SAC) ; l'incapacité d'une grande partie du monde associatif, accaparé par la culture du projet et l'insécurité des modes de subventionnement, à prendre en compte les conditions réelles des jeunes et de leur famille. *Hommes & libertés* s'intéresse aussi aux modes d'engagement des jeunes, bien réels, et publie dans la foulée un texte sur le droit à l'éducation de la Ligue des droits et libertés du Québec, qui vient en appui au printemps érable, cette lutte historique des étudiants contre la hausse des frais de scolarité menée l'année dernière. Enfin, la revue publie un plaidoyer pour la mise en place d'un nouveau pacte social, avec «*une réforme de fond de l'école, une régulation du marché du travail, des mécanismes de péréquation entre territoires, un État social qui tienne compte des évolutions des mutations familiales ainsi que de l'individualisation de la société*». Et qui abandonne aussi «*les logiques d'interventions sectorielles en direction de la jeunesse, pour mettre en place une approche globale qui revisite les principes de justice au fondement des politiques publiques, et pour repenser leur nécessaire combinaison.*»

*Rens. : Jeunesses, Hommes & Libertés n°160, décembre 2012*

# Pour un réel équilibre des intérêts en présence : plaidoyer pour l'instauration d'un accouchement dans la réelle discrétion, en droits belge et français

**Géraldine Mathieu, assistante en droit de la famille, Université de Namur**

**«Il est aussi noble de tendre à l'équilibre qu'à la perfection; car c'est une perfection que de garder l'équilibre» (1).**

***Concevoir et mettre au monde d'un côté, naître et se construire de l'autre, que l'on le veuille ou non, ces deux dimensions sont indissociables. Il est dès lors un préalable indispensable si l'on souhaite aborder sereinement le débat qui nous occupe, de sortir d'une logique manichéenne opposant implacablement le droit de la femme au droit de l'enfant, car cette opposition pose le débat de manière perverse et le confine à la stérilité. En réalité, comme le soulevait déjà Pierre Verdier en 1995, ces droits ne s'opposent pas, ils s'articulent (2).***

Tel est notre credo : passer d'une logique de *hiérarchisation* à une logique de *pondération* des droits en présence, respectueuse de la dignité de la mère et de l'enfant. Les souffrances au demeurant ne sont pas faites pour être hiérarchisées, mais respectées.

Il est également nécessaire, dans un débat aussi passionnel, afin d'éviter un trop rapide clivage entre les deux camps, de faire preuve d'une réelle ouverture d'esprit, condition *sine qua non* pour pouvoir appréhender l'ensemble des intérêts en présence et, notamment, pour arriver à entendre et à reconnaître la souffrance de l'autre, sans jugement ni parti pris. C'est à l'occasion de la lecture d'un article de Jill Marshall (3), au titre plus qu'évocateur «*Concealed births, adoption and human rights law : being wary of seeking to open windows into people's souls*» (4), que nous avons personnellement pu faire cette expérience de quitter, l'espace d'un instant, notre casquette de «*défenderesse de l'intérêt de l'enfant, notamment à connaître ses origines*», pour arriver à percevoir

(1) J. Grenier, Nouveau Lexique, *Paris, Broché, 1969.*

(2) P. Verdier, *«Né sous X»,* in Cahiers de Maternologie - L'accouchement «*sous X*» en question, *n° 5, 1995, p. 78.*

(3) *Professeur à la* Queen Mary, University of London.

(4) J. Marshall, *«Concealed births, adoption and human rights law : being wary of seeking to open windows into people's souls»,* The Cambridge Law Journal, *juillet 2012, n° 71, pp. 325 à 354.*

qu'à l'origine précisément, il y a eu (et sans doute y a-t-il toujours) en écho à la souffrance de l'enfant, la souffrance d'une femme. Nous ne pouvons qu'inviter le lecteur désireux de s'atteler à ce même exercice consistant à «*ouvrir des fenêtres dans son esprit*» à en entamer la lecture. Ce n'est qu'au moyen de cette ouverture d'esprit que nous pourrons faire évoluer le débat afin d'y réintroduire de la complexité [5] dans ce qui est présenté, de part et d'autre, comme simple et élémentaire, puisqu'il ne s'agit, dans chaque camp, que de défendre ses propres intérêts.

Comme le relève le journaliste français Jacques Trémétin : «*L'argument du maintien de l'accouchement sous X comme condition pour éviter des infanticides ne tient pas plus que celui de la nécessité impérative de connaître ses racines pour trouver son équilibre, pas plus d'ailleurs que l'enfant inexorablement attiré par ses géniteurs au détriment de sa famille d'adoption. Il existe des mères renonçant à tuer leur enfant, grâce à la possibilité d'accoucher dans l'anonymat comme des mères infanticides, malgré l'existence de l'accouchement sous X. Il existe des enfants adoptés qui ressentent le besoin irrépressible de connaître leurs racines et d'autres pas du tout. Il existe des familles adoptives qui sont terrorisées à l'idée que leur enfant retrouve ses géniteurs et d'autres qui mettent tout en œuvre pour organiser ces retrouvailles, confiante dans la force de la relation affective. Toute la difficulté réside bien dans la nécessité d'imaginer une législation qui respecte ces différents cas de figure, en répondant aux besoins et aux intérêts des uns et des autres qui, pour être contradictoires ne sont pas forcément incompatibles, pour autant que l'on ne cherche pas systématiquement à les rendre tel. Mais la culture dominante dans notre pays qui consiste à privilégier le 'ou' cartésien au 'et' dialectique, ne nous prépare pas à chercher le consensus, mais plutôt à défendre les intérêts des uns au détriment de ceux des autres*» [6].

## Deux propositions engageantes et engagées

Alors même que les tristes conclusions tirées par Jacques Trémintin semblaient se confirmer dans notre pays, et alors même que dépitée, mais non découragée, nous continuions à prendre connaissance de l'avancée des travaux parlementaires, subitement ravivés par quelques faits dramatiques [7], en déplorant l'absence totale de nuance dont nos parlementaires continuaient à faire preuve [8], nous découvrions avec bonheur, le 10 juillet dernier, une proposition déposée par la sénatrice Elke Sleurs [9] se démarquant enfin de la culture dominante du «*ou*» cartésien pour lui préférer la logique du «*et*» dialectique. Le 17 janvier 2013, une seconde proposition, déposée cette fois par les sénateurs Vanessa Matz, Francis Delpérée et André du Bus [10], intensifiait notre contentement. La lueur d'espoir qu'a suscité chez nous la lecture de ces deux propositions explique la raison pour laquelle nous souhaitons ici en présenter les grandes lignes, dans l'espoir d'offrir aux idées novatrices qu'elles véhiculent le plus large écho.

La ligne directrice fondamentale de ces deux propositions est de refuser l'anonymat pour lui préférer l'instauration d'un *réel* accouchement dans la discrétion, suivi d'une procédure d'adoption «*discrète*». Nous saluons ce choix, qui est d'ailleurs celui prôné par l'Institut Européen de Bioéthique : «*Il faut faire la distinction entre confier son enfant en adoption et l'anonymat de la mère. L'adoption d'un enfant est parfois la meilleure solution pour des femmes en grande détresse, et elle peut être une solution de vie pour l'enfant, mais elle ne peut se faire dans l'anonymat : tout enfant doit, pour se construire, avoir accès à ses origines. De plus, de nombreuses mères souffrent souvent de leur choix fait quelques années plus tôt, et n'ont pas de moyen de recevoir des nouvelles de leur enfant né sous X, fût-ce par un organisme d'adoption ou une autorité d'aide à la jeunesse. Alors qu'en Belgique, où l'anonymat est interdit, on privilégie le droit de l'enfant à connaître ses origines sur le prétendu droit de la mère à l'anonymat, la situation est inversée en France. Par conséquent, une solution serait, pour la Belgique, de proposer la possibilité d'un accouchement dans la discrétion, et pour la France, de remplacer l'accouchement sous X par cette même possibilité*» [11].

Les avantages de ces deux propositions de loi sont nombreux. Elles ont tout d'abord le mérite fondamental de ne pas nier la potentielle souffrance de l'enfant à la recherche de ses origines. Aux termes de la proposition de la sénatrice Elke Sleurs, les renseignements non identifiants «*corrects et détaillés*» concernant la mère seraient systématiquement remis par le service d'adoption à une autorité centrale compétente pour conserver et gérer

(5) *J. Trémintin, «L'interruption volontaire d'anonymat : va-t-on vers un avortement pour l'accouchement sous X ?», Commentaire sous CA Angers, 26 janvier 2011,* JDJ *n° 303 (France), mars 2011, pp. 60 et s.*

(6) Ibidem.

(7) *Deux bébés ont été déposés dans la «boîte à bébé» de l'ASBL Moeders voor Moeders à Anvers en 2012 (l'un en juillet, l'autre en novembre) portant ainsi à 4 le nombre de nouveau-nés déposés en 12 ans.*

(8) *À l'exception de la proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret du 12 octobre 2010 (*Doc. parl.*, Chambre, n° 53-0349/001 et Sénat, 2010-2011, n° 5-347/1) qui prévoit qu'en cas d'opposition de la mère à la divulgation de son identité, une instance indépendante mettra en balance les intérêts de la mère et ceux de l'enfant et appréciera si les informations identifiables peuvent ou non être divulguées.*

(9) *Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en vue de permettre l'accouchement discret, déposée par Mme Elke Sleurs le 10 juillet 2012,* Doc. parl., *Sénat, 2011-2012, n° 5-1705/1.*

(10) *Proposition de loi relative à l'accouchement dans la discrétion, déposée le 17 janvier 2013 par Mme Vanessa Matz, M. Francis Delpérée et M. André du Bus de Warnaffe,* Doc. parl., *Sénat, 2011-2012.*

(11) *Institut européen de bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X»,* Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, *novembre 2007, n° 10, disponible sur www.ieb-eib.org.*

les données relatives à la mère de naissance (*third party*)[12], tandis que l'identité de la mère serait automatiquement transmise par l'officier de l'état civil à cette même autorité, chargée d'en garantir la confidentialité (double avantage d'un recueil systématique et d'une centralisation des données). Les modalités d'accès de l'enfant à ces données seraient déterminées par arrêté royal. La proposition de loi des sénateurs Vanessa Matz, Francis Delpérée et André du Bus de Warnaffe prévoit également la conservation, dans un registre sécurisé tenu auprès du tribunal de première instance (ultérieurement appelé à devenir le tribunal de la famille), des données concernant la naissance de l'enfant, des données identifiantes de la mère et éventuellement du père, ainsi que des données non identifiantes (avec au minimum les données nécessaires au suivi de l'état de santé, des antécédents médicaux de l'enfant et de sa famille) ainsi que toute donnée que la mère ou éventuellement le père estime utile de communiquer à l'enfant. Aux termes de l'article 5 de leur proposition, les autorités centrales de l'adoption seraient compétentes pour garantir à l'enfant, dès qu'il atteint l'âge de 12 ans[13], l'accès à ces informations. Les autorités devraient néanmoins au préalable informer la mère, et éventuellement le père, de la demande de l'enfant[14]. Ceux-ci pourraient s'opposer à cette demande par l'introduction d'une requête auprès du tribunal de première instance, dans le mois de la notification par les autorités[15]. Le juge serait alors à même de décider, en présence de circonstances exceptionnelles, si et quelles données ne pourraient pas être transmises à l'enfant. À défaut d'opposition dans le mois de la notification, les autorités délivreraient les informations à l'enfant[16].

Ces deux propositions constituent ensuite une avancée significative dans le sens d'un plus grand respect du droit à la vie privée de la mère d'origine : respect de son besoin de confidentialité, mais aussi respect de sa santé et de sa vulnérabilité grâce à un accompagnement par des professionnels[17] avant, pendant, mais aussi après l'accouchement (accompagnement qui fait aujourd'hui défaut lors du dépôt d'un nouveau-né dans une boîte à bébé[18]). Le SSI/CIR (Service Social International / Centre international de référence pour les droits de l'enfant privé de famille) rappelle en effet «*l'importance des structures de soutien aux familles en situation de vulnérabilité, des programmes de prévention de l'abandon et des services de planification familiale afin de lutter, autant que faire se peut, contre le cycle de l'isolement dont certaines sont victimes*»[19]. Il insiste aussi sur l'importance de s'intéresser à l'accompagnement délivré aux mères après l'acte d'abandon. Il n'est en effet pas concevable de laisser une femme seule face à son avenir après avoir vécu un évènement aussi douloureux.

Ces deux propositions de loi ne négligent pas non plus la place du père. La proposition de loi d'Elke Sleurs prévoit que si la paternité est établie juridiquement (par la loi, par reconnaissance ou par jugement), l'adoption discrète sera rendue impossible[20]. Quant à l'homme qui revendique la paternité, il dispose d'un droit de recours contre la procédure d'adoption discrète durant un délai de trois mois[21] à dater du dépôt de la requête en adoption[22].

