

39. La Cour ne peut que constater que ni la cour d'appel de Bordeaux ni la Cour de cassation n'ont expressément reconnu que l'affaire dont elles étaient saisies soulevait également la question de la protection du droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante au titre de l'article 8, dans le cadre de l'examen de la demande qu'elle avait formulée sur le fondement l'article 371-4 du Code civil. Ainsi, il ne ressort pas suffisamment du raisonnement des juridictions internes selon quelles modalités elles ont procédé pour rechercher si un juste équilibre avait été maintenu entre des intérêts potentiellement contraires, comme l'exige la jurisprudence de la Cour [...].

41. La Cour a, en tout état de cause, du mal à voir en quoi les motifs retenus par la cour d'appel mentionnés ci-dessus et la circonstance que le projet parental de S.E. a précédé sa vie en couple avec la requérante, étaient décisifs pour l'examen de la demande de la requérante, qui ne visait ni à établir un lien de filiation entre l'enfant ni à obtenir le partage de l'autorité parentale. La requérante demandait seulement la possibilité de continuer à voir, de temps en temps, un enfant à l'égard duquel elle a agi en se considérant comme un co-parent pendant plus de deux ans depuis sa naissance [...].

44. La Cour relève que la présente affaire diffère de l'affaire *Honner* précitée, notamment parce que la conclusion de non-violation de l'article 8 de la Convention à laquelle elle est parvenue dans l'affaire *Honner* repose sur le constat que la décision de la cour d'appel de Paris était attentivement motivée, notamment en ce qui concernait la caractérisation de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour a observé à cet égard que pour juger qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre ses rencontres avec la requérante, la cour d'appel de Paris avait relevé qu'il était fragile, qu'il se trouvait dans une situation traumatisante et culpabilisante, au centre d'un conflit entre la requérante et sa mère biologique, lesquelles ne parvenaient pas à échanger sans agressivité, que les changements de mains de l'une à l'autre se passaient mal et qu'il s'était montré réticent à se rendre chez la requérante. En l'espèce, il n'y a rien dans le raisonnement des juridictions nationales qui permette à la Cour de voir si la situation était comparable et, donc, de nature à conforter la conclusion selon laquelle A. devait être protégée de tout contact avec la requérante.

45. Ainsi, les motifs de l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 3 avril 2018, compte tenu de l'étendue limitée du contrôle effectué dans le cadre du pourvoi en cassation (paragraphe 13 ci-dessus), ne démontrent pas qu'un juste équilibre ait été ménagé entre l'intérêt de la requérante à la préservation de sa vie privée et familiale, d'une part, et, d'autre part, l'intérêt supérieur de l'enfant A.

46. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

Note

***C.E. et autres c. France et Callamand c. France* : la Cour européenne reste prudente en matière de protection des relations homoparentales**

I. Introduction

En 2022, à deux semaines d'intervalle, la Cour a rendu deux arrêts français importants relatifs à la préservation du lien entre un enfant et la compagne

ou l'ex-compagne de sa mère biologique : *C.E. et autres c. France et Callamand c. France*⁽¹⁾. S'il est possible d'y détecter des indices d'une avancée en matière de protection des familles homoparentales, le raisonnement de la Cour témoigne cependant encore d'une certaine prudence. Ces deux affaires sont l'occasion de faire le point sur la façon dont est appréhendée l'homoparentalité dans la jurisprudence strasbourgeoise. Après avoir envisagé le droit aux relations personnelles (II) et la délégation de l'autorité parentale (III) comme palliatifs – imparfaits – à l'absence de lien de filiation, nous nous intéresserons aux possibilités qu'ont deux personnes de même sexe de faire établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant (IV).

II. Le droit aux relations personnelles, une première solution – imparfaite – à l'absence de lien de filiation ?

En l'absence de lien de filiation, l'octroi d'un droit aux relations personnelles constitue un moyen pour l'ex-partenaire de la mère biologique de l'enfant de préserver la relation nouée avec celui-ci. Le maintien des relations personnelles n'est toutefois pas toujours octroyé à la personne qui le réclame. Il arrive alors que celle-ci invoque une violation de son droit au respect de sa vie privée et/ou familiale devant la Cour européenne, qui opérera un contrôle de proportionnalité avant de se prononcer sur la question de la violation des dispositions invoquées (A). S'agissant du droit aux relations personnelles, l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne révèle que celle-ci raisonne de manière identique lorsqu'est concerné un couple de femmes ou un couple hétérosexuel, ce qui soulève la question de l'existence éventuelle d'une discrimination entre ces deux catégories de personnes (B).

A. Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour européenne

Après avoir mis en évidence le raisonnement et la décision de la Cour dans l'arrêt *Callamand*, nous mettrons ce dernier en parallèle avec l'arrêt *Honner* rendu quelques mois plus tôt.

1. L'arrêt *Callamand c. France*

La requérante était en couple avec S.E. lorsque, en janvier 2014, cette dernière a donné naissance à A. à la suite d'une insémination avec tiers donneur pratiquée en Espagne. Les deux femmes se sont mariées à l'été 2015. Elles ont habité avec l'enfant depuis sa naissance. En mai 2016, cependant, ayant informé la requérante de son désir de mettre fin à leur relation, S.E. a quitté le domicile familial avec l'enfant. Le divorce a finalement été prononcé en février 2019.

Un lien de filiation n'a été établi qu'entre l'enfant et sa mère biologique, S.E., seule titulaire de l'autorité parentale. Sans le consentement de S.E., la requérante n'a pas pu procéder à l'adoption de l'enfant⁽²⁾. Séparée de celui-ci par S.E., de

⁽¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France* du 24 mars 2022, <https://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D.H., arrêt *Callamand c. France* du 7 avril 2022, <https://www.echr.coe.int>.

⁽²⁾ L'adoption était, à l'époque des faits, l'unique voie que pouvait envisager la requérante pour faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. Sur les possibilités d'établissement d'un lien de filiation en droit français, voy. *infra*.

même que sa mère et le reste de sa famille, la requérante a saisi les juridictions françaises pour faire valoir son droit aux relations personnelles avec celui-ci sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil français. Aux termes de cette disposition, « [l']enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ».

C'est ainsi que, le 20 février 2017, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Bordeaux a accordé à la requérante un droit de visite et d'hébergement, dans un jugement assorti de l'exécution provisoire. Le juge a souligné que, dès la naissance de l'enfant et pendant deux années, la requérante a résidé avec lui de manière stable, qu'elle s'en est occupée au quotidien et qu'elle a noué avec lui des liens affectifs très proches. Partant, il a considéré que les conditions de l'article 371-4, alinéa 2, du Code civil français étaient réunies.

