



HAL
open science

L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne

Alexandra Leclère

► **To cite this version:**

Alexandra Leclère. L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne. Droit. Université de Bourgogne, 2016. Français. NNT : 2016DIJOD003 . tel-01525031

HAL Id: tel-01525031

<https://theses.hal.science/tel-01525031>

Submitted on 19 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BOURGOGNE-FRANCHE-COMTE

UFR de Droit et Sciences Economique et Politique - CREDIMI

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur de l'Université de Bourgogne-Franche-Comté
Discipline : Droit Privé

Présentée et soutenue par :

Alexandra LECLERE

Le 17 Octobre 2016

L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne

Directrice de Thèse :

Madame Hélène TOURARD

Membres du Jury :

Madame Emmanuella DOUSSIS : Professeure Adjointe à l'Université d'Athènes, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Politique, Rapporteur.

Madame Estelle GALLANT : Maître de Conférences HDR Droit Privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Rapporteur.

Madame Natalie JOUBERT : Professeure Droit Privé à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté.

Madame Aurélia FAUTRE-ROBIN : Maître de Conférences Droit Privé à l'Université de Clermont-Ferrand.

Madame Hélène TOURARD : Maître de Conférences HDR Droit Public à l'Université de Bourgogne-Franche-Comté, Directrice de thèse.

*Je remercie ma directrice de thèse,
Madame Hélène TOURARD, pour son
soutien et sa bienveillance tout au long
de l'élaboration de ce travail.*

Liste des principales abréviations

| | |
|-----------------------------|---|
| A.D.F.H | : Association des Familles Homosexuelles |
| A.F.A | : Agences Françaises de l'Adoption |
| AJDA | : Actualité Juridique Droit Administratif |
| AJ fam. | : Actualité Juridique famille |
| AMP | : assistance médicale à la procréation |
| al. | : alinéa |
| A.P.G.L | : Association des Parents Gays et Lesbiens |
| art. | : article |
| Ass. plén | : Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| Bull. civ. | : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation |
| c/ | : contre |
| CA | : Cour d'appel |
| CAA | : Cour administrative d'appel |
| CASF | : Code de l'action sociale et des familles |
| Cass. | : Cour de cassation |
| Cass. civ. 1 ^{ère} | : première chambre civile de la Cour de cassation |
| C. civ. | : Code civil |
| CIDE | : Convention internationale des Droits de l'Enfant |
| C. pén. | : Code pénal |
| CE | : Conseil d'État |
| CEDH | : Cour européenne des droits de l'homme |
| Ch. soc. | : Chambre sociale |
| CJUE | : Cour de Justice de l'Union Européenne |
| chron. | : chronique |
| coll. | : collections |
| comm. | : commentaires |
| concl. | : conclusions |
| Cons. const. | : Décision du Conseil constitutionnel |
| CSP | : Code de la santé publique |
| Crim. | : Chambre criminelle de la cour de cassation |
| D. | : Dalloz/ Recueil Dalloz |
| DA | : Droit administratif |
| DIP | : droit international privé |
| dir. | : sous la direction de |
| Doc | : Document |
| Dr. fam. | : Droit de la famille |
| éd. | : éditions |
| FIV | : fécondation in vitro |
| GAJA | : Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative |
| Gaz. pal. | : Gazette du palais |
| GPA | : gestation pour autrui |
| HALDE | : Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité. |
| H.E.S | : Homosexualité et Socialisme |
| IAD | : insémination artificielle avec donneur |
| Ibid. | : au même endroit dans le texte |
| JAF | : Juge aux affaires familiales |
| JDI | : Journal de droit international |
| JO | : Journal officiel. |

JCP G :.....Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) édition Générale
 Jur. :.....Partie jurisprudence du Recueil Dalloz
 L.G.B.T :.....Lesbiennes Gays, Bisexuels et Transsexuels
 LGDJ :.....Librairie générale de droit et de jurisprudence
 LPA :.....Les Petites Affiches
 obs. :.....observations
 O.M.S :.....Organisation mondiale de la santé
 p. :.....page
 PACS :.....pacte civil de solidarité
 PFRLR :.....principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
 PIDCP :.....Pacte international relatif aux droits civils et politiques
 PMA :.....procréation médicalement assistée
 PUF :.....Presses universitaires de France
 QPC :.....question prioritaire de constitutionnalité
 RDLF :.....Revue des droits et libertés fondamentales
 RDP :.....Revue de droit public
 RDSS :.....Revue de droit sanitaire et social
 Rec. :.....Recueil
 Réf. :.....Référence à
 Rev. crit. DIP :.....Revue critique de droit international privé
 req. n° :.....requête de la CEDH.
 RFDA :.....Revue française de droit administratif
 RJPF :.....Revue juridique personnes et famille
 RTD civ. :.....Revue trimestrielle de droit civil
 RTDH :.....Revue trimestrielle des droits de l’homme
 sect. :.....section
 somm. :.....sommaire
 spéc. :.....spécialement
 TA :.....tribunal administratif
 TGI :.....tribunal de grande instance
 TI :.....tribunal d’instance
 UE :.....Union Européenne
 V. :.....Voir
 Vol. :.....Volume

A mes êtres chers...