---

*(12) Les données non identifiantes des ascendants de l'enfant à adopter qui devront être recueillies devraient être déterminées par arrêté royal. Elles contiendraient au minimum les informations médicales relatives aux parents biologiques susceptibles de revêtir une importance pour son bon développement ainsi que leurs caractéristiques physiques.*

*(13) Permettre une recherche d'origines dès l'âge de 12 ans, au demeurant sans que soit posée l'exigence du consentement des parents adoptifs, nous paraît fort périlleux, et la démarche risque de s'avérer contre-productive. S'il y a bien un domaine où la dimension temporelle fait sens, c'est celui de la recherche des origines qui est avant tout un processus composé de différentes étapes qu'il est dangereux de vouloir franchir hâtivement. Voir Sandrine Dekens, «Après le droit d'accès aux origines, le droit à l'oubli des origines ?», Accueil, n° 165, Paris, Enfance et Familles d'Adoption, décembre 2012, p. 37.*

*(14) Par courrier recommandé à la poste avec accusé de réception au domicile de chacun d'entre eux. Nous critiquons toutefois cette modalité d'information des parents de naissance. S'agissant d'une information aussi délicate, il nous paraît que sa transmission requière qu'elle soit accompagnée de «relationnel», de «sens», d'«humanisation».*

*(15) Il ne nous paraît pas envisageable de laisser ces parents de naissance seuls avec leur pli recommandé, dans l'attente d'une réaction mûre et réfléchie qu'ils seraient capables d'assumer endéans le mois. Ces parents de naissances devraient bénéficier d'un espace de dialogue et d'écoute, d'un accompagnement pour leur permettre d'identifier leurs sentiments et cela demande du temps. Car si pour la personne en recherche, la rencontre représente l'aboutissement d'une quête, pour la famille d'origine, elle représente le début d'une relation et ce déséquilibre peut être source de conflits pénibles : J. Ledesma del Busto, «Médiation familiale et adoption : une nécessité», Accueil n° 165, Paris, Enfance et Familles d'Adoption, décembre 2012, p. 34.*

*(16) L'accès aux données serait en outre garanti après le décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique, sans que les ayants-droit puissent s'y opposer.*

*(17) «Les équipes hospitalières qui accompagnent un accouchement dans la discrétion peuvent se sentir mal à l'aise à cause de cette situation. Il est donc essentiel que ces équipes bénéficient d'une formation adéquate en vue d'accueillir au mieux la femme en détresse et sa demande. Il est essentiel que ces équipes puissent faire appel à des personnes ressources spécialisées dans l'accompagnement de ces femmes» (Proposition de loi relative à l'accouchement dans la discrétion, déposée le 17 janvier 2013 par Mme Vanessa Matz, M. Francis Delpérée et M. André du Bus de Warnaffe, Doc. parl., Sénat, 2011-2012, Développements, p. 2).*

*(18) Outre le fait que la pratique des boîtes à bébé ne permet pas de s'assurer du libre-arbitre de la mère : comment vérifier qu'elle ne subit pas des pressions de son entourage ? Que la décision d'abandonner son enfant est bien la sienne ?*

*(19) SSI/CIR, Bulletin mensuel n° 05/2012, Éditorial, «Les 'boîtes à bébé' : un mode d'abandon polémique», mai 2012, www.iss-ssi.org*

*(20) On s'interrogera sur l'opportunité d'exclure d'emblée la possibilité pour une femme mariée de recourir à l'accouchement dans la discrétion. Il nous semble préférable de laisser intacte cette possibilité tout en autorisant le mari, à l'instar de ce qui est prévu pour l'homme qui revendique la paternité, de se manifester pour assumer sa paternité dans un délai de 3 mois.*

*(21) Durant ce même délai, la mère disposerait du droit de retirer son «consentement à l'adoption».*

La proposition de loi de Vanessa Matz, Francis Delpérée et André du Bus de Warnaffe permet également à celui qui revendique la paternité et qui soupçonne une grossesse de son épouse ou de sa partenaire ou qui en a connaissance d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant par une procédure de reconnaissance. Certes, on peut arguer de l'ignorance probable de la grossesse par le père. À cet argument, qui ne manquera sans doute pas d'être relevé, nous répondrons que, d'une part, ce risque est déjà présent dans la procédure d'adoption classique, d'autre part, il nous paraît que l'on ne peut laisser indéfiniment un enfant dans un état d'incertitude juridique et psychique au seul nom du droit du père qui souhaiterait ultérieurement se manifester et assumer sa paternité. Le délai de 3 mois proposé par Elke Sleurs, voire même de 2 mois dans la proposition de Vanessa Matz, Francis Delpérée et André du Bus de Warnaffe, est selon nous nécessaire et suffisant pour permettre au père suffisamment proche de la mère de manifester son opposition. Enfin, à tout le moins dans la proposition de la sénatrice Elke Sleurs [23], on ajoutera que rien n'empêchera cet homme de revendiquer ultérieurement l'établissement judiciaire de sa filiation, puisqu'en droit belge [24], l'établissement de la filiation postérieurement à l'adoption est tout à fait possible [25]. Si l'établissement de la filiation ne produit que des effets limités, on pourrait néanmoins imaginer, pour autant que l'intérêt de l'enfant le permette, que le père ainsi désigné ultérieurement obtienne un droit aux relations personnelles à l'égard de l'enfant [26]. En tout état de cause, toute solution qui consisterait à obliger juridiquement la mère non mariée à dévoiler l'identité du père contre sa volonté nous paraît devoir être fermement condamnée [27], d'une part, en ce qu'elle porte atteinte à la vie privée de la mère, d'autre part en ce qu'elle déforcerait nécessairement le dispositif mis en place et conduirait la mère en détresse qui refuse de nommer le père à privilégier des solutions plus radicales, au mépris de l'intérêt de l'enfant : avortement, abandon sauvage, dépôt dans une boîte à bébé [28].

Enfin, la proposition de loi déposée par la sénatrice Elke Sleurs a le mérite de reconnaître le lien existant entre la législation relative à l'accouchement sous X et celle relative à la maternité de substitution [29]. On ne peut en effet perdre de vue que si l'accouchement anonyme était permis, la maternité de substitution à des fins commerciales s'en trouverait aussi sensiblement facilitée.

On relèvera par ailleurs que l'adoption d'une proposition de loi allant dans le sens de celles que nous venons d'analyser mettrait de manière certaine la Belgique à l'abri d'une condamnation par la **Cour européenne des droits de l'homme.** Un recueil systématique des données non identifiantes accessibles à l'enfant (selon certaines modalités encore à déterminer), ainsi que le maintien de la confidentialité de l'identité de la mère, combiné avec l'instauration d'un organe indépendant (*third party,* tribunal de première instance) chargé de pondérer les intérêts en présence exclut en effet selon nous toute condamnation par la Cour de Strasbourg [30].

Les principes posés par ces deux propositions rencontrent également les exigences de la **Convention internationale relative aux droits de l'enfant** ainsi que les critiques du **Comité des droits de l'enfant des Nations unies,** farouchement opposé aux accouchements et aux abandons anonymes, comme le montrent ses observations finales à l'égard de la France en juin 2004 [31], à l'attention de l'Autriche en mars 2005 [32] et à l'attention de la république Tchèque en juin 2011 [33].

---

*(22) Il serait opportun de conditionner cette opposition à l'exigence d'une démarche visant à faire établir la paternité à l'égard de l'enfant, sous peine de quoi tout tiers (frère, père…) pourrait se revendiquer père biologique et empêcher la femme de recourir à l'accouchement discret*

*(23) La proposition de loi de Vanessa Matz, Francis Delpérée et André du Bus de Warnaffe laisse entendre qu'au-delà du délai de deux mois, la décision de la mère ferait office de fin de non-recevoir à l'action en recherche de paternité. Cette option est malheureuse et devrait selon nous être supprimée. La seule décision de la mère d'accoucher dans la discrétion ne devrait pas faire obstacle à la volonté du père biologique d'établir ultérieurement sa paternité.*

*(24) Ce n'est pas le cas en droit français, où l'adoption plénière et même le placement qui la prépare, font obstacle à l'établissement de la filiation (art. 352 du Code civil).*

*(25) Art. 350 du Code civil :* «L'établissement de la filiation de l'adopté à l'égard d'une personne autre que l'adoptant ou les adoptants après que le jugement d'adoption soit coulé en force de chose jugée ne met pas fin à celle-ci. S'il s'agit d'une adoption simple, cette filiation ne produit ses effets que dans la mesure où ils ne sont pas en opposition avec ceux de l'adoption. S'il s'agit d'une adoption plénière, cette filiation ne produit d'autre effet que les empêchements à mariage prévus aux articles 161 à 164».

*(26) Sur la base de l'article 375*bis *du Code civil.*

*(27) En ce sens : Liège, 25 octobre 2012, inédit,* L. et D. c. T.W., *RG 2012/JE/150, réformant Trib. jeun. Namur, 30 avril 2012, inédit, RG 1878/11, à paraître dans la* Revue trimestrielle de droit familial *en 2013.*

*(28) En ce sens : J. Marshall,* op. cit.*; J. Fortin, «Children's right to know their origins – too far, too fast ?»,* Child and Family Quarterly, *Vol 21, n° 3, 2009, p. 345.*

*(29) Voy. également la proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution déposée au Sénat le 9 juin 2011 par les sénatrices Elke Sleurs et Inge Faes,* Doc. parl., *Sénat, 2010-2011, n° 5-1075/1. Aux termes de cette résolution, il est notamment demandé au gouvernement belge de «*faire le point, à cet égard, sur le nombre de femmes belges qui accouchent sous X en France*» et de «*reconnaître le lien existant entre la législation relative à l'accouchement sous X et celle relative à la maternité de substitution*».*

*(30) Voy. à cet égard la conclusion de notre contribution dans cette revue : «D'*Odièvre *à* Godelli *: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'accouchement anonyme a t-elle évolué ?».*

*(31) Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par le Luxembourg, n° 29, CRC/C/15/Add.250, 31 mars 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf,*

*(32) Comité des droits de l'enfant, observations finales, n° 30, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.*

*(33) Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par la République tchèque, juin 2011, CRC/C/CZE/CA/3-4, http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=25257&flag=legal.*

Outre qu'elles vont dans le sens recommandé par le **Conseil supérieur de l'adoption** [34] et **le Commissariat des droits de l'enfant de la Communauté flamande** [35], on relèvera au surplus que ces deux propositions rencontrent bon nombre des critiques formulées par le **Conseil d'État** dans son avis rendu à propos de la proposition de loi du 21 janvier 2009 «*relative à l'accouchement discret*» [36]. On rappellera que le Conseil d'État insistait sur le respect de l'intérêt de l'enfant et prônait dès lors une balance effective des intérêts.

Enfin, nous saluons la place qui est faite à un accompagnement psycho-social approprié, ce qui est évidemment de nature à accroître encore la garantie que l'ensemble du processus puisse s'effectuer dans le respect de la dignité de tous les intéressés. Pour l'Institut Européen de Bioéthique, cette dimension de l'accompagnement est cruciale: «*L'intervention de professionnels chargés de conseiller toutes les parties, et de proposer une médiation lors d'une demande éventuelle de rencontre, s'avère dans la pratique actuelle, en Belgique et dans d'autres pays européens, la meilleure garantie d'humanité du processus. Généraliser pareille intervention pourrait constituer une priorité législative sur toute réforme du Code civil*» [37].

Contrairement aux propositions de loi déposées jusqu'ici, ces deux propositions ne hiérarchisent plus les intérêts en présence, mais tentent d'établir un réel équilibre entre l'intérêt de la femme en situation de détresse et celui de l'enfant qui est mis au monde. Elles entendent et reconnaissent ainsi la réalité de deux souffrances, trop souvent clivées, peut-être parce qu'elles n'apparaissent pas en même temps : la souffrance immédiate d'une femme qui ne désire pas ou ne peut tout simplement pas, pour des raisons qui lui sont propres, assumer au grand jour sa maternité, mais aussi la souffrance ultérieure d'un enfant à la recherche d'informations sur celle qui, l'espace d'un instant, a été sa mère.

## Conclusion

Et voilà l'équilibre atteint : j'entends la souffrance de cette femme qui souhaite, dans l'immédiat, une discrétion autour de son accouchement et qui souhaite confier ensuite, tout aussi discrètement, son enfant en adoption, je la respecte, tout en m'autorisant à entendre la souffrance ultérieure de celui qui ressent le besoin vital de savoir dans quelle histoire il s'origine, et je la respecte tout autant.