Saisie par S.E., la Cour d'appel de Bordeaux a réformé le jugement du tribunal de grande instance le 3 avril 2018, contre l'avis du ministère public. Elle a noté que le projet parental de S.E. préexistait à sa relation avec la requérante et que cette dernière n'a pas cherché à établir avec l'enfant des liens de droit durables, que le quotidien de l'enfant a été pris en charge principalement par S.E., que la requérante ne s'en est occupée que pendant deux ans et que, selon le compte-rendu d'un psychologue datant du 30 juin 2017, les perturbations récentes dans l'environnement de l'enfant ont semblé provoquer chez lui une détresse psychique. Sans ordonner d'expertise psychologique de l'enfant, la Cour d'appel a estimé qu'il n'était pas dans l'intérêt de ce dernier d'organiser un droit de visite et d'hébergement pour la requérante.

Dans son pourvoi en cassation, la requérante a dénoncé notamment une violation de l'article 8 de la Convention en raison du refus de maintenir des liens avec l'enfant. Dans un arrêt du 26 juin 2019, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. Examinant les éléments pris en considération par la Cour d'appel, elle a considéré que celle-ci a souverainement estimé qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des liens avec la requérante.

Devant la Cour européenne, la requérante invoquait notamment une violation de l'article 8 de la Convention, soutenant que le rejet de sa demande visant à l'obtention d'un droit de visite et d'hébergement méconnaissait son droit au respect de sa vie privée et familiale (§ 15).

Se prononçant d'abord sur la recevabilité du grief, la Cour a indiqué que les faits de l'affaire relevaient tant de la « vie familiale » que de la « vie privée » de la requérante.

Concernant l'existence d'une vie familiale, elle a rappelé que « la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est d'abord une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits » et que « [l]a notion de "famille" (...) concerne non seulement les relations fondées sur le mariage, mais aussi d'autres liens "familiaux" *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital ou lorsque d'autres facteurs démontrent qu'une relation a suffisamment de constance » (§ 19). Ainsi, la Cour accepte dans certaines situations

l'existence d'une vie familiale *de facto* entre un adulte et un enfant ayant noué des liens personnels effectifs, même en l'absence d'un lien biologique ou d'un lien juridiquement reconnu⁽³⁾. En l'espèce, de tels liens personnels existaient dès lors que la requérante avait élevé l'enfant pendant plus de deux ans et que sa propre mère avait également contribué à l'éducation de l'enfant (§§ 20 et 21).

Concernant la vie privée de la requérante, la Cour a rappelé qu'il n'y a aucune raison d'exclure de cette notion « les liens affectifs s'étant créés et développés entre un adulte et un enfant en dehors de situations classiques de parenté », ces liens relevant « de la vie et de l'identité sociale des individus », même en l'absence de lien biologique ou juridique⁽⁴⁾. En l'espèce, les liens tissés entre la requérante et l'enfant relevaient de leur vie privée (§ 22).

Constatant que l'atteinte alléguée est la conséquence de la séparation des deux femmes et « ne résulte pas directement d'une décision ou d'un acte d'une autorité publique », le juge n'ayant pas supprimé un droit de visite et d'hébergement existant, la Cour a examiné l'affaire sous l'angle de l'obligation positive des États d'assurer un respect effectif de la vie privée et familiale des individus plutôt que sous l'angle d'une ingérence (§§ 32 et 33)⁽⁵⁾. Partant, il n'y avait pas lieu de rechercher si le refus d'accorder un droit de visite et d'hébergement était prévu par la loi et poursuivait un but légitime ; la tâche de la Cour était de vérifier si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts en présence (§ 34).

Dans ce cadre, la Cour a rappelé qu'elle ne se substituait pas aux autorités internes, mais qu'elle se limitait à examiner les décisions prises par celles-ci dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (§ 36)⁽⁶⁾. Il importe en effet de souligner que les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation, dont l'étendue varie selon les circonstances. En l'espèce, cette marge était ample dès lors qu'il s'agissait de ménager un équilibre entre différents droits protégés par la Convention (les droits de la requérante et de S.E. au regard de l'article 8 ainsi que les droits de A. au regard de cette disposition et l'intérêt supérieur de l'enfant) (§ 35)⁽⁷⁾.

La Cour a observé que le refus d'accorder à la requérante un droit de visite et d'hébergement a entraîné des conséquences radicales sur le droit au respect de sa vie privée et familiale puisqu'il a mis fin à sa relation avec l'enfant. Cela peut toutefois se justifier dans certaines situations, notamment lorsqu'il est question de préserver l'intérêt de l'enfant. Il faut alors que les autorités nationales démontrent que « les préoccupations relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant étaient d'une telle importance par rapport à l'intérêt de la requérante à au moins maintenir un contact avec lui, qu'il était justifié, au titre de l'article 8, de rejeter intégralement la demande qu'elle avait formulée sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil » (§ 38). Or, dans la présente affaire, la Cour d'appel

⁽³⁾ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France* du 12 novembre 2020, <https://www.echr.coe.int>, § 50 ; Cour eur. D.H., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, <https://www.echr.coe.int>, §§ 140 et 148.

⁽⁴⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, précité, § 161.

⁽⁵⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France*, précité, §§ 53 et 54.

⁽⁶⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France*, précité, § 56.

⁽⁷⁾ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France*, précité, § 55.

et la Cour de cassation semblent avoir considéré que la relation entre la requérante et l'enfant ne relevait pas pleinement de la vie familiale. Par conséquent, elles n'ont pas expressément reconnu qu'il convenait de protéger également le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante et de rechercher un équilibre entre les intérêts concurrents. Elles se sont concentrées sur les intérêts de la mère biologique et de l'enfant qui, par ailleurs, ne semblent pas avoir été évalués de manière suffisamment approfondie. La Cour a indiqué avoir du mal à voir en quoi les motifs retenus par les juridictions nationales et la circonstance que le projet parental de S.E. ait préexisté à sa relation avec la requérante étaient décisifs pour l'examen de la demande de cette dernière⁽⁸⁾, qui visait simplement à pouvoir continuer à voir l'enfant de temps en temps, et non à établir un lien de filiation ou à obtenir le partage de l'autorité parentale. S'agissant spécifiquement de l'intérêt de l'enfant, la Cour européenne a indiqué qu'elle comprenait difficilement pourquoi la Cour d'appel s'est séparée de l'appréciation du tribunal de grande instance de Bordeaux et du ministère public, alors qu'elle n'a pas estimé nécessaire de procéder à une évaluation psychologique de l'enfant et qu'elle a admis que l'attitude de la requérante ne pouvait pas être considérée comme étant seule à l'origine des difficultés de l'enfant.