Sommaire

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 11 |
| Partie 1 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle : l'ouverture européenne de 2008..... | 37 |
| Titre 1 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle avant 2008..... | 42 |
| Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'ouverture..... | 44 |
| Chapitre 2 - Le droit européen confirme la fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 79 |
| Titre 2 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle à partir de 2008..... | 108 |
| Chapitre 1 - La CEDH reconnaît la famille monoparentale homosexuelle..... | 111 |
| Chapitre 2 - La famille homosexuelle monoparentale reconnue en France par application de la jurisprudence de la CEDH..... | 136 |
| Partie 2 - La constitution de la famille homoparentale : le tournant français de 2013..... | 167 |
| Titre 1 - La constitution de la famille homoparentale avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013..... | 171 |
| Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le couple homosexuel..... | 174 |
| Chapitre 2 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le partenaire homosexuel..... | 231 |
| Titre 2 - La constitution de la famille homoparentale à partir de 2013..... | 279 |
| Chapitre 1 - Les conséquences concrètes de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013..... | 282 |
| Chapitre 2 - Les débats amorcés par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013..... | 357 |
| Conclusion..... | 417 |
| Bibliographie..... | 423 |
| Annexes..... | 483 |
| Table des matières..... | 569 |

Introduction

« La famille se construit, se veut, se choisit. Elle ne s'impose plus. Elle n'est pas de l'ordre du déjà là. Elle est à réinventer sur la base de présupposés nouveaux »¹.

1. Au cours des quatre dernières décennies, l'accroissement des divorces² et des séparations, l'augmentation du nombre de familles monoparentales³ et de familles reconstituées⁴ ont favorisé l'émergence de nouvelles structures familiales. Parallèlement à ces changements, le passage d'une société basée sur les valeurs religieuses à une société basée sur les droits et libertés civiles a favorisé une visibilité croissante des personnes homosexuelles et de leurs réalités familiales. Leurs droits sont de plus en plus reconnus et des privilèges, jusqu'à maintenant réservés aux individus hétérosexuels, leur sont conférés⁵. Ces transformations sociales et légales ont stimulé l'ouverture à diverses réalités familiales. On peut maintenant envisager que deux adultes de même sexe se prévalent d'un droit et de la responsabilité d'être parent, réalité invisible, voire inacceptable, il y a à peine 10 ans.

2. Ces changements intervenus dans la structure de la famille traditionnelle invitent à s'interroger sur ce qu'est cette famille afin de mieux comprendre ce qu'elle est en train de devenir sous l'effet de la mutation profonde qu'elle vit depuis un demi-siècle environ. La famille est la cellule de base de la société et reflète inévitablement ses conceptions et ses valeurs. Le droit de la famille peut être ainsi perçu comme le miroir de la société. Il existe différentes définitions de la famille mais le droit de la famille se cantonne principalement au couple et à l'enfant. Il est aussi possible d'opter pour une approche sociologique ou biologique de la famille. Une approche sociologique permet de considérer comme une famille tout groupe de personnes vivant sous le même toit. Dans ce cas, les beaux-parents font partie de la famille en cas de famille recomposée. Une approche biologique de la famille peut conduire à regarder comme famille tout groupe de personne ayant entre elles un lien de sang, quel que soit le degré de parenté.

3. Il est difficile de donner une définition juridique stricte de la famille car il n'existe pas une famille mais des familles lesquelles varient en fonction des lieux et des époques⁶. Chaque Etat les

¹ F. TULKENS, Extrait de l'allocution d'ouverture à la 3^e Conférence Internationale sur l'homoparentalité, Paris, 2005.

² En France, chaque jour ce sont 338 divorces qui sont prononcés, soit 123537 divorces par an (2014). Dans 3 cas sur 4, le demandeur du divorce est la femme. Sources : Insee, estimations de population et statistiques de l'état civil ; SDSE.

³ L'expression *famille monoparentales* désigne les familles où l'enfant vit seul avec un de ses parents, dès l'origine ou en raison de la dissolution d'une précédente famille.

⁴ L'expression *famille reconstituée* ou *famille recomposée* est une famille issue de parents ayant eu des enfants d'une précédente union.