Et si au final, dans cette écoute et ce respect mutuel, une autre souffrance, plus lointaine, plus indicible, était, elle aussi, entendue et respectée ? Si l'intérêt de la mère n'était pas si éloigné de celui de l'enfant ? Car si une mère peut aspirer à effacer totalement, au moyen de l'accouchement sous X, une grossesse et une naissance non désirée, elle n'a en réalité aucune chance d'y parvenir. Cette grossesse est inscrite aussi bien dans son corps que dans sa tête qui ont, tous deux, porté l'enfant pendant neuf mois. Comme le relève le Professeurs Jean Hauser, «*On peut refuser les conséquences d'une maternité, on ne peut refuser l'existence d'une maternité parce que c'est un fait qui échappe au droit, même nourri de fictions*» [38]. Dès lors, en croyant bien faire en autorisant une femme à accoucher anonymement, en permettant que ne soit pas inscrit sur le papier et dans la société, une grossesse qui de toute façon est déjà inscrite dans son corps et sa tête, on lui rend à long terme un très mauvais service : «*en effet, en lui permettant de réaliser, au moins en partie, son fantasme (compréhensible) d'annulation-effacement, en lui évitant d'avoir à se confronter à la réalité ('Je suis la mère de cet enfant. Je le sais et il le sait. Je suis donc obligée d'assumer mon acte et de l'inscrire socialement'), on lui fait certainement réaliser, dans l'instant, une importante économie d'angoisse. Mais, dans le même temps, on lui fait prendre un gros risque. Celui d'être, par la suite, obligée (inconsciemment) de trouver une autre façon de manifester cette vérité qui gît en elle et que l'on condamne au secret, un autre moyen de l'inscrire. De les trouver, par exemple, dans une maladie somatique ou une dépression ultérieure*» [39]. Comme le relève la psychanalyste Claude Halmos, dans le domaine du psychisme, les économies à court terme coûtent toujours, à long terme, très cher [40]. Le deuil d'un évènement traumatique ne peut jamais procéder d'un effacement magique du type «*je vais fermer les yeux et je vais penser très fort que ce n'est pas arrivé*». La «*transformation progressive de la blessure en une cicatrice supportable*», ne peut s'instaurer qu'au bout d'un long travail de deuil, lequel «*implique toujours que soit prise, dans la souffrance, toute la mesure de la perte*» [41]. Mais comment faire le deuil de quelque chose qui n'a pas existé, comment mesurer

(34) *Avis du 24 septembre 2008, formulé d'initiative au Gouvernement de la Communauté française, www.cosa.cfwb.be/fileadmin/sites/cosa/upload/cosa_super_editor/cosa_editor/documents/Avis_N__05_du_24_septembre_2008_relatif_aux_meres_porteuses.pdf.*

(35) *Kinderrechtencommissariaat,* Advies Discreet bevallen*, 16 février 2009.*

(36) Doc. parl., *Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/2.*

(37) *Institut européen de bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X»,* Les Dossiers de l'Institut Européen de Bioéthique, *novembre 2007, n° 10, disponible sur www.ieb-eib.org.*

(38) *J. Hauser,* RTD civ., *2003, p. 13.*

(39) *C. Halmos,* Pourquoi l'amour ne suffit pas, *Paris, NiL éditions, 2006, p. 58.*

(40) Ibidem, *p. 56.*

(41) Ibidem, *p. 55.*




cette perte si l'on fait comme si rien ne s'était passé ? Pas de grossesse, pas d'accouchement, pas d'enfant : aux yeux de la loi, cette femme n'a accouché de personne. La baguette magique du législateur a fait disparaître le fait même de l'accouchement, elle autorise qu'un évènement aussi important dans la vie d'une femme ne s'inscrive ni socialement, ni symboliquement créant ainsi un décalage entre la réalité biologique, physiologique et une réalité sociale. «*D'une façon très paradoxale la loi organise le refoulement, voire le déni, faisant de cet accouchement un 'non acte'*» [42].

On comprend ainsi que nier complètement la réalité de l'accouchement, en effaçant toute trace de celui-ci, rencontre certes, l'espace d'un temps, le besoin de confidentialité de ces femmes en détresse, mais nie totalement leur souffrance à plus long terme, tirée du déni dans lequel le législateur les aura ainsi aidées à plonger [43]. Et leur souffrance se trouve encore accentuée dès lors que la loi ne leur impose aucune obligation et leur laisse le choix de transmettre ou non leur identité, ce qui fait peser sur leurs épaules une responsabilité écrasante dans un contexte qui n'est pas favorable à une réflexion sereine et posée. Comme le relève le Dr Pauline Tiberghien, gynécologue et obstétricienne française, farouche opposante à l'anonymat : «*la signature de l'acte d'abandon sous X se fait dans l'urgence et la peur. Les femmes ne sont pas forcément averties ou n'ont pas forcément compris les conséquences à long terme de l'anonymat pour elles et leur enfant. Il ne restera aucune trace écrite, aucune existence légale de leur grossesse. Pire, elles n'ont jamais accouché. Ces mères de l'ombre sont condamnées à vivre ce secret dans la culpabilité et la honte. Cette loi n'est pas un droit donné aux femmes, mais un déni de la femme*» [44].

L'abandon anonyme d'un enfant est un acte extrême, qui suscite au sein de la société, mais aussi au plus profond de chacun, et plus encore de chacune, des réactions extrêmes, qui sont susceptibles de fausser le débat. Soit nous répugnons à envisager qu'une femme puisse en venir à un acte aussi terrible, soit nous préférons *gommer* cet acte inhumain en faisant comme si de *rien* n'était. Comme le souligne Catherine Girard, responsable du service AGE-MOISE à Paris en 1995 : «*Une femme enceinte se confronte nécessairement à des désirs ou des sentiments contradictoires faisant émerger en elle un conflit intrapsychique plus ou moins difficile à surmonter. Parfois, dans certaines situations exceptionnelles, l'abandon de l'enfant à la naissance apparaît comme la seule issue possible. Or l'abandon d'enfant au XX^ème^ siècle, dans notre société, dérange ; il nous dérange dans nos certitudes, nos mythes [45], dans nos valeurs. La loi sur l'accouchement anonyme n'est qu'une réponse à ce malaise et rend ce comportement socialement acceptable tout en le 'dépersonnifiant'*» [46].

La clé du problème réside sans doute dans l'élargissement du débat : l'abandon d'enfant est intrinsèquement lié à la difficulté d'être mère, difficulté qui peut s'expliquer pour diverses raisons. Accepter que certaines femmes ne peuvent assumer une maternité sans les juger ni les condamner, sans vouloir à tout prix «*faire comme si*» rien ne s'était passé, sous prétexte de les aider, revient finalement à stigmatiser l'acte d'abandon, là où il est tout à fait possible de reconnaître et valoriser l'acte responsable posé par une femme en détresse qui fait le choix conscient de confier son enfant en adoption, reconnaissance qui implique certes un accompagnement des parents d'origine ainsi qu'une reconnaissance des origines de l'enfant [47].

«*Adopter et accompagner un enfant adopté, c'est accepter leur première histoire de vie, le désir et la pulsion qui ont présidé à cette naissance sans jugements ni préjugés. Inversement, confier un enfant en vue d'adoption, sous réserve d'un accompagnement respectueux et patient, c'est reconnaître à celui-ci son droit à interroger ce désir inscrit en lui comme 'l'arbre est dans l'oiseau qui le quitte'*» [48].

(42) *C. Girard, «Les secrets de l'accouchement anonyme»,* in Cahiers de Maternologie- L'accouchement «*sous X*» en question, *n° 5, 1995, p. 36.*

(43) *Voy. à cet égard le témoignage d'une assistante sociale spécialisée : C. Lecoeur, «Comme si de* rien *n'était», »,* in Cahiers de Maternologie- L'accouchement 'sous X' en question, *n° 5, 1995, pp. 47 et s.*

(44) *Propos recueillis par l'Institut européen de bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X», précité.*

(45) *Sur le fameux «mythe» de l'amour maternel, voy. not. C. Halmos,* op. cit.

(46) *C. Girard,* op. cit., *p. 35.*

(47) *En ce sens : Institut européen de bioéthique, «Le droit de savoir d'où je viens : problématique de l'accouchement sous X», précité.*

(48) *A. Bretonnière–Fraysse, «Désir d'origines, aux origines du désir»,* Le journal des psychologues, *2006/6, n° 239, p. 30.*

## Demande d'explications de M. Bert Anciaux à la ministre de la Justice sur «le droit de la jeunesse et la situation des jeunes dans la société» (n° 5-2445)

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – En 2011, plus de 10 000 enfants ont fait l'objet de plus de 7 000 signalements pour maltraitance et/ou négligence, rien qu'en Flandre. Il s'agit d'une hausse alarmante de 8% par rapport à 2010. Selon les données communiquées par Kind en Gezin, 39% des cas concernent une maltraitance ou négligence physique, 34% une maltraitance ou négligence émotionnelle et 26% des abus sexuels. 351 auteurs sont mineurs.

Ces chiffres nous confrontent à une réalité particulièrement dure. Alors que les atrocités commises par des personnages monstrueux comme Dutroux leur ont valu la une des médias pendant des mois, ces récits semblent faire partie des événements banals de notre société. Il en est de même pour les cas de plus en plus préoccupants d'enfants vivant dans la pauvreté, le décrochage scolaire, etc.

Cela cache sans doute une réalité plus grave. Même si un enregistrement plus méticuleux contribue sans doute à une meilleure connaissance de ces faits, on peut soupçonner l'existence d'un courant sous-jacent dans lequel les enfants et les jeunes sont de plus en plus souvent victimes d'abus, de négligences et de délits. Les chiffres prouvent que notre société produit de plus en plus de jeunes blessés et dès lors vulnérables, voire agressifs.

Ce raisonnement est paradoxal vu le mantra que clament les médias et divers coryphées politiques qui dépeignent plutôt les jeunes comme des auteurs de délits. Le discours sur les jeunes s'est indéniablement durci au cours des dernières décennies. La vision pédagogique qui a inspiré la loi de 1965 sur la protection de la jeunesse a presque entièrement fait place à une approche répressive. Le statut particulier des mineurs, personnes non encore stabilisées mais en pleine croissance, leur a procuré une latitude juridique particulière axée sur l'octroi d'une seconde chance et le maintien de perspectives d'avenir convenables. Cette approche semble avoir irrémédiablement disparu.

Simultanément, les scientifiques prouvent de manière de plus en plus convaincante que le développement du cerveau reste actif et dynamique jusqu'à l'âge de 23 ans. Ces résultats devraient en fait nous apprendre que les personnes restent jeunes au-delà de la limite arbitraire fixée actuellement à 18 ans. Dans la logique du droit de la jeunesse, cela signifierait que la responsabilité, liée à l'âge adulte, se situe plutôt au début de la vingtaine qu'à la fin de la dizaine.

Je ne plaide cependant pas purement et simplement pour un allongement de la minorité et un report de la responsabilité.

Je suis tout à fait prêt à accepter une évolution progressive présentant plusieurs dimensions. Je suis surtout préoccupé par le statut des jeunes pour qui il n'est pas évident de trouver un équilibre entre la protection et le paternalisme, entre la responsabilisation et la limitation de certains comportements, entre la répression et le bénéfice d'une deuxième, troisième, voire quatrième chance en cas de dérapage.

La ministre reconnaît-elle que la situation des jeunes dans la société, surtout quant à leur vulnérabilité et dans une optique juridique, n'évolue pas favorablement et que les jeunes et les enfants sont de plus en plus souvent victimes de maltraitance et d'abus ? Pense-t-elle comme moi que cette plus grande vulnérabilité contraste fortement avec l'approche de plus en plus répressive des jeunes qu'ont les médias, de nombreux responsables politiques et la justice ? Quelle est la position de la ministre face à ce paradoxe ? Avec quel enthousiasme adhère-t-elle encore à l'objectif éminemment pédagogique et offensif du droit de la jeunesse de 1965 ? Adhère-t-elle plutôt à la tendance plus défensive et répressive qui s'est affirmée ces dernières années dans le discours de la justice à l'égard des jeunes ?

Comment évalue-t-elle les instruments dont dispose la justice pour aborder les jeunes délinquants ? Quels sont, selon elle, les manquements et les lacunes, quels signaux d'alarme reçoit-elle, quelles sont les priorités de sa politique dans ce domaine ?

**Mme Annemie Turtelboom,** ministre de la Justice. – Le nouveau plan national de sécurité 2012-2015 considère à raison la violence intrafamiliale comme un phénomène criminel prioritaire, vu son ampleur, l'approche dont elle fait l'objet et son incidence sur la sécurité et le bien-être de nombreuses personnes. Est considérée comme violence intrafamiliale toute forme de violence physique, sexuelle, psychique ou économique entre des membres d'une même famille, quel que soit leur âge. Les services de police ont déjà pris les initiatives nécessaires pour intervenir de manière qualitative et réactive.