Selon la Cour européenne, « les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux (...), compte tenu de l'étendu (*sic*) limitée du contrôle effectué dans le cadre du pourvoi en cassation (...), ne démonstr(ai)ent pas qu'un juste équilibre ait été ménagé entre l'intérêt de la requérante à la préservation de sa vie privée et familiale, d'une part, et, d'autre part, l'intérêt supérieur de l'enfant A. » (§§ 37 à 46). La Cour a donc conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

2. L'arrêt *Honner c. France*⁽⁹⁾

Un an et demi avant l'affaire *Callamand*, la Cour avait déjà eu à connaître d'une affaire similaire. Celle-ci concernait elle aussi un couple de femmes, Madame H. et Madame C., ayant eu recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger. Après la naissance de l'enfant G., Madame H. avait arrêté de travailler pour se consacrer à l'éducation de celui-ci, et avait par ailleurs été

⁽⁸⁾ La Cour d'appel de Bordeaux invoque en effet l'absence de projet parental commun pour justifier le rejet de la demande de la requérante, alors que l'existence d'un projet parental commun ne fait pas partie des conditions posées par l'article 371-4 du Code civil français. La requérante y voit une discrimination en ce que la jurisprudence impose une condition supplémentaire au tiers « parent d'intention » homosexuel. Ce deuxième grief est déclaré irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes (§§ 53 à 56) mais, dans le cadre du contrôle de proportionnalité relatif au premier grief, la Cour clarifie l'application qui doit être faite de l'article 371-4 et précise que, pour décider de l'octroi ou non d'un droit au maintien des relations personnelles, il n'est pas nécessaire de vérifier que les deux femmes se sont engagées ensemble dans des démarches de procréation médicalement assistée. Voy. notamment : L. BRUNET et M. MESNIL, « Le 'lien parent-enfant' dans les familles formées par deux femmes : la fragile conventionnalité du droit français », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, disponible sur <https://journals.openedition.org/revdh/16099#quotation>.

⁽⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Honner c. France*, précité.

désignée par la mère biologique C. en tant que tutrice testamentaire. À l'époque des faits, Madame H. ne disposait d'aucun moyen pour faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant G.⁽¹⁰⁾ Quelques années plus tard, le pacte civil de solidarité conclu par les deux femmes avait été rompu et C. s'était opposée à la poursuite des relations entre l'enfant et H. Cette dernière avait donc saisi le juge aux affaires familiales d'une demande de droit de visite et d'hébergement sur le fondement de l'article 371-4 du Code civil français. Ce droit lui avait été accordé en première instance, mais la Cour d'appel de Paris avait infirmé le jugement, constatant que le maintien des relations n'était pas dans l'intérêt de l'enfant au vu de l'impossibilité pour les deux femmes de dialoguer sans agressivité, du refus de l'enfant de se rendre chez H. et des manifestations somatiques sévères observées chez lui depuis la mise en place des rencontres. Le pourvoi de Madame H. avait ensuite été rejeté, la Cour de cassation considérant que la Cour d'appel avait suffisamment répondu aux arguments formulés devant elle (§§ 2 à 13).

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, Madame H. se plaignait de ce que le refus de lui accorder un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant de son ex-compagne violait son droit au respect de sa vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention (§ 17). Le raisonnement mené alors par la Cour est similaire à celui de l'affaire *Callamand*. Rappelant d'abord que « la question de l'existence ou de l'absence d'une vie familiale est [...] une question de fait, qui dépend de l'existence de liens personnels étroits », indépendamment de l'existence d'un lien biologique ou juridique⁽¹¹⁾, la Cour a constaté que la relation entre l'enfant et la requérante relevait de la vie familiale (§§ 50 et 51). Elle a ensuite décidé d'examiner l'affaire sous l'angle des obligations positives de l'État dès lors que l'atteinte alléguée « ne [résultait] pas d'une décision ou d'un acte d'une autorité publique », le juge n'ayant pas supprimé un droit de visite et d'hébergement existant (§§ 52 à 54). Dans sa vérification du juste équilibre que les États doivent ménager entre les intérêts en présence, la Cour a rappelé que sa tâche se limitait à examiner les décisions prises par les autorités internes dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, sans se substituer à celles-ci (§ 56), et que la marge d'appréciation des États était ample lorsqu'il s'agissait de ménager un équilibre entre différents droits protégés par la Convention (§ 55).

De même que dans l'affaire *Callamand*, la Cour a pris en considération non seulement l'intérêt de la requérante mais aussi celui de l'enfant et de la mère légale, et a vérifié si la France avait ménagé entre ceux-ci un juste équilibre. C'est ici que se distinguent les deux affaires. Dans l'arrêt *Honner*, la Cour a considéré que la Cour d'appel de Paris avait rendu un arrêt suffisamment motivé, en ayant pris en considération les pièces produites par la requérante et en ayant caractérisé attentivement l'intérêt de l'enfant. La Cour a estimé qu'elle ne saurait remettre en cause la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant d'organiser des relations entre lui et la requérante. Tout en indiquant

⁽¹⁰⁾ Avant 2021, l'adoption était en effet la seule possibilité pour les couples de femmes de faire établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant, et cette possibilité était alors encore réservée aux couples mariés. Or, en l'espèce, les intéressées n'étaient pas unies par les liens du mariage. Sur les possibilités d'établissement d'un lien de filiation en droit français, voy. *infra*.

⁽¹¹⁾ Voy. aussi : Cour eur. D.H., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, précité, §§ 140 et 148.

qu'elle comprenait la souffrance de la requérante, la Cour a insisté sur le fait que les droits de celle-ci ne sauraient primer sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle en a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention (§§ 57 à 67).