⁵ Par exemple : la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

⁶ V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. La « famille ».

appréhende différemment en fonction de ses orientations politiques, sociales et culturelles notamment. La famille africaine est par exemple conçue comme un vaste groupe regroupant les individus de plusieurs générations. A l'inverse, les sociétés occidentales fonctionnent aujourd'hui sur un modèle familial plus resserré comprenant traditionnellement le père, la mère et leur (s) enfant (s). C'est la famille dite « *ménage* ». En droit, la famille recouvre des réalités différentes dans différentes branches du droit. En droit des successions, le lien de parenté ou d'alliance peut permettre d'hériter jusqu'à un certain degré d'éloignement. En principe, on peut hériter jusqu'au sixième degré, c'est-à-dire jusqu'aux petits cousins. Le droit des successions ne prend en compte que les personnes liées par un lien de parenté ou d'alliance. En droit européen des droits de l'Homme, pour l'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, il faut rechercher les liens affectifs. Cela peut être des liens affectifs démontrés, une vie commune, une dépendance, un lien génétique...

4. En 1804, lors de l'élaboration du Code civil, la famille avait un chef : le père. Il était considéré comme le chef de la famille par rapport à ses enfants, on parlait alors de « *puissance paternelle* », et par rapport à sa femme, les droits de chacun étant profondément inégalitaires. L'épouse était alors soumise au pouvoir de son mari auquel elle devait « *obéissance* »⁷ Elle était juridiquement incapable. Pour réaliser des actes qui semblent aujourd'hui anodins a beaucoup de femmes (travailler, contracter, ouvrir et gérer un compte en banque), elle avait besoin de l'autorisation de son mari ou à défaut, de celle du juge. Le Code de 1804 ne reconnaissait que la famille construite sur le mariage, c'est-à-dire selon un vocable utilisé jusqu'à l'ordonnance n° 2005-739 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : la famille légitime. Le mariage était largement encouragé tandis que le divorce était très encadré. L'établissement de la paternité du mari de la femme ayant accouché était facilité par le biais d'une présomption légale. Les enfants légitimes étaient juridiquement très bien protégés par l'octroi de droits importants : droits alimentaires, droits successoraux... En 1804, les concubins étaient sur le plan juridique ignorés. L'établissement de la filiation des enfants nés hors mariage- les enfants naturels- n'étaient pas toujours possible. Les enfants naturels subissaient un traitement juridique inférieur à celui des enfants légitimes puisque des droits moindres leur étaient conférés, ce qui était particulièrement vrai pour l'enfant naturel adultérin⁸.

5. Les choses ont ensuite progressivement évolué, en même temps que l'ensemble de la société, vers davantage d'égalité et de liberté. Au XIXe siècle, le droit de la famille n'a quasiment pas évolué, sauf en matière de divorce. Il été supprimé par la loi Bonald du 8 mai 1816 avant d'être

⁷ Article 213 ancien du Code civil.

⁸ L'enfant adultérin est un enfant issu de deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage avec une tierce personne. Ce vocable n'est plus utilisé en droit français depuis l'ordonnance n° 2005-739 du 4 juillet 2005.

rétabli dans le Code civil par la loi Naquet du 27 juillet 1884. Durant cette période, différents événements (crise économique, montée du féminisme) ont incité le législateur à faire des interventions ponctuelles en droit de la famille. La loi du 13 juillet 1907 a ainsi permis à la femme mariée de percevoir et de disposer librement de ses salaires et gains professionnels. Plus tard, la loi du 18 février 1938 a, elle, supprimé l'incapacité juridique de la femme mariée. La loi n° 573 du 22 septembre 1942 a augmenté les pouvoirs de la femme mariée.

6. L'évolution s'est accélérée dans les années soixante-dix. Cette décennie marque un point fort de la libéralisation des mœurs et des revendications en matière de droit des femmes avec une vague de réformes profondes du droit de la famille vers plus de liberté et d'égalité. Ainsi, les effets du mariage ont été réformés par la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965⁹ autour des idées d'indépendance, de solidarité et d'égalité. La filiation et le divorce ont été réformés respectivement en 1972¹⁰ et 1975¹¹ par deux lois dues à la plume du Doyen CARBONNIER. La réforme de la filiation a notamment reconnu l'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels. La loi relative au divorce a opéré une libéralisation importante en multipliant les cas de divorce. A partir de la fin du siècle dernier une nouvelle impulsion est donnée notamment concernant le PACS, le 15 novembre 1999, reconnaissance juridique du couple homosexuel dans le droit de la famille. Et que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption homosexuelle viendra en quelque sorte parachever.