Le sénateur Anciaux parle également des mineurs en tant qu'auteur de délits et du droit de la protection de la jeunesse en général. Ce droit vise à l'éducation, à la responsabilisation, à la réorganisation sociale et à la protection de la société. La loi de 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction a été modifiée pour la dernière fois par les lois du 15 mai 2006 et du 13 juin 2006. Ces lois offrent un éventail plus large de mesures que le juge peut prononcer ou que le parquet peut proposer pour un mineur qui a commis un fait qualifié d'infraction. L'accord de gouvernement du 1er décembre 2011 prévoit une communautarisation des matières suivantes : la définition de la nature des mesures à l'égard des jeunes, les règles relatives au dessaisissement, les règles relatives au placement dans une institution fermée, les institutions fermées en vertu de règles d'exécution à déterminer. Ma cellule stratégique et celles du premier ministre et des secrétaires d'État chargés des réformes institutionnelles préparent les textes y relatifs qui seront ensuite soumis à la Comori.

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – Je me réjouis que la lutte contre la violence intrafamiliale soit inscrite dans le plan national de sécurité. Est-ce la première fois ?

**Mme Annemie Turtelboom**, ministre de la Justice. – Je pense que ce point était déjà précédemment une priorité du plan national de sécurité, je devrais le vérifier, mais je sais que l'on y est très attentif.

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – C'est une bonne chose. Pour moi, la loi sur la protection de la jeunesse ne vise pas tant à protéger la société contre les comportements criminels des jeunes qu'à protéger les jeunes contre eux-mêmes. C'est ce qui rend cette loi unique. Cette matière n'est pas encore communautarisée et je me permets donc de demander à la ministre d'être attentive au fait que, depuis quelque temps, se dessine une tendance dangereuse à donner aux jeunes moins de chances que par le passé. Nous exigeons de plus en plus des jeunes et le droit à l'erreur, dont j'ai été un exemple pendant toute ma jeunesse, n'est en fait plus accepté. Cette tendance se manifeste par la mauvaise exécution des amendes infligées à titre de SAC ainsi que lors de l'application de la protection de la jeunesse.

**M. le président.** – Sur le fond, M. Anciaux a raison, les jeunes ont aujourd'hui de moins en moins de possibilités de développer leurs talents. Peut-être devrions-nous consacrer à ce thème un débat plus approfondi. Je regrette toutefois que nous n'ayons pas le temps d'organiser des débats au sein de la commission de la Justice. Ce rôle incombe, selon moi, davantage au Sénat qu'à la Chambre.

**Mme Annemie Turtelboom**, ministre de la Justice. – Je pense comme vous que nous devrions mener davantage de débats à long terme. Cela se fait trop rarement en politique.

*Sénat de Belgique - Session ordinaire 2012-2013 - Commission de la Justice - Mercredi 7 novembre 2012 - Séance du matin - Annales - 5-178COM, p. 19.*

## Demande d'explications de M. Bert Anciaux à la ministre de la Justice sur «*la possibilité d'installer des avocats de l'État*» (n° 5-2513)

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – Depuis pas mal de temps, je suis persuadé que nous devrions installer des «*avocats de l'État*». Ceux qui trouvent obscène le mot «*État*» peuvent évidemment les baptiser autrement.

Dans la foulée de la législation *Salduz*, l'UE prépare une directive imposant l'assistance d'un avocat lors de toute audition. Aujourd'hui, la police et la justice peinent déjà à appliquer correctement la législation *Salduz*, alors que les avocats sont confrontés à de nombreux appels urgents qui peuvent survenir à tout moment. La directive européenne en gestation créera certainement des goulets d'étranglement aussi indésirables que néfastes.

Le concept d' «*avocat de l'État*», connu en Grande-Bretagne et aux États-Unis sous le nom de «*public defender*», peut offrir une solution : il s'agit d'avocats salariés employés par les pouvoirs publics. Bien sûr, des questions se posent, notamment quant à leur indépendance. Mais des problèmes similaires se rencontrent ailleurs, par exemple, chez les médecins qui travaillent pour l'Office des étrangers.

Qu'un avocat soit salarié implique une relation hiérarchique évidente qui doit respecter une caractéristique de l'avocat, à savoir son indépendance professionnelle et sa loyauté inconditionnelle à l'égard de son client plutôt que de son employeur. Par ailleurs, bien des avocats semblent prêts à s'insérer dans le confort relatif du milieu des fonctionnaires. Les hypothèses sous-jacentes sont claires : l'intervention plus rapide et plus efficace d'avocats spécialisés, pour un coût nettement moins élevé.

Comment la ministre évalue-t-elle et apprécie-t-elle le concept d'avocat de l'État ou «*public defender*», à savoir un avocat au service des autorités et néanmoins pleinement habilité à plaider ? La ministre partage-t-elle l'opinion de beaucoup d'acteurs selon lesquels cela pourrait contribuer à une justice plus adéquate, accessible et juridiquement correcte, tout en limitant les coûts ? La ministre a-t-elle des projets ou des propositions en ce sens ? Si oui, quelles en sont les lignes de force et le calendrier ?

Une observation complémentaire : notre sécurité sociale est une des plus belles réalisations qu'ait connues notre pays. La défendre et en souligner l'utilité reste un défi majeur. Mais malheureusement, la sécurité sociale n'englobe pas l'assistance juridique, l'accès à la Justice, et c'est ici que se creuse le fossé entre ceux qui peuvent mobiliser une batterie d'avocats pour faire triompher leur cause et les autres. L'idée d'un «*public defender*» peut favoriser l'accès de tous à la justice. Peut-être les autorités devraient-elles en faire un défi fondamental, comme les soins de santé ou les pensions.

Le «*public defender*» pourrait être financé en partie par les primes qu'actuellement les gens payent volontairement pour l'assistance juridique. D'une première étude que j'ai initiée et qui est loin d'être achevée, il semble que le total de ces primes représente une somme énorme.

J'espère trouver rapidement d'autres partisans des «*public defenders*».

**Mme Annemie Turtelboom**, ministre de la Justice. – Une réforme de notre Justice est indispensable pour maintenir la viabilité du système d'aide de deuxième ligne, surtout à la lumière de la directive européenne en projet. Selon toute probabilité, le Conseil européen de décembre approuvera une directive qui nous imposera de modifier notre droit pénal. Nous aurons trois ans pour le faire. Et la Commission européenne édictera l'an prochain, sans doute en mars, une directive relative à l'aide juridique gratuite. Nous devons préparer des réformes dans ces deux domaines.

En Belgique, nous fonctionnons pour le moment avec un système d'enveloppes fermées et de points pro Deo. En dix ans, les fonds publics pour l'aide juridique ont augmenté de 175%, de 25,27 millions d'euros en 2001 à 69,45 millions en 2011. En vue de maîtriser les coûts, on pourrait instaurer un système d'avocats de l'État ou «*public defenders*», comme au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada.

Cette piste a été exposée lors de la Journée d'étude Évaluation de la loi *Salduz* et regard sur l'avenir du 18 septembre 2012 et figure aussi dans l'étude de l'INCC sur l'aide juridique de deuxième ligne. On a tout de suite observé que ce système, par exemple, au Royaume-Uni, n'est pas forcément moins onéreux. Ce n'est donc pas seulement pour des raisons budgétaires qu'on peut préférer cette option. C'est important, car d'aucuns la choisiraient du fait qu'elle coûterait moins à l'État.

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – On prétend souvent le contraire, que ce système est plus coûteux pour le trésor public. Ce n'est donc pas nécessairement le cas ?

**Mme Annemie Turtelboom**, ministre de la Justice. – Cela dépend de qui a droit à l'aide juridique gratuite. La nouvelle directive du Conseil européen du printemps prochain stipulera ainsi qu'un justiciable a droit à un avocat à chaque phase de la procédure. Dans notre système, l'aide juridique est gratuite lorsque le justiciable répond à certains critères, mais l'avocat est rémunéré. Notre budget explose, ce que nous ne pouvons plus nous permettre dans le contexte économique difficile que nous connaissons. La Belgique a été la seule à s'opposer à cette nouvelle directive de l'UE, à la différence d'autres États membres appliquant un tout autre système où le justiciable a certes droit à un avocat, mais celui-ci n'est pas toujours payé par la collectivité. La situation est complètement différente.

Je suis convaincue que nous devons réformer l'aide de deuxième ligne, ces prochaines années, voire ces prochains mois, afin de pouvoir vraiment aider quiconque en a vraiment besoin.

Si le système en question devait être instauré, il faudrait que l'indépendance des avocats y soit garantie. Mais, comme l'a également dit M. Anciaux, c'est déjà le cas pour les médecins au service de l'Office des étrangers ou ceux qui vérifient si des fonctionnaires sont réellement malades. Et, au niveau flamand, les fonctionnaires de l'environnement jouissent d'un statut leur assurant une certaine indépendance.

Nous sommes en train d'évaluer l'opportunité d'installer des avocats de l'État en Belgique. Puisque nous sommes de toute manière contraints de réformer, mettons toutes les options sur la table et n'hésitons pas à réfléchir en dehors du système présent. Nous voulons surtout nous demander si cette option présente un bon rapport qualité/coût.

**M. Bert Anciaux** (sp.a). – Cette réponse me satisfait, car elle ouvre la voie à une discussion ultérieure. Je crois dur comme fer en ce système d'avocats de l'État.

**M. le président**. – Depuis le début du débat autour de *Salduz*, je demande que, si l'on alloue des moyens supplémentaires pour les avocats, on destine aussi un budget spécial aux auxiliaires de justice : les interprètes, les médecins et les experts qui sont souvent désignés par la Justice. Je déplore de ne pas avoir été suivi sur ce point. La législation *Salduz* a pour effet que, dans les commissariats, les agents de police se retrouvent nez à nez avec des avocats, ce qui, pour eux aussi, est un contexte nouveau.

**Mme Annemie Turtelboom**, ministre de la Justice. – Peut-être faudrait-il aussi prévoir un budget supplémentaire pour toutes les demandes d'explications que M. Anciaux adresse aux ministres. (Rires)

**M. le président**. – J'ai eu la même discussion avec le précédent ministre de la Justice, dans cette commission ainsi qu'en séance plénière, car je pense qu'un budget spécial doit être dégagé non seulement pour les avocats, mais aussi pour d'autres auxiliaires de justice. Cela me semble logique.

*Sénat de Belgique - Session ordinaire 2012-2013 - Commission de la Justice - Mercredi 7 novembre 2012 - Séance du matin - Annales - 5-178COM, p. 32.*

## Question écrite n° 5-6604 de Bert Anciaux du 29 juin 2012 à la secrétaire d'État à l'Asile et la Migration, à l'Intégration sociale et à la Lutte contre la pauvreté, adjointe à la ministre de la Justice

**Service des tutelles du Service public fédéral Justice - Fonctionnement - Direction - Qualité et connaissances pratiques – Évaluation asile politique minorité civile tutelle**

Nombre de tuteurs de mineurs étrangers non accompagnés se plaignent de différents aspects du fonctionnement du Service des tutelles, qui fait partie du SPF justice.

On signale les problèmes suivants :

- À aucun moment, ils n'observent le moindre signe de présence effective du fonctionnaire dirigeant. Celui-ci ne signe jamais de document et ne se montre jamais aux tuteurs, bref brille publiquement par son absence, ne semble pas motivé à prendre ses responsabilités publiques et ne manifeste en aucune manière sa vision et ses préoccupations.
- Aucun membre du personnel n'ayant d'expérience en tant que tuteur, le Service ne se rend pas ou guère compte de ce que signifie la tutelle dans la réalité quotidienne. Cette distance mène souvent à l'incompréhension de l'action des tuteurs, de leurs interrogations et de leurs besoins.
- Bien que les premiers contacts (pour autant qu'ils aient lieu...) se déroulent dans une bonne atmosphère, la relation entre le Service et les tuteurs semble se distendre, une fois ceux-ci en fonction.

Voici mes questions :

**1)** La secrétaire d'État dispose-t-elle d'une évaluation du Service des tutelles au sein du SPF Justice ?

**2)** (Re)connaît-elle les problèmes formulés par de nombreux tuteurs en matière de qualité du service, de disponibilité et de visibilité du fonctionnaire dirigeant, etc. ?

**3)** Comment évalue-t-elle la constatation que des lettres et des courriels adressées à la haute hiérarchie du SPF Justice restent sans réponse ?

**4)** Comment apprécie-t-elle le témoignage relatif à des courriels d'agents du Service des tutelles imposant des procédures déterminées aux tuteurs, démentis peu après oralement par des supérieurs hiérarchiques sans que les courriels ne soient retirés, ce qui rend la procédure tout à fait confuse ? Le dialogue, sous quelque forme que ce soit, entre le service et les tuteurs, en devient difficile et bien des points restent en souffrance.

**5)** La secrétaire d'État admet-elle la critique de nombreux tuteurs portant sur le manque d'expérience pratique des agents du Service des tutelles quant à la façon dont les tuteurs assument leur mission dans la réalité quotidienne ? Reconnaît-elle que c'est source de problèmes ?

**Réponse reçue le 14 novembre 2012 :**

L'Honorable Membre trouvera ci-après la réponse à ses questions.