B. Une situation différente mais un traitement identique : discrimination à l'encontre des couples de femmes ?

La lecture des arrêts *Callamand* et *Honner* permet de faire le point sur les éléments dont doivent tenir compte les autorités nationales amenées à se prononcer sur l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement de l'ancienne compagne de la mère biologique à l'égard d'un enfant. La Cour répète que les États jouissent en la matière d'une ample marge d'appréciation, ce qui ne l'empêche pas pour autant de contrôler les décisions qu'ils prennent. Elle vérifie en effet que les États aient bien eu égard aux circonstances particulières des affaires qui leur sont soumises, et qu'ils aient ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu. Dans cet exercice, ils doivent accorder un poids prépondérant à l'intérêt de l'enfant. La Cour précise bien qu'elle ne se substitue pas à l'appréciation des autorités nationales, et elle se garde donc d'émettre des suppositions sur ce que commande l'intérêt de l'enfant dans une affaire donnée ; elle se contente plutôt de vérifier que cet intérêt ait été attentivement examiné par les autorités nationales.

Le traitement réservé aux couples de femmes, d'une part, et aux couples hétérosexuels dans le cadre d'une famille recomposée, d'autre part, semble identique. L'octroi d'un droit aux relations personnelles est parfois la seule manière pour l'ancienne compagne ou l'ancien compagnon de la mère biologique de préserver le lien noué avec l'enfant. S'il règne entre les deux adultes un climat de tension trop important, le juge pourrait considérer que le maintien de relations personnelles n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, et ce même si ces tensions sont imputables à la mère légale. Cette dernière peut ainsi couper tout contact entre son enfant et son ancienne compagne ou son ancien compagnon, et ce malgré le lien affectif qui se serait noué entre eux.

Or, ceux-ci ne se trouvent-ils pas dans des situations différentes lorsque le projet parental était partagé par la mère biologique et son ex-compagne ? En tant que parent d'intention, cette dernière ne devrait-elle pas être traitée plus favorablement que le beau-parent hétérosexuel ? Est-il acceptable d'appliquer à l'ancienne compagne de la mère légale les mêmes conditions qu'à n'importe quel tiers, lorsque celle-ci est à l'origine du projet parental et que le maintien des relations personnelles est pour elle le seul moyen de préserver le lien tissé avec l'enfant concerné ? La question est ouverte, et la jurisprudence de la Cour pourrait – espérons-le – apporter des éléments de réponse.

III. La délégation de l'autorité parentale, une deuxième solution – plus convaincante – à l'absence de lien de filiation ?

En l'absence de lien de filiation, le droit au maintien des relations personnelles peut donc, dans certains cas, permettre d'assurer la pérennité du lien noué avec l'enfant. Pour s'assurer une place dans la vie de l'enfant de manière plus importante, la partenaire ou l'ex-partenaire de la mère biologique pourrait

également demander la délégation de l'autorité parentale. Ici encore, il n'est pas certain que la demande aboutisse.

La Cour a été saisie en la matière dans l'affaire *Bonnaud et Lecoq c. France*⁽¹²⁾. Les requérantes, en couple depuis plusieurs années, avaient chacune donné naissance à un enfant à la suite d'un processus de procréation médicalement assistée à l'étranger. À défaut de pouvoir chacune faire établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant de l'autre⁽¹³⁾, elles avaient ensuite demandé une délégation d'autorité parentale croisée, sur le fondement de l'article 377 du Code civil français en vertu duquel « [l]es père et mère, ensemble ou séparément, peuvent lorsque les circonstances l'exigent saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance ». Dans un premier temps, le juge aux affaires familiales avait fait droit à leur demande, soulignant que les deux enfants étaient élevés depuis leur naissance par les deux requérantes, ensemble, et estimant que les conditions d'application de l'article 377 étaient réunies en l'espèce. La Cour d'appel avait ensuite infirmé le jugement au motif que les requérantes ne démontraient pas l'existence de circonstances particulières justifiant la délégation de l'autorité parentale, ce qui avait été confirmé en dernier ressort par la Cour de cassation. En 2012, les requérantes avaient fini par se séparer et projetaient d'introduire une nouvelle demande de délégation d'autorité parentale concernant celui des enfants qui était encore mineur à l'époque⁽¹⁴⁾.

Estimant que le rejet de leur demande était fondé sur leur orientation sexuelle, les requérantes invoquaient une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention⁽¹⁵⁾. La Cour a toutefois conclu à l'irrecevabilité de la requête. Concernant la période antérieure à la séparation des requérantes, elle a assimilé celles-ci à un couple hétérosexuel dans le cadre d'une famille recomposée. Elle a constaté que l'article 377 du Code civil ne faisait « aucune différence entre les parents » et ne contenait « aucune distinction quant à l'orientation sexuelle », et que l'appréciation des juridictions nationales en l'espèce ne révélait aucune différence de traitement selon leur orientation sexuelle. Partant, la Cour a considéré qu'il n'y avait aucune apparence de violation des articles 14 et 8 combinés. Concernant la période ultérieure à la séparation des requérantes, la Cour a estimé qu'il serait peut-être fait droit à la nouvelle demande de délégation d'autorité parentale et que cet aspect du grief était dès lors prématuré⁽¹⁶⁾.

(12) Cour eur. D.H., décision *Bonnaud et Lecoq c. France* du 6 février 2018, <https://www.echr.coe.int>.

(13) Avant 2021, l'adoption était en effet la seule possibilité pour les couples de femmes de faire établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant, et cette possibilité était alors encore réservée aux couples mariés. Or, en l'espèce, les intéressées n'étaient pas unies par les liens du mariage. Sur les possibilités d'établissement d'un lien de filiation en droit français, voy. *infra*.

(14) Cour eur. D.H., décision *Bonnaud et Lecoq c. France*, précitée, §§ 4 à 21. Selon la Cour (§ 48), il n'est pas exclu que cette nouvelle demande soit accueillie favorablement, compte tenu du changement de circonstances dans la vie des requérantes.

(15) Cour eur. D.H., décision *Bonnaud et Lecoq c. France*, précitée, § 27.

(16) Cour eur. D.H., décision *Bonnaud et Lecoq c. France*, précitée, §§ 42 à 49.

La décision de la Cour repose donc sur la double affirmation selon laquelle, d'une part, la situation des requérantes était comparable à celle d'un couple hétérosexuel dans le cadre d'une famille recomposée et, d'autre part, leur demande n'avait pas été traitée différemment en raison de leur orientation sexuelle. Nous posons alors la question suivante : est-il bien certain que les requérantes se trouvaient dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel dans le cadre d'une famille recomposée ? Ni les autorités nationales ni la Cour européenne n'ont tenu compte de la spécificité de leur situation en tant que couple homosexuel, à savoir que chaque enfant était issu d'un projet parental commun des requérantes et qu'il était impossible pour celles-ci d'établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant de l'autre. Ces circonstances n'auraient-elles pas justifié une différence de traitement relativement à la délégation de l'autorité parentale ?