7. Dans ce contexte progressiste, le couple homosexuel qui n'a pas la capacité de procréer peut, néanmoins, ressentir une attirance pour le modèle parental et les émotions de la parentalité hétérosexuelle et ainsi revendiquer de les exprimer concrètement. Durant les trente dernières années, de nombreux changements familiaux ont été observés : multiplication des « *familles recomposées* », monoparentales, adoptives, procréations médicalement assistées. Ces nouvelles familles jouent autrement de l'alliance et de la filiation mais respectent le modèle de parenté français dans lequel l'enfant a un seul père et une seule mère¹². Aujourd'hui, nous assistons à l'émergence d'une autre forme de famille, la « *famille homosexuelle* ». La famille homosexuelle peut se décliner sous quatre formes : 1) elle peut être issue d'une recomposition familiale avec un partenaire de même sexe après une union hétérosexuelle ou 2) s'établir avec un système de coparentalité dans lequel des gays et des lesbiennes (il s'agit généralement de couples et non d'individus seuls) s'accordent pour avoir un enfant qui évoluera entre leurs deux foyers ; 3) elle peut résulter d'une adoption, ou enfin 4) d'un recours à la procréation médicalement assistée

⁹Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

¹⁰Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

¹¹Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

¹²V. A. Fine, « Vers une reconnaissance de la pluri-parentalité », *Esprit*, mars/avril 2001, p. 40-53.

(PMA). Il existe également des cas de figure exceptionnels en France, comme les couples d'hommes qui ont recours aux mères porteuses¹³.

8. Effectivement, un des changements les plus récents est que l'on peut devenir parent tout en étant homosexuel. Le mot homoparentalité est dans ce sens un néologisme apparu en 1996 par l'Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens (APGL)¹⁴. Elle fait d'ailleurs l'objet de plusieurs définitions : Monsieur JACQUES COMAILLE, par exemple, la définit comme « *la reconnaissance par le droit de pouvoir être parent en tant qu'homosexuel* »¹⁵. Madame FRANCOISE MILLET, qui a consacré une étude remarquable à cette thématique, en donne une définition assez restrictive en écrivant qu'« *on doit admettre que l'homoparentalité recouvre les hypothèses dans lesquelles il serait possible à un couple ou même à une personne seule d'obtenir, en tant qu'homosexuel, l'établissement d'un lien de filiation avec un enfant et d'exercer sur lui les prérogatives attachées à l'autorité parentale* »¹⁶. Pour l'AGL, le terme est envisagé plus largement puisque l'homoparentalité désignerait « *toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'autodésigne comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant* ». En réalité, il faut admettre avec le professeur HUGUES FULCHIRON que le terme homoparentalité « *mélange deux questions qu'il importe cependant de distinguer : la parenté et la parentalité. Le mot parenté vient du latin pario engendrer. Le parent est celui qui engendre ou, plus généralement, celui que la loi désigne comme le père ou la mère de l'enfant : la parenté renvoie à un rapport de filiation. Le terme de parentalité recouvre une fonction : la prise en charge, la protection et l'éducation de l'enfant* »¹⁷.

9. Envisagée sous ces nombreuses composantes, l'homoparentalité recouvre des situations très diverses dans les faits : celle du couple homosexuel qui souhaite adopter un enfant, celle du couple homosexuel qui a le projet d'avoir et surtout d'élever ensemble un enfant issu des œuvres de l'un d'eux (ce qui implique donc nécessairement de faire appel à un tiers donneur), celle du célibataire homosexuel qui veut assouvir son désir d'enfant, celle du couple homosexuel qui élève ensemble l'enfant que l'un d'eux a eu d'une précédente union ou liaison hétérosexuelle. Cette hétérogénéité des situations fait que l'homoparentalité est avant tout une réalité sociale, même s'il est difficile de cerner actuellement avec précision l'ampleur du phénomène. La famille homoparentale est en effet l'une des formes familiales contemporaines identifiées. Le nombre

¹³ V. F. Leroy-Forgeot, *Les Enfants du Pacs : Réalités de l'homoparentalité*, Paris, L'Atelier de l'Archer, 1999, p. 9.

¹⁴ Fondée en 1986, elle agit selon trois axes : convivialité, action militante et réflexion. Ses membres sont des hommes et femmes déjà parents et/ou futurs parents qui veulent concilier leur parentalité existante ou désirée avec leur homosexualité.

¹⁵ V. J. COMAILLE, « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ. fam.* 2006, p. 401.

¹⁶ V. F. MILLET, « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Défrénois* 2005, art. 38153.

¹⁷ H. FULCHIRON, « Du couple à « l'homoparentalité », *AJ. fam.* 2006, p. 392.

d'homoparents ne cesse d'augmenter, et le désir d'enfant au sein d'un couple homosexuel est de plus en plus présent. Selon les démographes, 24 000 à 40 000 enfants vivent aujourd'hui au sein de famille homoparentales¹⁸. Les associations de parents évoquent pour leur part entre 200 000 et 300 000 parents¹⁹. Aux Etats-Unis, le phénomène a d'ailleurs pris une ampleur telle que l'on parle du « gaybabyboom ».