**1 à 4.** Le Service des Tutelles est un des services de la Direction générale Législation, Libertés et Droits fondamentaux, qui relève de la direction Droits fondamentaux. Le fonctionnement du Service des Tutelles fait l'objet d'un suivi régulier.

Le Service des Tutelles se concerte constamment avec les tuteurs, les associations qui représentent les tuteurs indépendants et celles qui les emploient. Les responsables hiérarchiques précités participent à ces concertations. Les tuteurs et les associations ont également la possibilité de les rencontrer personnellement. Les associations sont accueillies régulièrement au SPF Justice. Des collaborations sont menées avec elles afin de gérer le nombre croissant de Mineurs étrangers non accompagnés (MENA) entrés en Belgique au cours des trois années écoulées. Enfin, des séances d'information sont organisées régulièrement pour les tuteurs. Ils peuvent ainsi signaler les problèmes auxquels ils sont confrontés.

L'affirmation selon laquelle le chef de service n'assume pas son rôle de fonctionnaire dirigeant et que les lettres des tuteurs restent systématiquement sans réponse est incorrecte.

Le Service des Tutelles met tout en œuvre pour corriger les anomalies constatées, et ce dans les limites des moyens disponibles. Bien entendu, certaines difficultés dépassent les compétences de l'administration. Le Service des Tutelles m'informe des résultats obtenus et des améliorations pouvant être apportées. À cet effet, un groupe de travail (auquel prennent part les tuteurs et leurs associations) a été récemment été mis sur pied afin d'établir les directives générales pour les tuteurs.

**5.** Les missions légales que doivent remplir le Service des Tutelles et les tuteurs sont multiples et variées. Elles ont cependant toutes pour objectif de rechercher l'intérêt du mineur. Le Service des Tutelles a notamment pour missions principales de coordonner l'organisation matérielle du travail des tuteurs et d'assurer la surveillance de ceux-ci.

Le Service des Tutelles est une équipe pluridisciplinaire composée de fonctionnaires possédant une formation juridique et sociale. Tous travaillent depuis des années avec des MENA et bénéficient d'une longue expérience dans le domaine de l'aide sociale à la jeunesse. Une partie d'entre eux ont contribué dès le départ (en 2004) à la mise en place du système de tutelle spécifique, à la création du Service des Tutelles ainsi qu'à la formation et au soutien des premiers tuteurs et de ceux qui leur ont succédé. Affirmer que les fonctionnaires du Service des Tutelles manquent d'expérience pratique est tout bonnement absurde.

*Sénat de Belgique - Session ordinaire 2011-2012 - 29 juin 2012.*

## BIBLIOGRAPHIE

### L'enseignement défaillant en tête du hit-parade

Le 24 janvier dernier, Bernard De Vos, Délégué général aux droits de l'enfant, présentait son rapport annuel 2011/2012 devant le parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles. L'auditoire n'était pas très rempli – 17 parlementaires –, mais trois commissions étaient représentées : jeunesse, petite enfance et éducation. Ce qui fait dire au Délégué, dans une petite capsule vidéo diffusée sur le site enlignedirecte.be, que la transversalité inhérente à sa fonction produit tout de même des effets positifs. Le rapport est comme toujours d'une grande richesse, et, ce qui ne gâche rien, sa présentation très dynamique rend sa lecture agréable. C'est un document incontournable pour pouvoir se faire idée de la situation des droits de l'enfant en Fédération Wallonie-Bruxelles. Il permet aussi, d'année en année, de constater les avancées, même si, comme le souligne Bernard De Vos, ces dernières sont faibles et que certaines difficultés persistent.

### *Pax romana*

Comme l'année dernière, c'est l'enseignement qui occupe la tête du hit-parade en matière de plaintes: un peu plus de 20% d'entre elles concernent en effet des problèmes de violence, d'exclusion, de discrimination ou d'accessibilité en milieu scolaire. Le délégué a ainsi plaidé, devant les parlementaires, pour un *pax romana* sur les questions scolaires, qui permettrait d'apporter des réponses cohérentes au-delà d'une seule législature et de construire cette école plus juste et inclusive qu'il appelle de ses vœux. Sur le même sujet, le service montre qu'il a intégré de nouvelles préoccupations (les enfants à haut potentiel, les écoles de devoirs) et rapporte quelques cas édifiants, comme celui de ce professeur qui a ligoté un élève sur sa chaise ou de cet enfant handicapé menacé d'être déscolarisé en raison des difficultés de sa mère à payer les frais d'internat. Dans la partie consacrée aux questions familiales, le rapport présente notamment l'avancement du projet de création du tribunal de la famille et se penche sur les questions de filiation et de parentalité. Un morceau est consacré aux stratégies douteuses de Child Focus pour lutter contre les abus sexuels et la pédopornographie (que nous avions aussi dénoncé dans le *JDJ* n° 313). Les mineurs étrangers font aussi l'objet d'un chapitre détaillé, qui revient, entre autres, sur l'initiative de médiation institutionnelle lancée par le Délégué pour tenter de mettre fin au ping-pong institutionnel sur la question de l'accueil des mineurs étrangers non accompagnés. Les effets de la sixième réforme de l'État sur la prise en charge des mineurs délinquants font aussi leur entrée dans le champ de préoccupations du service, qui pointe le risque de discrimination entre les mineurs néerlandophones, francophones et bruxellois et plaide pour la disparition de la section des dessaisis du centre fédéral fermé. Les questions de santé, de promotion des droits de l'enfant et de partenariat international (notamment avec le Congo) clôturent ce document à mettre entre les mains de tous les professionnels de la jeunesse. (AM)

*Le rapport est accessible sur le site www.dgde.cfwb.be*

## FAIT QUALIFIÉ INFRACTION – COMPÉTENCE ET PROCÉDURE (SUITE)

### BRUX., 30ÈME CH. DE LA JEUNESSE, 29 JUIN 2009, ARRÊT N° 188/09 (N° DU GREFFE 2008PJ264 ET N° DU PARQUET JEU 483/08)

**Fait qualifié infraction – Procédure – Droits de la défense – Absence de droit à l'assistance d'un avocat lors du premier interrogatoire par la police – Vu les garanties procédurales offertes par le système juridique belge et la manière dont s'est déroulée en l'espèce la procédure, l'absence de l'assistance d'un avocat lors de l'interrogatoire ne constitue pas une atteinte irrémédiable aux droits de la défense et aux règles du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme - Poursuites recevables**

*En cause de B. C.*

**RECEVABILITÉ DES POURSUITES**

**1.B.** CA. sollicite de déclarer les poursuites irrecevables en raison de l'absence de l'assistance d'un avocat dès le premier interrogatoire par la police.

**B.** CA. invoque que l'absence de l'assistance d'un avocat lors de son premier interrogatoire par la police judiciaire le 9 juin 2004 constitue une violation de l'article 6, § 3, c) de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'il ne peut plus dès lors bénéficier d'un procès équitable. Il se réfère principalement à l'arrêt *Salduz c. Turquie*, rendu le 27 novembre 2008 par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'article 6, § 3, c) précité dispose que «*3. Tout accusé a droit notamment à : (…)*

*c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défendeur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent*».

Dans l'affaire *Salduz*, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle (§ 50) que si l'article 6 a pour finalité, au pénal, d'assurer un procès équitable devant «*un tribunal*» compétent pour décider «*du bien fondé de l'accusation*», il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. Ainsi, l'article 6, spécialement son paragraphe 3 peut jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si, dans la mesure où, son inobservation initiale risque de compromettre gravement l'équité du procès.

La cour réaffirme (paragraphe 51) que, quoique non absolu, le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable. Cela étant l'article 6, § 3, c) ne précise pas les conditions d'exercice du droit qu'il consacre. Il laisse ainsi aux États contractants le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir, la tâche de la Cour consistant à rechercher si la voie qu'ils ont empruntée cadre avec les exigences d'un procès équitable.

Elle relève qu'une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure pénale ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police. Ce droit que la Convention n'énonce pas expressément, peut toutefois être soumis à des restrictions pour des raisons valables. Il s'agit donc, dans chaque cas, de savoir si, considéré à la lumière de la procédure dans son ensemble, elle a ou non privé l'accusé d'un procès équitable. (§ 52)

La cour poursuit en soulignant l'importance de protéger l'accusé contre toute coercition abusive des autorités (§ 53), d'éviter de fonder une condamnation sur des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions et de faire en sorte que soit respecté le droit de tout accusé de ne pas s'incriminer lui-même.

La cour estime que dans ces conditions, «*pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1 demeure suffisamment «concret et effectif» (paragraphe 51 ci-dessus), il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction – quelle que soit sa justification – ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 (voir,* mutatis mutandi, Magee, *précité § 44). Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation.*» (§ 55)

L'analyse de cet arrêt permet de retenir que la Cour n'a pas entendu faire du droit à l'assistance de l'avocat un droit

absolu. La cour permet de restreindre ce droit lorsqu'il existe des circonstances particulières qu'elle ne détermine pas davantage. C'est essentiellement lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une condamnation qu'est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense.

En l'espèce, l'arrêt constate effectivement que la cour de sûreté de l'État turc a fait de la déposition livrée à la police par l'accusé mineur d'âge la preuve essentielle justifiant sa condamnation, malgré sa contestation de son exactitude et de l'impossibilité pour lui de se faire assister par un avocat alors qu'il se trouvait en garde à vue, ce qui a irrémédiablement nui à ses droits de la défense.

Répondant à des moyens similaires à ceux invoqués dans les conclusions de B. CA., la Cour d'assises de la province de Liège a dans un arrêt du 30 mars 2009 (1) indiqué à bon droit que «*La Belgique n'était pas partie devant la cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire* Salduz *; cet arrêt ne peut avoir autorité de chose jugée à l'occasion d'une autre affaire et, plus largement dans l'ordre juridique belge* (2). *Certes, en règle, l'interprétation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme s'incorpore à la norme interprétée* (3)*; toutefois pour qu'un enseignement jurisprudentiel puisse servir de fondement uniforme à l'interprétation d'une norme conventionnelle dans tous les États parties, il faut au préalable lui reconnaître une certaine constance et qu'il porte sur un point tranché de manière suffisamment claire et générale pour pouvoir être transposé dans des systèmes de tradition différente* (N° du greffe 2008pj264 et N° du parquet JEU 483/08) (4)».

Cette Cour a très justement déduit qu' «*Il ressort des termes de l'arrêt* Salduz c. Turquie *que la Cour européenne des droits de l'homme n'a nullement entendu garantir de manière absolue la présence d'un avocat à tous les stades de la procédure pénale. L'arrêt se borne à encadrer la manière dont une personne peut être privée du droit d'être assistée d'un conseil au début de la procédure ainsi que la mesure dans laquelle il peut être tenu compte de déclarations effectuées hors la présence d'un avocat pour fonder une condamnation.*

*L'arrêt vise à empêcher toute contrainte exercée pour obtenir des aveux, contrainte qui ne serait probablement pas exercée en présence d'un avocat*».

Depuis cet arrêt, la Cour européenne a effectivement confirmé cette jurisprudence et notamment plusieurs fois dans des affaires contre la Turquie où elle réitère les principes de l'arrêt *Salduz* (§§ 50-55), observant que les déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue sont utilisées comme preuve essentielle d'une condamnation ( voir : 3 février 2009 *Amutgan c. Turquie* (requête n° 51138/04), *Cimen c. Turquie* (requête n° 19582/02), *Sukran Yildiz c. Turquie* (requête n° 4661/02) 17 février 2009, *Aslan et Demir c. Turquie* (requêtes n° 38940/02 et 5197/03), *Ibrahim Ozturk c. Turquie* (requête n° 16500/04) ;

Dans les deux autres affaires citées soit *Panovits c. Chypre* (requête n° 4268/04 et *Chabelnik c. Ukraine* (requête n° 16404/03/, les mêmes principes sont appliqués ; la Cour relevant dans l'arrêt contre l'Ukraine qu'il y a eu violation de l'article 6, §§ 1 et 3 au motif que les déclarations à charge du requérant ont été recueillies en l'absence de son avocat et dans des circonstances obscures susceptibles de faire légitimement douter des pratiques employées par l'enquêteur pour interroger l'intéressé.

Ainsi qu'également souligné par l'arrêt de la cour d'assises précité, si la Convention fixe un modèle qui tend à uniformiser les droits nationaux, encore faut-il observer que les États disposent d'une marge d'appréciation pour y parvenir et cette marge est d'autant plus large lorsqu'il s'agit de droits qui ne sont pas consacrés de manière absolue par la Convention (5) . Or l'arrêt *Salduz* affirme clairement que le droit d'être assisté par un avocat à tous les stades de la procédure n'est pas un droit absolu.

Par ailleurs la marge d'appréciation des autorités nationales s'accroît lorsqu'il n'existe pas entre les États de consensus sur l'application du principe en cause (6).