IV. La filiation à l'égard de deux personnes de même sexe : une relative liberté des États

Au sein d'un couple de femmes, la partenaire ou l'ex-partenaire de la mère biologique n'est donc pas toujours assurée de se voir octroyer un droit aux relations personnelles ou une délégation de l'autorité parentale. Or, ces attributs démembrés de la parenté offriraient une protection minimale du lien tissé avec l'enfant, dans des situations où l'établissement de la filiation serait impossible. En effet, les États disposent en matière de filiation d'une certaine marge d'appréciation (A). Si la Cour les oblige, dans certaines circonstances, à reconnaître un lien consacré à l'étranger (B), elle leur laisse en revanche une plus grande liberté s'agissant de l'établissement d'une double filiation monosexuée en droit interne (C).

A. Une marge d'appréciation, mais pas une liberté totale

Régulièrement amenée à se prononcer dans des affaires de filiation, la Cour européenne s'emploie à rappeler que les États disposent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Bien que celle-ci soit restreinte lorsqu'est en jeu « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu »⁽¹⁷⁾, elle s'amplifie lorsque l'affaire soulève des « questions morales ou éthiques délicates » sur lesquelles il n'existe pas de consensus entre les États⁽¹⁸⁾, ce qui est notamment le cas lorsqu'il est question de la reconnaissance ou de l'établissement d'un lien de filiation entre un adulte et un enfant auquel ne le rattache aucun lien biologique⁽¹⁹⁾. Tout en acceptant l'existence d'une pluralité de systèmes de filiation, la Cour vérifie que les États, dans la mise en œuvre de ceux-ci, n'excèdent pas cette marge d'appréciation⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Voy. notamment : Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France*, précité, § 85 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, <https://www.echr.coe.int>, § 77.

⁽¹⁸⁾ Voy. notamment : Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France*, précité, § 85.

⁽¹⁹⁾ Voy. notamment : Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France*, précité, § 86.

⁽²⁰⁾ A. DIONISI-PEYRUSSE, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de filiation (hors adoption) », *Rev. trim. dr. h.*, 2023/133, pp. 101-125, spéc. pp. 101-105.

B. Quant à la reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger

En matière de gestation pour autrui, la Cour a considéré en 2014 que l'« obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique » violait le droit au respect de la vie privée des enfants issus d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger⁽²¹⁾. Dans son avis consultatif du 10 avril 2019, elle a ajouté que le droit au respect de la vie privée de l'enfant « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la “mère légale” »⁽²²⁾. Elle a précisé que ceci valait également lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention⁽²³⁾, ce qu'elle a confirmé un an plus tard dans son arrêt *D. c. France*⁽²⁴⁾. Plus récemment encore, l'affaire *D.B. et autres c. Suisse*⁽²⁵⁾ a permis à la Cour d'étendre ces considérations à la situation d'un couple de même sexe.

Dans ce cadre, la jurisprudence de la Cour accorde encore une importance particulière à l'existence d'un lien biologique. Dans chacune des affaires précitées, en effet, au moins l'un des parents d'intention était le parent biologique de l'enfant.

La Cour s'est en revanche montrée plus sévère dans l'affaire *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c. Islande*⁽²⁶⁾. Les autorités islandaises refusaient d'établir un lien de filiation entre un enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger et ses deux mères d'intention, aucune de celles-ci n'étant biologiquement liée à l'enfant. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 en raison de l'absence d'obstacles effectifs à la jouissance de leur vie familiale, et a indiqué que le raisonnement était identique concernant leur vie privée. Il est intéressant de noter que le juge Lemmens a, dans son opinion concordante, insisté sur la distinction à opérer entre la vie familiale et la vie privée. Il a souligné que le refus de reconnaissance entraînait des conséquences négatives sur la vie privée de l'enfant, et que ce volet devait être examiné distinctement du volet relatif à la vie familiale, peu importe

⁽²¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France*, précité, § 100.

⁽²²⁾ Cour eur. D.H., Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, 10 avril 2019, <https://www.echr.coe.int>, § 46.

⁽²³⁾ Cour eur. D.H., Avis consultatif, précité, § 47.

⁽²⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020, <https://www.echr.coe.int>. En l'espèce, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention en ce que le droit français offrait à la mère d'intention un « mécanisme effectif et suffisamment rapide » en lui permettant d'adopter l'enfant de son conjoint.

⁽²⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *D.B. et autres c. Suisse* du 22 novembre 2022, <https://www.echr.coe.int> ; pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voy. notamment : M. FANARA, « Application des principes issus de la jurisprudence *Mennesson* et de l'avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à l'homoparentalité », *cette Revue*, p. 482 ; D. PIRE, « Un nouvel arrêt important de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la reconnaissance des G.P.A. pratiquées à l'étranger », *J.L.M.B.*, 2023/11, pp. 463-466.

⁽²⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölfnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021, <https://www.echr.coe.int> ; pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voy. notamment : G. WILLEMS, « GPA internationales : la Cour de Strasbourg à la croisée des chemins ? », *cette Revue*, 2022/1, pp. 180-184.

que l'enfant soit ou non biologiquement lié à ses parents d'intention. Selon lui, la Cour pourrait faire évoluer sa jurisprudence en étendant les principes susmentionnés aux situations dans lesquelles l'enfant n'a de lien biologique avec aucun de ses parents d'intention.

C. Quant à l'établissement d'un lien de filiation en droit interne

La Cour impose donc aux États de permettre l'établissement d'un lien de filiation vis-à-vis des parents d'intention lorsqu'ils sont encore unis, que l'un d'eux au moins a un lien biologique avec l'enfant et qu'un lien de filiation juridique a déjà été consacré à l'étranger. S'agissant en revanche de l'établissement d'une double filiation monosexuée en droit interne, les États conservent une liberté plus importante. Il nous semble néanmoins pouvoir déceler dans la jurisprudence strasbourgeoise les traces timides d'une restriction progressive de cette liberté.