10. Traiter la notion de la famille homosexuelle est assurément délicat tant les problèmes qu'elle soulève cristallisent passions, idéologies et souffrances aussi. La famille homosexuelle ou encore l'homoparentalité bousculent la famille telle qu'elle s'est forgée socialement et juridiquement depuis des siècles, c'est-à-dire construite autour d'un rapport triangulaire liant le père, la mère et les enfants. L'homoparentalité soulève alors des questions majeures en sociologie et en anthropologie : Peut-on dénouer la parenté de la différence des sexes ? L'hétérosexualité des parents est-elle ou non une condition nécessaire à la parentalité ? L'inscription dans la filiation est-elle nécessairement liée à l'hétérosexualité du couple procréateur ? La filiation ne concerne-t-elle qu'un seul père et qu'une seule mère ? Qu'en est-il d'une possible filiation additionnelle ? La filiation repose-t-elle sur le biologique ou sur le social ? Ces nouvelles familles n'interpellent pas uniquement les socio-anthropologues sur les structures de la parenté et la filiation. Elles interrogent les psychanalystes sur le développement des enfants élevés en famille homoparentale, sur le complexe d'Œdipe, la fonction de séparation, les conditions de l'identité sexuelle et sexuée. Enfin elles posent des questions aux juristes sur l'autorité parentale, le droit de garde, de visite. Laissée dans l'ombre pendant plusieurs décennies, la famille homosexuelle passionne. En témoignent notamment les nombreuses publications intervenues sur le sujet, toutes disciplines confondues, ces dernières années. Et les témoignages personnels abondent²⁰. Une thèse de médecine remarquée a même été consacrée pour la première fois à la question il y a quelques années²¹. Des auteurs se spécialisent aujourd'hui sur le sujet. C'est le cas de MARTINE GROSS et d'IRENE THERY, sociologues qui multiplient les ouvrages sur le sujet²².

¹⁸ V. Notamment, Etudes de l'INED, La difficile mesure de l'homoparentalité, 2013.

¹⁹ V. Par exemple, l'ADFH, Association des familles Homoparentales qui sur son site internet avance le chiffre de 250 000 enfants.

²⁰ V. Par exemple : M. BLANC, *Et elles eurent beaucoup d'enfant... Histoire d'une famille homoparentale*, éd. Le BEC en l'air, 2005 ; C. ALTMAN, *Deux femmes et un couffin : une histoire d'adoptions homoparentales*, Ramsay, 2005 ; C. GIRARD, *Père comme les autres*, Hachette Littérature, 2006.

²¹ V. S. NADAUD, *Approche psychologique et comportement des enfants vivant en milieu homoparentale*, Thèse soutenue le 10 octobre 1999 à l'Université de Bordeaux II, laquelle a ensuite donné lieu à un ouvrage intitulé *L'homoparentalité : une nouvelle chance pour la famille ?*, Fayard 2002.

²² V. Dans ce sens le dernier ouvrage de I. THERY *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Coll. La République des idées-Le Seuil, 2016, où la sociologue et spécialiste de la famille explique que l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, votée en 2013, est à la fois révolutionnaire et parfaitement logique. I. THERY rappelle ici les profondes transformations qu'a notamment connues l'institution du mariage depuis plus de deux siècles.

11. Devant cet intérêt grandissant se pose la question de savoir comment le droit français à appréhendé cette réalité sociale ? De là, naissent plusieurs questions : les attentes des homosexuels tant en matière de parenté qu'en matière de parentalité ont-elles juridiquement été prises en compte ou ont-elles été, à l'inverse, réprochées ? Quant aux situations de fait qui existent déjà et qui relèvent de l'homoparentalité, ont-elles été saisies par le droit ou ont-elles, au contraire, été ignorées par lui ? Bref, quelles sont les tendances qui se sont dégagées, en la matière aussi bien en droit français mais aussi à l'égard des autres droits de pays européens ?

12. La réponse à cette dernière question ne peut se comprendre qu'en évoquant les combats menés successivement sur le plan juridique par les homosexuels depuis des décennies²³. L'homosexualité n'est effectivement pas un fait contemporain. Historiquement, elle fut alternativement réprimée ou tolérée. La répression a donc oscillé avec plus ou moins d'amplitude d'une époque à l'autre²⁴. La Grèce antique et les traditions gréco-romaines sont marquées par une relative tolérance à l'égard de l'homosexualité²⁵ ; mais de siècle en siècle²⁶, l'opprobre est jeté sur l'homosexuel voué aux gémonies, jugé tantôt « malade »²⁷, « déviant »²⁸, « criminel »²⁹ et tantôt pécheur condamné et renié par l'Eglise³⁰. Le christianisme développe, en effet, tout au long du Moyen Âge une rhétorique homophobe, qui s'inscrit dans le cadre de la lutte contre la sodomie. La Bible condamne très fortement l'homosexualité considérée comme un crime religieux, une perversion de la nature créée par Dieux. Mais, c'est surtout entre le VIII^e et le XII^e siècle que la

²³ V. Annexe 1 : Evolution des droits des homosexuels en France.