Sur le droit d'être assisté d'un avocat pendant la période de garde à vue ou de détention provisoire, les différents systèmes juridiques des États membres ne connaissent pas d'uniformité. On peut dès lors en déduire ainsi que l'arrêt précité de la cour d'assise de Liège que : «*Les enseignements dégagés des termes de l'arrêt* Salduz*, à les supposer suffisamment constants (*quod non*) devraient donc être appliqués dans le respect de la marge d'appréciation qui s'offre au législateur*

(1) JLMB. *2009, pp.898-904.*

(2) *Voy. notamment les conclusions du procureur général J. Velu, alors avocat général, sous Cass. 14 avril 1983*, J.T., *1983, p.607 et suivantes, spéc. p.615.*

(3) *F. Krenc, «L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme»* in *G. De Leval et F. Georges (dir.),* L'effet de la décision de justice- contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal. *Formation permanente CUP, n° 102 Anthemis, 2008, p.7 et suivantes spéc. P.12-20.*

(4) *E. Lambert,* Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Bruxelles, Bruylant, 1999, p.306.*

(5) *F. Tulkens et L. Donnay «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme – Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?»,* Rev. Dr. Pén. Comp., *2006, pp.3 et s., spéc. pp.17-19.*

(6) *F. Sudre,* Droit européen et international des droits de l'homme, *9ème éd., Paris, PUF, 2008, p.228.*

*national et en tenant compte dans leur lecture d'une double relativité, déjà mise en exergue par l'arrêt* Imbrioscia c. Suisse *: d'une part, il y a lieu d'avoir égard, de manière globale, à toutes les garanties pertinentes offertes par le système juridique, et, d'autre part, l'appréciation du respect des exigences conventionnelles est nécessairement conditionnée par une prise en compte de la manière dont la procédure dans son ensemble a été menée de manière concrète».*

Les recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains et dégradants, institué par le conseil de L'Europe, qui invitent le gouvernement belge à prévoir le droit à l'accès d'un avocat dès le début de la détention, ne comportent actuellement aucune obligation juridique.

De même, le fait que, dans le cadre de législations spéciales comme la loi du 22 mars 1996 relative aux tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et le statut de la Cour pénale internationale fait à Rome le 17 juillet 1998, la Belgique ait déjà reconnu le droit pour une personne d'être assistée par un avocat dès les premiers interrogatoires par des policiers, ne permet pas de reconnaître ce principe comme transposable au sein de notre ordre juridique interne.

C'est dès lors à la lumière de l'ensemble de la procédure suivie qu'il convient d'examiner si l'absence d'un avocat lors du premier interrogatoire par la police a porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense de B. CA. et, partant, au caractère équitable du procès.

La procédure pénale belge ne prévoit pas ni pour un majeur, ni pour un mineur, l'accès immédiat à un avocat au cours de la période de privation de liberté pendant le délai de garde à vue de 24 heures.

Cette absence d'assistance d'un avocat pendant cette courte période est liée aux caractéristiques de l'information pénale qui est «une procédure inquisitoire, donc à dominante secrète et non contradictoire» (7).

Le législateur a toutefois voulu rechercher un équilibre entre, d'une part, l'efficacité dans la recherche et la poursuite des délinquants, d'autre part, le droit des participants au procès pénal, inculpés et victimes.

Le délai de 24 heures fixé par l'article 12, alinéa 3 de la Constitution et l'article 2 de la loi du 10 juillet 1990 relative à la détention préventive, pendant lequel une personne peut être privée de sa liberté sans pouvoir communiquer est particulièrement court, le plus court des procédures des États membres (dans l'affaire *Salduz*, ce délai est de quatre jours)

Par ailleurs, lors d'un interrogatoire par la police, la personne entendue dispose de nombreux droits prévus par le Code d'instruction criminelle tel que modifié par la loi du 12 mars 1998, et notamment les articles 47 et 28*quinquies*, § 2 qui visent à :

- assurer à la personne entendue l'information de ses droits (demander de mentionner les termes exacts des questions posées et des réponses, demander qu'il soit procédé à tel acte d'information ou telle audition )
- l'informer que ses déclarations peuvent être utilisées comme preuve en justice, ce qui a pour but de faire prendre conscience à la personne entendue de son droit au silence,
- préciser les conditions de l'audition (horaire, personnes intervenant à l'interrogatoire, circonstances dans lesquelles l'audition est réalisée, assistance éventuelle d'un interprète)
- permettre à la personne entendue d'utiliser des documents en sa possession et de les faire joindre au procès-verbal ou les déposer au greffe
- permettre à la personne entendue de corriger ou compléter ses déclarations et de recevoir gratuitement une copie du texte de l'audition.

Bien qu'entendu alors qu'il était déjà âgé de plus de 18 ans, B. CA. était mineur d'âge au moment des faits (17 ans et demi) et pour un mineur d'âge, la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, modifiée par les lois des 15 mai 2006 et 13 juin 2006, prévoit des garanties supplémentaires et notamment qu'aucune mesure de garde provisoire ne pourra, en principe, être prise à son égard sans avoir été entendu par un magistrat (article 52*ter*, alinéa 1er) et avoir été assisté lors de sa comparution d'un avocat (article 52*ter*, alinéa 2) désigné par le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou le bureau de consultation et de défense (article 54*bis*)

Cette garantie signifie qu'avant la fin du délai de 24 heures, le mineur pourra, le cas échéant, être réentendu par un magistrat de la jeunesse et être assisté de son conseil.

De même si une mesure doit être exceptionnellement prise par un juge d'instruction, le mineur bénéfice également du droit d'être assisté par un avocat lors de toute comparution devant ce magistrat (article 49, alinéa 2).

(7) *R. SMOLDERS, «Pour l'assistance de l'avocat au stade de l'information pénale», J.T., 2009, p.117.*

## Chronique protection de la jeunesse

par Lise-Laura Mattern

L'assistance d'un avocat est également imposée tout au long de la procédure, préparatoire et au fond, menée devant le tribunal de la jeunesse.

Pendant toute la procédure, le mineur peut demander qu'il soit procédé à des devoirs complémentaires.

En l'espèce, il convient de constater que :

- B. n'a jamais invoqué que des contraintes ou pressions auraient été exercées lors de son interrogatoire du 9 juin 2004
- il a eu connaissance de ses droits avant son interrogatoire et âgé de plus de 18 ans au moment de cette audition, il présentait des qualités de discernement suffisantes que pour comprendre l'énoncé qui lui en était fait impliquant son droit de garder le silence.
- il a reçu la copie du texte de son audition
- il n'a jamais demandé l'accomplissement de devoirs complémentaires et notamment d'être réentendu par un magistrat avec l'assistance d'un conseil.

Lors de son interrogatoire du 9 juin 2004, le jeune contestait les faits, et contrairement à l'hypothèse de l'affaire *Salduz*, sa déclaration ne pourra vraisemblablement pas servir de fondement à une éventuelle condamnation. Par ailleurs, il ne démontre nullement que son audition aurait «contaminé» toute l'enquête.

Tenant compte des garanties procédurales offertes par notre système juridique et la manière dont s'est déroulée en l'espèce la procédure, l'absence de l'assistance d'un avocat lors de l'interrogatoire de B. le 9 juin 2004 par la police ne constitue pas une atteinte irrémédiable aux droits de la défense et aux règles du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

### Brux. 30ème Ch. jeunesse, 2 juin 2009, arrêt J/155/09 (N° greffe 2009/PJ/117 et n° parquet JEU 219/09)

**Fait qualifié infraction – Procédure – Rapports d'entretien classés erronément dans les pièces de forme – Pièces ne pouvant être portées à la connaissance de toutes les parties – Classement dans la farde milieu**

*En cause de K.K*

Il y a lieu également d'ordonner que les deux rapports d'entretien de cabinet classés dans la farce pièces de formes soient classés dans la farde milieu, ces pièces ne pouvant être portées à la connaissance de toutes les parties.

### Brux. 30ème Ch. jeunesse, 3 juillet 2009, arrêt 203/2009 (N° greffe 2009/PJ/150 et n°parquet JEU 287/09)

**Fait qualifié infraction – Saisine du tribunal de la jeunesse – Article 45*quater*, § 1er de la loi du 8 avril 1965 – Obligation faite au ministère public de motiver par écrit sa décision de ne pas orienter le dossier vers la procédure de médiation – Appréciation du respect de cette obligation au moment de la saisine initiale - Réquisitoire établi sur la base de l'article 45, 2. a) contient une motivation régulière**

*En cause de S.N.*

Par conclusions déposées à l'audience de la cour du 22 juin 2009, N.-E. O demande de déclarer les poursuites irrecevables, la citation au fond ne faisant pas état de l'application de l'article 45*quater* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse.

En vertu de l'article 45*quater* la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait, modifiée par les lois des 15 mai 2006 et 13 juin 2006 le procureur du Roi peut, avant de saisir le tribunal de la jeunesse, orienter le dossier vers la procédure de médiation.

L'alinéa 3 de cet article indique que «*la décision du procureur du Roi d'orienter ou non un dossier vers la procédure de médiation doit être écrite et motivée sauf s'il souhaite classer l'affaire sans suite*» et l'alinéa 4 que «*l'absence d'une telle motivation entraîne l'irrégularité de la saisine du tribunal de la jeunesse*».

C'est bien évidemment au moment où le tribunal de la jeunesse est initialement saisi qu'il convient d'examiner si cet article a été respecté.

En l'espèce, le tribunal de la jeunesse a été saisi le 26 janvier 2008 par les réquisitions du ministère public conformément à l'article 45, 2. a).

Ce réquisitoire mentionne explicitement que «*Attendu que bien que les conditions requises par l'article 45*quater *pour orienter le dossier vers la médiation sont réunies : le dossier n'est pas orienté vers la médiation, vu l'urgence et l'absolue nécessité pour la sécurité publique de prendre à l'égard du mineur une mesure de la compétence exclusive du juge de la jeunesse*».

Le ministère public a dès lors régulièrement motivé sa décision de ne pas orienter le dossier vers la procédure de médiation.

Les poursuites sont recevables.

# L'ÉCHEC DES AUTORITÉS À INTÉGRER DES ÉLÈVES ROMS DANS LE SYSTÈME ÉDUCATIF ORDINAIRE A CONSTITUÉ UNE DISCRIMINATION À LEUR ÉGARD

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - 11 DÉCEMBRE 2012 - REQUÊTE N° 59608/09 (1)**

**(Extrait de communiqué)**

**Violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction)**

*Sampani et autres c. Grèce*

L'affaire concernait la scolarisation d'enfants roms dans la 12e école primaire d'Aspropyrgos.

La Cour, notant l'absence de changement notable depuis l'arrêt *Sampanis et autres c. Grèce*, estime que la Grèce n'a pas pris en compte les besoins particuliers des enfants roms de Psari en tant que membres d'un groupe défavorisé et considère que le fonctionnement de la 12e école primaire d'Aspropyrgos, uniquement fréquentée par des enfants roms, entre 2008 et 2010 a constitué une discrimination à l'égard des requérants.

Sous l'angle de l'article 46 (force obligatoire et exécution des arrêts), la Cour préconise que ceux des requérants qui sont encore en âge d'être scolarisés soient inscrits dans une autre école publique et ceux qui ont atteint la majorité, dans les «*écoles de la deuxième chance*» ou bien les écoles pour adultes, mises en place par le ministère de l'Éducation dans le cadre du Programme de l'instruction pérenne.

## PRINCIPAUX FAITS

Les requérants sont 140 ressortissants grecs, tous d'origine rom, appartenant à 38 familles qui résidaient à l'époque des faits sur l'aire de Psari, près d'Aspropyrgos. 98 requérants étaient des enfants âgés de cinq ans et demi à 15 ans et, 42 étaient leurs parents ou tuteurs. Certains d'entre eux étaient requérants dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour *Sampanis et autres c. Grèce* (Affaire n° 32526/05; arrêt du 05.06.2008).

Le 10 septembre 2008, la 12e école primaire d'Aspropyrgos ouvrit ses portes. Créée en remplacement d'une annexe à la 10e école, dépendance fréquentée essentiellement par des enfants roms, elle était censée accueillir indistinctement des élèves roms et non roms. La même zone de recrutement d'élèves que les 9e et 10e écoles lui avait en effet été attribuée. Avant l'ouverture de l'école, les parents d'élèves non roms réaffirmèrent, en dépit de la tentative de conciliation du médiateur de la République, leur opposition à l'intégration des élèves roms dans les classes ordinaires et, pendant l'été 2008, les locaux de la 12e école subirent des dégradations et un vol de tout le matériel. Ainsi, à la rentrée, le directeur de l'établissement informa le ministère de l'Education que l'état des installations ne permettait pas de couvrir les besoins élémentaires de l'école et mettait en péril la sécurité des élèves et des enseignants.