1. L'impossibilité d'établir « automatiquement » un lien de filiation

En 2013, la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne*⁽²⁷⁾. Celle-ci concernait un couple de femmes dont l'une avait donné naissance à un garçon. Les autorités nationales avaient délivré un certificat de naissance mentionnant comme « mère » la femme qui avait accouché de l'enfant. Elles avaient en revanche refusé d'y insérer le nom de l'autre femme au titre de second parent. Les requérantes se plaignaient alors d'une discrimination au motif que, au sein d'un couple hétérosexuel marié, le mari de la mère est mentionné comme « père » dans l'acte de naissance, tandis qu'en l'espèce la partenaire de la mère avait dû adopter l'enfant pour établir avec lui un lien juridique. Fondant notamment son raisonnement sur les principes dégagés dans les arrêts *Gas et Dubois* et *X et autres* mentionnés ci-avant, la Cour a considéré que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié, dès lors qu'une présomption de maternité vis-à-vis de la partenaire de la mère biologique ne pouvait reposer sur aucun fondement factuel. En outre, la partenaire de la mère biologique n'avait pas rencontré de difficultés particulières dans le processus d'adoption. La Cour a alors conclu à l'absence de violation apparente de la Convention et à l'irrecevabilité de la requête.

Sur la question de l'établissement « direct » ou « automatique » d'un lien de filiation à l'égard de personnes de même sexe, la Cour pourrait être amenée à affiner sa jurisprudence. En effet, elle a déjà pu indiquer que les États ne sont pas tenus de prévoir des modes d'établissement automatique de la filiation pour les couples homosexuels non mariés, en comparaison avec la situation des couples hétérosexuels mariés (arrêt *Boeckel et Gessner-Boeckel*), mais elle ne s'est encore jamais prononcée sur l'existence éventuelle d'une discrimination en la matière entre couples homosexuels et couples hétérosexuels au statut conjugal identique.

Un des griefs soulevés par la requérante dans l'affaire *Callamand c. France* portait précisément sur cette question. Elle alléguait en effet une incompatibilité

⁽²⁷⁾ Cour eur. D.H., décision *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* du 7 mai 2013, <https://www.echr.coe.int>.

du droit français avec les articles 8 et 14 combinés de la Convention en ce qui concernait les modes d'établissement de la filiation d'une personne à l'égard de l'enfant de son conjoint : exposant que le conjoint homosexuel ne pouvait recourir qu'à l'adoption tandis que le conjoint hétérosexuel disposait d'une pluralité de moyens⁽²⁸⁾, elle s'estimait victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle (§§ 47 et 48). S'il soulève une question pertinente, ce grief a néanmoins été rejeté par la Cour pour non-épuiement des voies de recours internes (§ 52). Sans doute aura-t-elle à l'avenir l'occasion de lever le voile sur la question⁽²⁹⁾.

Plus récemment, la Cour a été saisie d'une affaire *R.F. et autres c. Allemagne*⁽³⁰⁾. Celle-ci est similaire à l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel* mais s'en distingue puisqu'il existe en l'espèce un lien génétique entre l'enfant et la partenaire de la mère légale. En effet, la mère légale est celle qui a accouché de l'enfant, mais l'embryon qui a été implanté dans son utérus est issu de la fécondation d'un ovule de sa partenaire par le sperme d'un donneur. L'affaire est toujours pendante devant la Cour, et l'avenir nous dira quel est le poids accordé par celle-ci à l'existence de pareil lien génétique.

2. L'impossibilité d'établir un lien de filiation par la voie de l'adoption

La Cour n'a jamais consacré, comme tel, un droit à l'adoption pour les couples homosexuels. Pour se prononcer sur l'existence éventuelle d'une discrimination à l'encontre de couples de même sexe privés de la possibilité d'adopter, la Cour fonde son raisonnement sur le statut matrimonial des intéressés plutôt que sur leur orientation sexuelle.

C'est ainsi que dans son arrêt *Gas et Dubois c. France*⁽³¹⁾, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. L'affaire

⁽²⁸⁾ La requête a en effet été déposée en 2019, avant donc l'ouverture aux couples de femmes de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Malgré cette évolution, elle demeure pertinente dès lors que les couples de femmes mariées sont toujours privés, en droit français, de la possibilité d'établir leur filiation par présomption, reconnaissance ou possession d'état, contrairement aux couples hétérosexuels mariés.

(Dans l'affaire *Callamand c. France*, la requérante n'avait même pas la possibilité concrète d'adopter l'enfant puisqu'elle n'avait pas obtenu le consentement de la mère biologique. Voy. C. civ. français, art. 343-1.

⁽²⁹⁾ L'on peut se demander si la Cour s'inspirera des principes dégagés dans son arrêt *X et autres c. Autriche* dans lequel elle avait affirmé que les couples au statut conjugal identique doivent bénéficier d'un accès identique à l'adoption. En tout état de cause, il n'est pas certain qu'elle aboutisse à la même solution : l'établissement « automatique » de la filiation se distingue en effet de l'adoption en ce qu'il vise à consacrer une réalité crédible sur le plan biologique. Or, un enfant ne peut pas, biologiquement, descendre de deux personnes de même sexe. Ce critère biologique pourrait peser son poids dans le raisonnement de la Cour et amener celle-ci à conclure à l'absence de violation de la Convention dans l'hypothèse ici envisagée.

⁽³⁰⁾ Cour eur. D.H., affaire *R.F. et autres c. Allemagne*, communiquée le 13 janvier 2017, <https://www.echr.coe.int>.

⁽³¹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, <https://www.echr.coe.int>.

concernait un couple de femmes pacsées, dont l'une avait donné naissance à un enfant à la suite d'une PMA réalisée en Belgique. Les autorités françaises avaient refusé que l'autre femme procède à l'adoption simple de l'enfant, au motif que celle-ci entraînerait un transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptante et, partant, une privation pour la mère biologique de tous ses droits par rapport à l'enfant. La situation aurait été différente s'agissant d'un couple marié, l'adoptant et son conjoint étant dans une telle hypothèse tous deux investis de l'autorité parentale. Or, la législation française de l'époque réservait le mariage aux couples hétérosexuels. Dans ce contexte, les requérantes alléguaient avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle, en ce que le motif pris des conséquences légales de l'adoption coparentale ne constituait un obstacle définitif à l'adoption que pour les couples de même sexe qui, contrairement aux couples de sexe différent, ne pouvaient pas se marier et ainsi bénéficier d'une autorité parentale concurrente.