²⁴ Qui ne se souvient par exemple de la tolérance suspecte de l'homosexualité sous le règne d'Henry III ? Pour des études historiques et sociologiques lire notamment : M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, (trois volumes), Gallimard, Paris, 1976 et 1984 ; F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, Paris, 1997. Voir également l'article de M. MARIEE, « *L'homosexualité, cause de répression pénale* », *LPA*, n° 95, du 10 août 1994, pp. 29 à 32, spéc. pp. 29 et 30 ; ainsi que celui de J. DANET, « *Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française* », in *Homosexualité et Droit*, pp. 97 à 108, spéc. pp. 97 à 100. Pour un récapitulatif de l'évolution de l'homosexualité d'une époque à l'autre : V. Annexe 1 : Evolution des droits des homosexuels en France.

²⁵ Voir en ce sens, pour plus de renseignements sur la naissance initiatique et quasi mythique de l'homosexualité gréco-romaine et sur son acceptation historique, les ouvrages de B. SERGENT, *L'homosexualité dans la mythologie grecque*, et *L'homosexualité initiatique de l'Europe ancienne*, Edition PAYOT, Paris, 1984 et 1986. Voir aussi, *Homosexualité grecque*, Edition, La pensée sauvage, Paris, 1982.

²⁶ Lire en ce sens l'ouvrage de D. FERNANDEZ, *Le rapt de Ganymède*, Grasset, Paris, 1989. L'auteur parcourt les siècles de l'époque aristotélicienne à l'empire romain, relatant également l'ampleur des tortures terrifiantes subies par les homosexuels au Moyen-âge : pendaison, castration, bûché, confiscation des biens, enterrement vivant. Dans le même sens, lire l'ouvrage de F. LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, Coll. Médecine et société, Paris, 1997.

²⁷ Voir en ce sens l'ouvrage de KRAFFT-EBING, *Psychopatologia Sexualis*, 1886. Cité par D. BORRILLO, Introduction à l'ouvrage collectif *Homosexualités et Droit*, PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1999, pp. 1 à 6, spéc. p. 3.

²⁸ Cette désignation de l'homosexualité est mise en lumière par G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 1996 ; 6^e édition, 1996. Pour un prolongement de cette analyse sur « la normalité » et « l'anormalité », lire l'article de D. LOCHAK, « *Droit, normalité, normalisation* », in *Le Droit en procès*, PUF, CURAPP, Paris, 1983, pp. 51 à 77, spéc. p. 58.

²⁹ Sur cette évolution lire notamment l'ouvrage de J. CORRAZE, *L'homosexualité*, PUF, Coll. Que sais-je ?, n° 1976, Paris 1996.

³⁰ Voir en ce sens le Conseil ecclésiastique d'Elvira en 309 qui intègre l'homosexualité dans la catégorie des péchés, J. BOSWELL ; *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité*, Gallimard, Coll. Bibliothèque des histoires, Paris, 1985 ; *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Fayard, Paris, 1996.

répression s'accroît avec la promulgation de lois contre la sodomie punie par la peine de mort³¹. C'est alors surtout l'homosexualité masculine qui est fortement réprimée, d'une part parce que l'homme transgresse la place qui lui est assignée culturellement en raison de son sexe et d'autre part, parce que son homosexualité fait de lui un être passif. À côté, la sexualité des femmes est considérée comme négligeable, puisqu'elle ne saurait exister en dehors de la sexualité des hommes; cette sexualité inexistante n'a donc pas besoin d'être réprimée³².

13. Le milieu du XIXe siècle est marqué par la conception de l'homosexualité par la médecine. Dans « *La volonté de savoir* »³³, Michel FOUCAULT a ainsi étudié la perception des comportements homosexuels dans le domaine médical au XIXe siècle. Il y parle de « *l'entrée bruyante* » au milieu de ce siècle de l'homosexualité dans la réflexion médicale. Celle-ci fait de l'orientation homosexuelle une pathologie médicale, les psychiatres prenant le relais des prêtres et des policiers. L'homosexualité est alors considérée comme une dégénérescence physique et morale. Seuls quelques médecins la pensent différemment : tel que l'allemand Magnus HIRSCHFELD (1868 - 1935), qui la définit comme étant un « troisième sexe » ayant les caractéristiques d'un homme avec des dispositions féminines (caractéristique innée). FREUD, pour sa part mettra en avant la bisexualité originelle de tout être humain. Pour lui, l'homosexualité est à l'état latent chez tous les individus et devient une faiblesse lorsqu'elle est révélée.