Le ministère de l'Éducation invita le maire d'Aspropyrgos et le préfet de l'Attique de l'Ouest à autoriser la fusion de la 12e et de la 11e école, ce que le préfet refusa, disant vouloir éviter des problèmes sociaux, culturels et éducatifs. Le médiateur de la République lui demanda en vain dans une lettre de revenir sur sa décision. Il y indiquait que la non-application du décret présidentiel n° 201/1998 - en vertu duquel le transfert de tous les élèves résidant dans la zone de recrutement d'une école à cette école était obligatoire, même en l'absence de demande des parents - avait eu pour effet de transformer la 12e école en une «*école ghetto*», car aucun élève non rom de la région n'y était inscrit. En juillet 2009, le médiateur de la République interpella le ministère de l'Éducation sur cette question. Il souligna que le maire d'Aspropyrgos ne ferait pas le nécessaire, ayant ouvertement déclaré à la rentrée 2008 que les enfants roms «*os[aient] exiger de partager les mêmes salles de classe que les autres élèves d'Aspropyrgos*» et qu'il avait ignoré une invitation des autorités régionales du ministère à «*faire le nécessaire pour la remise en état immédiate*» de la 12e école.

Le 30 mai et le 20 juillet 2009, les requérants adressèrent au ministère de l'Education des lettres, restées sans réponse, lui demandant d'autoriser les élèves roms à fréquenter la 10e école et l'invitant à établir un programme scolaire adapté à leurs besoins.

Le directeur de l'école informa également les autorités à plusieurs reprises de carences concernant notamment l'itinéraire du bus scolaire affecté à l'école, la construction d'un préau, l'installation du chauffage et de toilettes supplémentaires, les livres scolaires inappropriés pour

(1) *Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention, cet arrêt de chambre n'est pas définitif. Dans un délai de trois mois à compter de la date de son prononcé, toute partie peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour. En pareil cas, un collège de cinq juges détermine si l'affaire mérite plus ample examen. Si tel est le cas, la Grande Chambre se saisira de l'affaire et rendra un arrêt définitif. Si la demande de renvoi est rejetée, l'arrêt de chambre deviendra définitif à la date de ce rejet. Dès qu'un arrêt devient définitif, il est transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui en surveille l'exécution. Des renseignements supplémentaires sur le processus d'exécution sont consultables à l'adresse suivante : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution.*

les Roms dont la langue maternelle n'est pas le grec et l'abandon des cours par certains élèves à partir d'avril 2009.

### Griefs, procédure et composition de la Cour

Invoquant l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 (droit à l'instruction), les requérants se plaignaient d'avoir été scolarisés dans la 12e école, fréquentée uniquement par les enfants de leur communauté et offrant un niveau d'études inférieur à celui des autres écoles. Invoquant également l'article 13 (droit à un recours effectif), ils se plaignaient de ne pas avoir pu faire valoir leurs griefs en Grèce. Invoquant par ailleurs l'article 46 (force obligatoire et exécution des arrêts), les requérants se plaignaient d'un refus des autorités de se conformer à l'arrêt *Sampanis et autres c. Grèce* de 2008.

La requête a été introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 7 octobre 2009.

### Décision de la Cour

#### Article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1

Dans l'arrêt *Sampanis et autres c. Grèce*, la Cour a conclu qu'il existait une forte présomption de discrimination contre les intéressés, en raison du placement d'enfants roms dans des classes spéciales logées dans une annexe du bâtiment principal de la 10e école, combiné à un certain nombre d'incidents à caractère raciste à l'instigation des parents d'enfants non roms.

Force est de constater l'absence de changement notable dans les faits à l'origine de l'arrêt *Sampanis et autres*. En effet, durant la période en cause dans la présente affaire (2008-2010), la 12e école, malgré les intentions des autorités éducatives, est restée une école réservée aux élèves roms. Ainsi, si cette école a été créée pour intégrer les élèves roms de Psari dans le système éducatif ordinaire, ses dysfonctionnements ont fait perdurer une différence de traitement à leur égard. Il existe par conséquent un commencement de preuve d'une pratique de discrimination.

La Cour doit rechercher si cette différence de traitement avait une justification objective et raisonnable. La Cour rappelle que si une différence de traitement est fondée sur la race, la couleur ou l'origine ethnique, la notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible.

La Cour note que la scolarisation des enfants roms dans des conditions satisfaisantes soulève de grandes difficultés dans un certain nombre d'États européens. Elle observe que la mise en balance des intérêts en jeu dans la présente affaire est complexe, et qu'il n'est pas facile de trouver les méthodes adaptées à l'apprentissage d'enfants ayant une connaissance insuffisante de la langue de scolarisation. Toutefois, la Cour estime que la Grèce n'a pas pris en compte, dans l'exercice de sa marge d'appréciation dans le domaine de l'éducation, les besoins particuliers des enfants roms de Psari en tant que membres d'un groupe défavorisé.

En effet, la Cour relève qu'en dépit de la zone de recrutement commune aux 9e, 10e et 12e écoles, seuls des élèves roms ont fréquenté la 12e école. Il y régnait en outre des conditions matérielles difficiles, sur lesquelles le directeur de l'établissement a attiré l'attention des autorités. La Cour observe encore que le projet de fusion de la 11e et de la 12e école a été refusé par le préfet et le maire. Ce dernier affirmait, dans un lettre au ministère de l'Education, que les «*Tsiganes [ayant] choisi de vivre dans des décharges qu'ils [avaient] eux-mêmes créées*» et de «*s'adonner à des activités illégales*», ils ne pouvaient pas exiger «*de partager les mêmes salles de classe que les autres élèves d'Aspropyrgos*». Les appels du médiateur de la République, qui qualifiait l'établissement d'«*école ghetto*», furent vains et les lettres des requérants au ministère de l'Éducation restèrent sans réponse. La Cour observe enfin qu'un grand nombre d'enfants requérants ont cessé d'aller en classe, ce qui ne peut être étranger à l'absence de toute mesure pour tenter d'améliorer le fonctionnement de l'établissement.

Par conséquent, la Cour, notant en outre que le gouvernement grec n'a pas expliqué de façon convaincante pourquoi aucun élève non rom n'a été scolarisé à la 12e école, considère que le fonctionnement de cet établissement de 2008 à 2010 a eu pour résultat de discriminer une nouvelle fois les requérants. Il y a donc eu violation de l'article 2 du Protocole n° 1.

#### Autres articles

La Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 13. Elle a en effet établi, en examinant l'exception du gouvernement concernant l'épuisement des voies de recours internes, qu'une procédure devant le Conseil d'État n'aurait pas représenté un recours utile susceptible d'assurer aux enfants requérants un enseignement non discriminatoire [(2)].

Par ailleurs, la Cour rejette le grief des requérants tiré de l'article 46. Elle note que le Comité des Ministres, l'organe exécutif du Conseil de l'Europe responsable du contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour, a décidé le 14 septembre 2011 de clore l'examen de l'affaire *Sampanis et autres,* constatant que presque tous les enfants des requérants

(2) *§ 61 de l'arrêt.*

avaient été inscrits dans la 12e école d'Aspropyrgos et que l'État avait pris des mesures satisfaisantes concernant en général l'inscription et la scolarisation des enfants roms. Eu égard à ce constat, la Cour n'est pas appelée, dans le cadre de la présente requête, à se prononcer sur l'exécution de l'arrêt *Sampanis et autres*. Elle rappelle en revanche que les mesures prises par un État en vue de remédier à une violation constatée par la Cour dans un arrêt peuvent soulever de nouvelles questions, trouvant, par exemple, leur origine dans une violation continue d'un article de la Convention, non tranchées par l'arrêt en question, et faire l'objet d'une nouvelle requête devant la Cour.

**Article 46**

La Cour rappelle que, s'il appartient à l'État défendeur de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les moyens par lesquels il entend s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article 46, elle peut indiquer le type de mesures qu'il serait bon de prendre pour mettre fin à la situation dont elle a constaté l'existence.

La Cour, se penchant sur les nouvelles questions soulevées par la présente requête, préconise que ceux des requérants qui sont encore en âge d'être scolarisés soient inscrits dans une autre école publique et ceux qui ont atteint la majorité, dans les «*écoles de la deuxième chance*» ou bien les écoles pour adultes mises en place par le ministère de l'Éducation dans le cadre du Programme de l'instruction pérenne.

**Satisfaction équitable (Article 41)**

La Cour dit que la Grèce doit verser, à chacune des familles requérantes, 1.000 euros pour dommage moral et 2.000 euros conjointement aux requérants pour frais et dépens.

*Sièg. : Isabelle Berro-Lefèvre (Monaco),* prés.*, Anatoly Kovler (Russie), Khanlar Hajiyev (Azerbaïdjan), Mirjana Lazarova Trajkovska («Ex-République Yougoslave de Macédoine»), Julia Laffranque (Estonie), Linos-Alexandre Sicilianos (Grèce), Erik Møse (Norvège).*

*Pour consulter l'intégralité de la décision : www.echr.coe.int.*



## DIAGNOSTIC DE LA MALADIE MENTALE

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2EME SECT.), 29 JANVIER 2013**

**Droit à l'éducation – Placement dans l'enseignement spécial – Erreur systémique de diagnostic de la maladie mentale – Application disproportionnée aux enfants Roma – Discrimination indirecte – Violation de l'art. 14 CEDH combiné avec l'art. 2 de Premier protocole.**

*Horváth et Kiss c. Hongrie (req. n° 11146/11)*

Membres de la communauté Rom, les requérants, dans leur enfance, ont été diagnostiqués comme malades mentaux et placés dans l'enseignement spécial, ce qui a entravé leur éducation et leur avenir professionnel. Bien que le gouvernement ait fait des efforts pour corriger l'erreur systémique de diagnostic de la maladie mentale parmi les enfants, il ne démontre pas qu'il ait pris des mesures adéquates pour éviter que cette erreur affectât des enfants Roma dans une proportion excessive ; la présomption de discrimination indirecte n'est donc pas renversée. Il y a eu violation de l'art. 14 de la CEDH (interdiction de discrimination) combiné avec l'art. 2 du Premier protocole additionnel (droit à l'éducation).

*Trad. de l'anglais : J. Jacqmain*

**Note**

L'arrêt s'inscrit évidemment dans la ligne des précédents *D.H. e.a. c. République tchèque* du 17 novembre 2007 et *Oršuš e.a. c. Croatie* du 16 mars 2010 (*J.D.J.*, n°298, p. 38).

## RÉSIDENCE DU PUPILLE ET COMPÉTENCE DU JUGE

**J.P. ZOMERGEM – 13 JUIN 2012**

**Tutelle - Lieu d'organisation - Principe d'immutabilité - Modification de la résidence du pupille - Conséquences.**

Le seul fait qu'après l'ouverture de la tutelle, une personne placée sous le statut de minorité prolongée va résider ailleurs qu'au lieu où la tutelle est organisée, ne constitue pas un motif de transmettre le dossier au juge de paix du canton de la nouvelle résidence. Seul, l'intérêt du pupille pourrait justifier un tel transfert (art. 390 du Code civil).

*Dans* Rechtskundig Weekblad*, 2011-13, p. 994.*

*Trad. J. Jacqmain*

# Ici et ailleurs

## Nominations

Sont prolongées comme juges de la jeunesse : Mme **L. Dreser** à Bruges, Mme **S. Paquay** à Huy et Mme **E. Diskeuve** à Namur. Sont désignées juge de la jeunesse : Mme **T. Buyse** à Courtrai, Mme **N. Boufflette** à Tongres et Mme **T. Suykerbuyck** à Bruxelles. Tiens, rien que des dames !

M. **P. Rans** est prolongé pour trois ans comme avocat général près la cour d'appel de Bruxelles.

## Qu'en pensent-ils ?...

«*What do you think ?*», le projet d'UNICEF Belgique visant à faire participer les enfants dans le processus de rapportage pour promouvoir les droits des enfants, qui existe depuis 1999, et qui, depuis le départ accorde une attention particulière à la participation d'enfants vulnérables, a consacré son dernier rapport (et la vidéo qui l'accompagne) au point de vue de près de 1.000 enfants et de jeunes vulnérables dans le débat sur l'enseignement.

## ... du bien, mais...

Il en ressort que l'école est très importante pour les enfants et pour les jeunes et, contrairement à ce qu'on aurait pu croire, ils en disent beaucoup de choses positives. Ils voient l'école comme une véritable clé pour leur avenir : se sentir bien, se faire des amis, développer des talents, des compétences et des connaissances pour aujourd'hui et pour demain. Mais dans la pratique, tout n'est pas toujours aussi facile : pour de nombreux enfants et jeunes vulnérables, l'école est un éprouvant parcours d'obstacles, qui blesse et exclut.