D'une part, la Cour a examiné la situation des requérantes par rapport à celle des couples mariés. Rappelant que les États sont libres d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe et que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent, elle a considéré que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle des couples mariés. D'autre part, elle a examiné la situation des requérantes par rapport à celle des couples hétérosexuels non mariés. Elle a considéré que leurs situations étaient analogues et qu'il n'y avait pas de différence de traitement entre ces deux catégories de personnes. Partant, elle a conclu à l'absence de discrimination.

L'affaire *X et autres c. Autriche*⁽³²⁾ a été l'occasion pour la Cour de préciser sa jurisprudence. Là encore, il était question d'un couple de femmes non mariées dont l'une avait donné naissance à un enfant à la suite d'une PMA réalisée à l'étranger. Les autorités autrichiennes avaient refusé que l'autre femme adopte l'enfant sans que soit rompu le lien juridique existant entre celui-ci et sa mère biologique. En effet, le droit autrichien prévoyait que l'adoption par une personne rompt le lien entre l'adopté et son parent biologique du même sexe que son parent adoptif. Les requérantes s'estimaient victimes d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels, en ce que l'adoption coparentale par un couple homosexuel était juridiquement impossible en droit autrichien.

La Cour européenne a d'abord comparé la situation des requérantes à celle d'un couple hétérosexuel marié, pour qui l'adoption coparentale était possible. Réitérant le raisonnement tenu dans l'affaire *Gas et Dubois* précitée, elle a rappelé que les États sont libres d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe et que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. Elle a ainsi considéré que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation comparable à celle des couples mariés. La Cour a ensuite comparé la situation des requérantes à celle d'un couple hétérosexuel non marié. Après avoir indiqué que ces deux catégories de personnes se trouvaient dans des situations comparables, elle a souligné la différence

⁽³²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013, <https://www.echr.coe.int> ; pour un commentaire détaillé de cet arrêt, voy. notamment : G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2013/4, pp. 1025-1042.

de traitement opérée par le droit national. C'est là que réside la différence cruciale entre les deux affaires : tandis que le droit français excluait de l'adoption coparentale les couples non mariés, tant hétérosexuels que homosexuels, le droit autrichien n'en excluait que les couples non mariés homosexuels. Considérant que la justification avancée par le Gouvernement autrichien était insuffisante, la Cour a conclu à la violation des articles 8 et 14 combinés de la Convention.

C'est donc la différence de statut matrimonial (entre couples hétérosexuels mariés et couples homosexuels non mariés) ou l'identité de statut matrimonial (entre couples hétérosexuels non mariés et couples homosexuels non mariés) qui semble justifier la différence ou l'identité de traitement. En d'autres termes, la Cour ne sanctionne pas les États qui réservent l'adoption aux couples mariés et qui réservent le mariage aux couples hétérosexuels, mais elle sanctionne ceux qui traitent différemment en la matière les couples homosexuels et les couples hétérosexuels dont le statut conjugal est par ailleurs identique. Cela revient à admettre une discrimination indirecte envers les couples homosexuels lorsque ceux-ci n'ont pas la possibilité de se marier. En effet, dans l'affaire *Gas et Dubois*, la Cour n'aurait-elle pas dû considérer que la situation des requérantes était différente de celle des couples hétérosexuels non mariés, dès lors que seuls ces derniers avaient la possibilité de se marier et, partant, de mener à bien une procédure d'adoption ?

3. L'impossibilité absolue d'établir un lien de filiation

Dans son arrêt *C.E. et autres c. France*⁽³³⁾, la Cour s'est prononcée dans deux affaires dans lesquelles les autorités nationales avaient refusé d'établir un lien de filiation entre l'enfant et l'ancienne compagne de sa mère biologique, que ce soit par la voie de l'adoption ou par une autre voie.

La première affaire concernait un couple de femmes ayant eu recours à une assistance à la procréation avec don amical en France, à la suite de laquelle un enfant était né en 2002. En l'absence de mariage entre les deux femmes, la demande d'adoption introduite en 2015 par celle qui n'avait pas accouché de l'enfant avait été rejetée⁽³⁴⁾. Elle n'était pas non plus parvenue à établir sa filiation par possession d'état, dès lors que seule l'adoption permettait à l'époque d'établir un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *C.E. et autres c. France*, précité ; L. BRUNET et M. MESNIL, *op. cit.* ; C. DERAIVE et H. OUHNAOUL, « C.E. & al. v. France : Legal recognition of intended parenthood from previous same-sex relationships (between women) », octobre 2022, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2022/10/07/c-e-al-v-france-legal-recognition-of-intended-parenthood-from-previous-same-sex-relationships-between-women/>.

⁽³⁴⁾ Jusqu'en février 2022, l'adoption était en effet réservée aux couples mariés. Voy. loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

⁽³⁵⁾ La France ayant ouvert en 2013 le mariage et, par voie de conséquence, l'adoption aux couples de même sexe, celle-ci a été dans un premier temps l'unique possibilité pour les couples de femmes (alors mariées) de faire établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant. Voy. loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Cette loi a notamment inséré dans le Code civil français un article 6-1 prévoyant que l'établissement de la filiation par présomption, reconnaissance ou possession d'état n'était pas ouvert aux couples de même sexe.

La deuxième affaire concernait un couple de femmes dont chacune avait donné naissance à un enfant à la suite d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur réalisée à l'étranger, respectivement en 2008 et en 2011. En 2018, après leur séparation, l'une d'elles a cherché à établir sa filiation à l'égard de l'enfant de l'autre par le biais de la possession d'état, mais sa demande a été rejetée au motif que seule l'adoption permettait d'établir un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe⁽³⁶⁾ (§§ 2 à 25).

La Cour a considéré que l'impossibilité durable pour les deux femmes « d'obtenir la reconnaissance en droit de la relation de nature filiale » développée avec les enfants « grâce à l'investissement affectif et l'implication dans leur éducation » (§ 103) soulevait « une question sérieuse au regard du principe de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit au respect de la vie privée » (§ 104). Elle a toutefois eu égard aux différents dispositifs que prévoyait le droit français pour obtenir une reconnaissance du lien (à savoir le partage de l'autorité parentale et le droit aux relations personnelles en cas de séparation) entre un enfant et un adulte, et a indiqué en outre que l'établissement de la filiation était désormais possible dans les deux situations (par l'adoption simple de l'enfant devenu majeur, dans la première, et par la reconnaissance conjointe créée par la loi du 2 août 2021, dans la seconde⁽³⁷⁾) (§§ 105 à 112). Elle a ajouté qu'en l'absence de consensus européen sur la question, « on ne saurait reprocher à l'État défendeur d'avoir tardé à consentir à cette évolution » (§ 110). Elle a ainsi conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention.