14. Au XXe, la répression pénale contre l'homosexualité a été consacrée. Le régime de Vichy a en effet institué par l'ordonnance du 6 août 1942, le délit d'homosexualité : « *sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende, quiconque aura (...) pour satisfaire ses propres passions commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans* ». L'utilisation du vocable et de l'expression « *actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans* » qualifie le nouveau délit d'homosexualité. Encouragé par la politique du III^e Reich qui infligeait le port d'un triangle rose aux homosexuels,³⁴ le gouvernement français réprime ainsi sur le fondement de la moralité, les actes et comportements homosexuels. Malheureusement, il ne s'agissait pas là d'un texte de circonstances puisque le délit instauré durant ces années de guerre, d'infamie et de collaboration avec l'ennemi, fut reconduit et entériné à la Libération ; « *la continuité l'emporte sur la rupture* »³⁵.

³¹ Néanmoins, la pénalisation de la sodomie sera abolie en 1791.

³² M. SCHULTZ, *Lesbiennes : les silences du droit*, « Les Temps modernes », mars/avril 1998, n°598, p.113 et s.

³³ M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, Tome 1 : *La volonté de savoir*, Gallimard, Paris, 1976, précité.

³⁴ Voir en ce sens les remarques et les références historiques issues de l'article de P. JESTAZ, *RTDC*, 1982, pp. 795 à 801, spéc. p. 798. L'auteur écrit : « *chacun sait que le III^e Reich persécutait les homosexuels les homosexuels, marqués d'un triangle rose dans les camps de concentration, tout en prônant un culte viril du héros qui au su de tous encourageait l'homosexualité chez les privilégiés du régime (SS en particulier)* ».

³⁵ Comme le souligne P. LASCOURMES, « *L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté : la dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe* », in *Homosexualité et Droit*, op. cit., pp. 109 à 121, spéc. p. 113.

15. Effectivement, une ordonnance du 8 février 1945³⁶ maintient et renforce même, la répression délictuelle de l'homosexualité. A la Libération, le Gouvernement provisoire du Général de Gaulle, en guise d'exutoire aux défaites économiques et militaires, prétend que la société a besoin, pour se reconstruire, de respecter les valeurs morales et traditionnelles. Aussi, le texte de 1945 renforce le délit d'homosexualité dans le sens où l'article 331 alinéa 2³⁷ du Code pénal dispose que l'infraction est constituée même si l'auteur avait agi « *pour satisfaire les passions d'autrui* ». Ce dispositif pénal fut par la suite complété par une série de textes, aggravant les peines contre les comportements homosexuels. Ainsi, une loi du 22 juillet 1960³⁸ définit l'homosexualité comme un fléau social national contre lequel il fallait lutter au même titre que l'alcoolisme et la prostitution. Une ordonnance du 25 novembre 1960³⁹ renforce les dispositions répressives relatives à l'outrage public à la pudeur, aggravé quand le spectacle impudique consiste en un acte homosexuel⁴⁰.

16. Durant la période de 1960 à 1980, deux incriminations spécifiques concernaient explicitement les pratiques homosexuelles : celle d'outrage public⁴¹ et celle des actes impudiques contre nature⁴². En 1968, la France a adopté la norme de l'Organisation Mondiale de la Santé classant l'homosexualité dans les maladies mentales⁴³. L'homosexualité est considérée comme un fléau social qui menace la société. Le vent du changement commence à souffler dans les années 1980⁴⁴, mais l'espoir cède rapidement la place à la déception. En effet, lors de la réforme de la répression du viol, plusieurs députés et sénateurs proposent l'abrogation des deux articles discriminatoires à l'égard des homosexuels. La loi du 23 décembre 1980⁴⁵ supprime alors l'article 330 alinéa 2 introduit en 1960, mais ajoute un deuxième alinéa à l'article 331 du Code pénal qui dispose : « *Sans préjudice des peines plus graves prévues à l'alinéa précédent ou par l'article 332, sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 60 à 20 000 F quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même*

³⁶ Ordonnance n°45-191 du 8 février 1945.

³⁷ Le législateur déplace ainsi l'infraction créée en 1942 en l'intégrant dans le registre des attentats à la pudeur.

³⁸ Le texte renforçait les mesures de politiques et autorisait le gouvernement à prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux. S'y trouvaient pêle-mêle les bouilleurs de crû, les proxénètes et, à la suite d'un amendement parlementaire de A. MIRGUET, les homosexuels. Le texte fut adopté par 323 voix contre 131. Voir l'article précité de P. LASCOURMES, « *L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté : la dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe* », spéc. p. 111.

³⁹ Ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la Lutte contre le proxénétisme.

⁴⁰ Et donc en ce sens ajoute à l'article 330 alinéa 2 du Code pénal cette circonstance aggravante de l'outrage public à la pudeur quand il est accompli par des individus de même sexe.