## ... pas que ça !

Leurs parcours scolaires sont souvent marqués par l'échec : mauvais bulletins, redoublements, glissement de l'enseignement général vers le technique ou le professionnel voire le spécialisé. Alors que les inégalités, la relégation, le redoublement sont de plus en plus présents dans nos écoles, sujets largement débattus dans la société, les enfants et les jeunes sont, paradoxalement, la plupart du temps absents de ces discussions alors qu'en tant qu'experts de leur propre vécu, ils veulent contribuer à faire changer l'école et formulent donc des recommandations relayées par l'UNICEF.

## Droits économiques et sociaux...

La ratification par l'Uruguay du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), permet son entrée en vigueur (c'est la 10ème ratification), dans les pays qui l'ont ratifié, à dater du 5 mai 2013. Ces droits pourront donc faire l'objet d'une procédure de communication (plainte individuelle) devant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies. Ils seront donc soumis, au niveau international, au même mode de contrôle que celui qui s'applique depuis près d'une quarantaine d'année aux droits civils et politiques.

## ... plaintes individuelles...

Le Protocole permettra de soumettre des plaintes concernant les abus en lien avec la pauvreté, la discrimination et le délaissement que les victimes endurent. Il offrira un moyen aux individus d'attirer l'attention de la communauté internationale sur leur situation.

## ... mais pas pour la Belgique

Dans notre pays, pas moins de sept parlements doivent l'approuver (ça doit être un record mondial !) pour que la Belgique soit partie à ce protocole. À ce jour, seuls les Parlements des Communautés germanophone et flamande l'ont ratifié. Il en va de même pour le protocole à la Convention des droits de l'enfant. Les pauvres et les enfants attendront bien !

## Tiens, à propos de pauvreté !

«*On peut continuer à lutter contre les islamistes extrémistes, les wahhabites, les salafistes ou les talibans de ce monde ; L'Occident peut continuer à combattre Al-Qaïda sur son sol, au Maghreb, en Asie, en Afrique noire et au Moyen-Orient; Il sera toujours possible de faire tomber les Khadafi, les El-Assad, Saddam Hussein et autres dictateurs peu scrupuleux. Mais tant qu'il y aura autant de personnes vivant dans une pauvreté extrême, tant que le troupeau des pauvres continuera de grossir, tant que les richesses resteront aussi inégalement et indûment réparties, tant que le ressentiment populaire envers les pays riches continuera d'être exacerbé sans contrepartie ni acte de contrition, un terreau extrêmement fertile restera à la disposition des chefs et imams extrémistes, qui savent exploiter cela à merveille. Vous voulez vraiment lutter contre le terrorisme ? La seule solution viable, c'est de combattre la pauvreté mondiale*». (Charles-Etienne Filion, «*Le Mali, la pauvreté et l'extré-*

# Les bésicles de JiJi

## Déjà le Prix 2013 des Bésicles opaques ?

Sans perdre un instant pour enrichir la littérature française, le *Moniteur* du 4 janvier publie un arrêté royal du 27 décembre 2012 «*relatif à l'octroi d'une* ***allocation contrat de sécurité et de société*** *destinée aux* ***communes ex-contrats de sécurité et de société*** *dans le cadre de la* ***mise en œuvre*** *d'une politique locale de sécurité et de prévention* ***pour l'année 2012***». Allons, c'est fini et les communes peuvent redevenir dangereuses et asociales.

## Accoucher ? une simple piqûre d'aiguille

Et au *Moniteur* du 8 janvier, un arrêté ministériel flamand du 16 novembre 2012 dont l'intitulé traduisé représente un *challenger* sérieux pour le précédent, mais révèle un triomphe de l'obstétrique : «*portant création du Groupe de Travail flamand Dépistage de Population aux affections congénitales chez* ***les nouveaux-nés*** [1] ***à l'aide d'un échantillon de sang***».

## Le poney aux «*pieds chinois*» (suite et fin)

Avec soulagement, les ami(e)s des équidés apprendront qu'après avoir échoué dans son recours en suspension de la décision de placement dans un refuge (voir «Ongles excarnés», *J.D.J.*, n° 307, p. 47), le propriétaire de l'animal a perdu aussi sa procédure en annulation (arrêt n° 221.812 du 19 décembre 2012). Toutefois - il est vrai, recopiant l'attestation du vétérinaire-, le Conseil d'État écrit qu'à cause de ses sabots longs de plus de 10 cm. qui se recourbent vers le haut, «*il apparaît que* [le poney] *ne* ***sait*** *plus se déplacer*». Simulateur, va ! (voir «Le plan Marshall 2 points de suspension», *J.D.J.*, n° 320, p. 47).

## Ce n'est pas exclu

Le français a d'inexplicables lacunes. «*Inclusion*» est le contraire évident d' «*exclusion*» ; hélas, par rapport à «*exclusif*», «*inclusif*» signifie seulement «qui renferme en soi». On en vient donc à plaindre le traduiseur du décret flamand du 7 décembre 2012 (*Moniteur*, 8 janvier) «*encourageant une* ***politique*** *flamande* ***inclusive*** *à l'égard des* ***personnes âgées***». Ou alors, ce texte veut généraliser l'anecdote relative à la fin de carrière de Leo Tindemans, inoxydable routier du CVP (CD&V actuel) : «*Vous verrez qu'il va apporter un certificat médical attestant qu'il doit rester ministre*».

## Ça tombe dru

- Au *Journal parlé* de la RTBF (4 janvier, 18 h.) : «*un projet qui met* ***sur les rails*** *les* ***bus*** *wallons*». Le contraire des vieux trolleybus ?
- Et à celui du 13 janvier, 22 h. : «*… François Hollande a déclaré qu'il maintiendrait son projet, quelle que soit l'ampleur de la manifestation.* ***Par ailleurs, l'aviation française a poursuivi ses bombardements…***». Pourtant, la guerre, ce n'est pas *gay*.
- Dans une interview accordée aux *Novelles* (canard intermittent des étudiants de la faculté de droit de l'ULB, décembre 2012), un nouvel enseignant aurait déclaré que «*Les professeurs d'université sont là pour* ***éclairer les ténèbres de l'ignorance***». Comme on dit «*éclairer la nuit* ***de sa lampe***» ?
- *Le Soir* (12-13 janvier) titre : «*Le Parquet décrète Arnault* ***non grata***». Voilà donc pourquoi tant de haine : le financier est une financière ! (puisque, s'il faut vraiment écrire en latin, le masculin de «*grata*» est «*gratus*»).
- Selon le même *organe* (31 janvier), la police fédérale considère les contributions que Schaerbeek et Saint-Josse prélèvent sur les «*carrées*» comme d'une légalité douteuse : «*Communes* ***taxées*** *de proxénétisme*». En quelque sorte, «*l'impôt frappe l'impôt*».

(1) *Sic : «nouveau», dans cette construction, est un adverbe et donc invariable.*

*misme religieux*», dans *Le Huffington Post*, 6/02/2013)

## Lutte contre le grand banditisme

Trois policiers de la zone Flowal sont intervenus face à une dangereuse terroriste en herbe : une jeune fille de 14 ans, trisomique 21, âge mental de 3 ans, jouait avec un revolver en plastique. Toutes sirènes hurlantes, l'équipe de choc, n'écoutant que son courage, interrompt la fillette dans son jeu, confisque l'arme factice et se rend au domicile de la petite fille, où ne se trouvait à cette heure là que sa grand-mère. Dans la lettre outrée qu'elle a adressée à la police, la maman raconte que cette dame de 83 ans a aussi fait les frais du zèle policier, puisqu'elle s'est vue soupçonnée de posséder une arme. Quant à la petite fille, elle a dû ouvrir son sac pour que les policiers en vérifient le contenu, c'est-à-dire une paire de menottes et une étoile de shérif reçues pour Noël, ainsi qu'un second pistolet, provenant lui aussi du set d'accessoires de cow-boy. Lui laissant généreusement la paire de menottes et l'étoile de shérif, les policiers sont repartis avec les armes du délit (sans prendre le temps de rédiger un procès-verbal pourtant requis pour toute confiscation), et non sans menacer de sanctions graves en cas de récidive, avec le sentiment du devoir accompli. Gageons que l'image que cette jeune fille gardera de la police ne sera pas particulièrement positive. Mais si la sécurité publique est à ce prix…

## Génogramme et enfants migrants

### Les 23, 24 et 25 avril 2013 à Liège

Formation à destination des travailleurs en contact avec des enfants migrants qui rencontrent des difficultés d'adaptation, d'apprentissage, de communication, de langage parlé ou écrit et vous vous sentez démuni(e) pour leur apporter de l'aide ? Objectif : avant de porter sur eux un diagnostic lourd, élargir ses représentations et acquérir des outils pour mieux aider les enfants migrants en difficulté et leurs parents ? Comment comprendre que tel enfant migrant ne puisse apprendre à parler ou à écrire ?Quel accompagnement offrir à ses parents qui se sentent impuissants à l'aider ? Comment, en tant que professionnel, jeter des ponts entre les identités, les appartenances et la culture d'origine et celles de la «*terre d'accueil*» dans laquelle il leur faut désormais vivre ? Lors d'une formation de trois jours, Francine Rosenbaum, logopède ethnoclinicienne qui exerce en Suisse, montrera comment explorer les ressources et les richesses des appartenances familiales et de la langue maternelle pour remettre en route le développement affectif et cognitif des enfants de migrants.

*Rens. : www.parole.be*

## 2ème Congrès International Santé Mentale et Justice des Mineurs. «Complexité, conflits et changements»

### Les 23 et 24 mai 2013 à Bruxelles

Le centre hospitalier Jean Titeca organise son deuxième congrès international sur le thème de la santé mentale et de la justice des mineurs. Sont notamment prévus les orateurs suivants : Jorge Barudy, Boris Cyrulnik, Hervé Hamon, David Cohen, Siegi Hirsch, Régine Waintrater, Marina Dankaerts, Nicolas Georgieff, Renate Winter, Haim Omer, Jaap Doek, Paul Martens,Thierry Moreau, Paul Verbanck, Lucien Nouwynck, Amaury de Terwangne, Véronique Delvenne et beaucoup d'autres...
Vos expériences, votre créativité clinique intéressent les organisateurs. Adressez-leur vos propositions de communications, courts-métrages ou encore de posters avant le 25 février 2013.

*Rens. : Programme provisoire et informations : www.scientific.chj-titeca.com; inscriptions : tarif préférentiel jusqu'au 20 février 2013.*



## Vers une implémentation «*child friendly*» du protocole de plainte à la CIDE

### Le 29 mars 2013 à Bruxelles

Le 19 décembre 2011, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté, par Résolution A/RES/66/138, le «*protocole facultatif à la CIDE établissant une procédure de présentation de communications*». La Belgique a signé le protocole le 28 février 2012 et procédera bientôt à la ratification. Le nouveau protocole «*de plainte*» permet aux enfants et aux jeunes, de présenter, de façon directe ou par représentation, des violations de leurs droits au Comité des droits de l'enfant de l'ONU, après avoir épuisé les voies de recours internes (sauf si cela excède des délais raisonnables ou si une réparation effective est peu probable).
Le protocole instaure également – pour les États acceptants – dans le chef du Comité, une compétence d'enquête (*opt out*) ainsi que la compétence de recevoir des plaintes interétatiques (*opt in*).
Cette Conférence s'adresse aux membres de la CNDE, aux membres de l'ensemble des parlements belges, au monde académique des droits de l'enfant et de l'homme, aux avocats et à toute autre instance/organisation susceptible de jouer un rôle lors de la promotion, diffusion et implémentation «*child friendly*» du protocole et des droits qui en découlent.

**Programme provisoire**

**9 h 15 :** Accueil, Dr. Sarah D'hondt (présidente CNDE)
**13 h 30 :** Échange de bonnes pratiques quant au dépôt de plaintes, sous forme de message vidéo, par Mme Nuala Mole, présidente d'AIRE centre (Advice on Individual Rights in Europe)
**9 h 30 :** Introduction, Prof. Em. Eugeen Verhellen
**10 h :** Que pouvons-nous attendre du protocole? Prof. Wouter Vandenhole
**10 h 30 :** Pause
**10 h 50 :** Que pouvons-nous attendre du Comité et de l'État belge en termes d'implémentation ?
**11 h 40 :** Que pouvons-nous attendre des ONG? M. Benoît Van Keirsbilck (DEI Belgique)
**12 h 20 :** Lunch
**14 h :** Intervention d'un spécialiste international en matière de droits de l'homme (à confirmer)
**14 h 45 :** Table ronde. Participants: Ambrassade, M. Bernard Devos (DGDE), Prof. Jacques Fierens (CIDE), Unicef Belgique, Mme Ankie Vandekerckhove (experte en child friendly justice), M. Bruno Vanobbergen (KRC)
**15 h 45 :** Conclusions, Prof. et Me Thierry Moreau (CIDE)
**Lieu :** Salle des congrès, Maison des Parlementaires 21, rue de Louvain, 1000 Bruxelles

*Rens. : http://1168.fedimbo.belgium.be/fr/content/information-pratique, inscription gratuite par mail à Info@ncrk-cnde.be*