Les requérantes ne disposaient à l'époque d'aucun moyen pour faire établir leur filiation à l'égard de l'enfant, ni par la voie de l'adoption ni par aucune autre voie, mais la Cour a semblé néanmoins tenir compte du fait que, au moment où elle a statué, les intéressées disposaient de possibilités nouvelles pour faire établir leur filiation à l'égard de l'enfant. Elle a en outre invoqué les formes alternatives de reconnaissance du lien prévues par le droit français. Pouvons-nous voir là une trace de restriction de la liberté laissée aux États en la matière ? Qu'aurait décidé la Cour s'il n'avait existé pour les intéressées aucun moyen de faire établir la filiation souhaitée, ni à l'époque des faits ni à l'époque où elle a statué, voire s'il

(En 2021, la loi relative à la bioéthique a ouvert l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur aux couples de femmes et a introduit des règles particulières en matière de filiation. Si deux femmes sont à l'origine d'un projet parental commun, celle qui n'a pas accouché de l'enfant peut voir sa filiation établie moyennant reconnaissance conjointe de l'enfant devant notaire. Voy. loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique).

⁽³⁶⁾ Voy. notes précédentes : avant 2021, l'adoption était la seule possibilité pour les couples de femmes de faire établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant, et cette possibilité était alors encore réservée aux couples mariés. Or, en l'espèce, les intéressées n'étaient pas unies par les liens du mariage.

⁽³⁷⁾ Les règles instaurées par la loi de 2021 relative à la bioéthique s'appliquent en effet aux couples ayant eu recours à une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur tant en France après l'entrée en vigueur de la loi qu'à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. Pour les couples de femmes ayant eu recours à une AMP à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi, comme c'est le cas en l'espèce, un dispositif de droit transitoire permet de recourir à la reconnaissance conjointe de l'enfant jusqu'au 4 août 2024. Voy. loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; L. BRUNET et M. MESNIL, *op. cit.*

n'avait existé *a minima* aucune forme atténuée de reconnaissance du lien tissé entre l'enfant et la femme revendiquant la filiation⁽³⁸⁾ ?

Par ailleurs, la Cour précise que les États qui, sans y être obligés, font le choix de prévoir dans leur droit national l'établissement automatique de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe, doivent néanmoins veiller à la cohérence des dispositifs mis en œuvre⁽³⁹⁾. Il s'agit ici encore d'une trace de restriction de la liberté laissée aux États.

Conclusion

Malgré les évolutions législatives et jurisprudentielles aux niveaux national et européen, les couples de femmes rencontrent encore certaines difficultés s'agissant de leur vie familiale.

En effet, sous réserve des nuances apportées ci-avant⁽⁴⁰⁾, les États ne sont pas tenus de prévoir dans leur droit national l'établissement d'un double lien de filiation maternelle. Il arrive alors que la compagne de la mère biologique soit privée de tout droit par rapport à l'enfant.

Dans pareille situation, une solution de secours peut être de solliciter la délégation de l'autorité parentale, mais nous avons vu que celle-ci n'était pas toujours accordée. En outre, en cas de séparation, l'ancienne partenaire de la mère biologique peut demander l'octroi d'un droit aux relations personnelles avec l'enfant, mais là encore il arrive que sa demande soit rejetée et qu'elle se voie privée de tout contact avec l'enfant. C'est en effet l'intérêt de l'enfant qui se trouve au centre de toute décision concernant l'octroi d'un droit aux relations personnelles, or le juge pourrait considérer qu'un climat de tensions trop important s'oppose au maintien des relations avec la femme qui n'a pas accouché, et ce même si ces tensions sont imputables à la mère biologique.

Une femme ayant développé une relation affective avec l'enfant de son ancienne compagne peut ainsi se retrouver dans une impasse. Ceci pourrait être partiellement résolu si la Cour se montrait sensible à l'argument de la discrimination susceptible d'exister entre couples homosexuels, d'une part, et couples hétérosexuels dans le cadre de familles recomposées, d'autre part. Plus encore,

⁽³⁸⁾ Une question similaire, bien que non identique, se pose s'agissant de l'affaire *Boeckel et Gessner-Boeckel* mentionnée plus haut : la Cour a attaché une certaine importance au fait que la partenaire de la mère biologique pouvait, à l'époque des faits, procéder à l'adoption de l'enfant. Qu'aurait-elle décidé s'il n'avait existé pour l'intéressée aucun moyen de faire établir la filiation souhaitée ?

⁽³⁹⁾ La Cour a en effet souligné que l'exclusion du régime transitoire des enfants mineurs qui sont nés d'une assistance à la procréation avec don amical « pourrait soulever une difficulté sérieuse au regard de l'article 8, pris seul, ou en combinaison avec l'article 14 » (§ 113). En effet, le dispositif de droit transitoire ne s'applique qu'aux couples ayant eu recours à une AMP à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. Il exclut donc les couples ayant eu recours à un don amical en France, comme c'est le cas dans la première affaire traitée dans l'arrêt *C.E. et autres. Voy. L. BRUNET et M. MESNIL, ibid.*

⁽⁴⁰⁾ Voy. notamment l'arrêt *X et autres c. Autriche* dans lequel la Cour indique que l'adoption doit être ouverte aux couples de même sexe si elle est ouverte aux couples de sexe différent ayant un statut conjugal identique.

sur le modèle de sa jurisprudence relative aux relations de couple homosexuelles, qui laisse encore aux États une liberté quant à l'ouverture du mariage homosexuel mais qui leur impose désormais de prévoir à tout le moins un statut alternatif au mariage⁽⁴¹⁾, la Cour devrait-elle *a minima* imposer aux États de garantir aux couples homosexuels certains attributs démembrés de la parenté, à défaut de les obliger à prévoir dans leur droit national la possibilité de l'établissement d'une filiation homoparentale ?

Delphine THIENPONT⁽⁴²⁾

Assistante à l'UCLouvain

*(Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine ;
Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen)*

⁽⁴¹⁾ Voy. en particulier : Cour eur. D.H., arrêt *Fedotova et autres c. Russie* du 17 janvier 2023, <https://www.echr.coe.int>.

⁽⁴²⁾ L'auteure tient à remercier vivement le Professeur Geoffrey Willems pour ses précieux conseils et sa relecture attentive.