⁴¹ Article 330 al. 2 du Code pénal.

⁴² Article 331 al. 2 du Code pénal.

⁴³ L'homosexualité sera retirée en France de la liste des maladies mentales en 1981 et sera définitivement rayée par l'Organisation Mondiale de la Santé de la liste des maladies mentales en 1990.

⁴⁴ Notons néanmoins qu'un changement indirect est intervenu en 1974 avec l'abaissement de la majorité de 21 ans à 18 ans. Loi n°74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité.

⁴⁵ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la Répression du viol et de certains attentats aux mœurs. V. pour une analyse de la loi, l'article de F.-L. COSTE, « *Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité* », D. 1997. Chr. 179.

sexe ». De plus, en refondant la répression du viol, le législateur redéfinit l'infraction et ses circonstances aggravantes, en prévoyant et réprimant le délit d'attentat à la pudeur sans violence ni contrainte sur un mineur de 15 ans, vivant principalement et directement les relations homosexuelles entre mineurs ou entre un majeur et un mineur.

17. Cet esprit d'intolérance à l'encontre des agissements homosexuels, perdura jusqu'à l'adoption, non sans résistance⁴⁶, de la loi du 4 août 1982⁴⁷ qui abroge enfin l'ordonnance de 1945. Cette dépénalisation est hautement symbolique puisqu'elle constitue l'expression juridique de la tolérance sociale tout en admettant que les homosexuels sont des individus normaux et ordinaires non pas comme des malades mentaux qu'il convient de soigner. Ce ne sera qu'en 1991 que l'Organisation mondiale de la santé cessera d'inclure l'homosexualité dans la liste des maladies mentales. Il n'y a plus de différenciation insérée dans le Droit pénal reposant sur l'orientation sexuelle⁴⁸. C'est une première bataille juridique gagnée l'homosexuel n'est plus ainsi frappé par une discrimination établie par la loi pénale⁴⁹. La date du texte, symbole de l'abolition des privilèges, fit dire à la doctrine⁵⁰ que le « *syndrome de 1789 avait fait trembler la main et la voix du législateur* ».

18. Mais, la découverte du SIDA au début des années 1980 va remettre sérieusement en question le commencement de la tolérance sociale de l'homosexualité. Les premiers cas de SIDA observés aux Etats-Unis concernaient des homosexuels qui furent le plus touchés par le virus. L'idée de maladie mentale était alors progressivement remplacée par l'idée de malades extrêmement contagieux et dangereux dont il fallait éviter le contact. Le virus du SIDA fut ainsi considéré par les moralistes et les prédicateurs comme la maladie des homosexuels. Ce sentiment s'estompa à mesure que la pandémie du SIDA gagna tous les milieux sociaux et culturels, sans

⁴⁶ Pour une analyse approfondie de ces résistances et débats houleux, lire notamment l'article de P. LASCOUMES, « L'homosexualité entre crime à la loi et expression de la liberté : La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe », PUF, Coll. Les voies du droit, Paris, 1999, pp. 109 à 121.

⁴⁷ Loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant le 2^{ème} alinéa de l'article 331 du Code pénal, JO du 5 août, p. 2502. Précisions que les débats parlementaires furent houleux. Le Sénat, par deux fois, refusa de voter l'abrogation, le gouvernement dû recourir à l'article 45 alinéa 4 de la Constitution pour faire adopter le texte. Voir en guise de commentaire de la loi, l'article P. JESTRAZ, *RTDC*, 1982, pp. 795 à 801, ainsi que celui de D. MAYER, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France en matière de mœurs », *Revue de sciences criminelles*, 1989, p. 442.

⁴⁸ Par la suite le législateur est intervenu pour interdire les actes et pratiques discriminatoires à l'égard des homosexuels. L'un des premiers textes tendant à réprimer ces discriminations est issu de la loi n°85-772 du 25 juillet 1985, qui accorde une protection pénale aux homosexuels en réprimant les discriminations « en raison des mœurs » dans les sphères professionnelles et économique. Mais, c'est surtout la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 qui franchit un pas déterminant en introduisant le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle tant en droit pénal, qu'en droit du travail. Ainsi, dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 122-45 du Code du travail dispose « qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement, ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié, ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de requalification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de (...) ses mœurs, de son orientation sexuelle (...) ».

⁴⁹ V. Sur ce point l'article de D. MAYER, « Le droit pénal, promoteur de la liberté des mœurs ? », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, Paris, 1994, pp. 56 à 60.

⁵⁰ Notamment P. JESTAZ, commentaire précité, spéc. p. 796.

émettre de préférence pour l'orientation sexuelle de ses victimes. Au début de l'année 1990, les revendications homosexuelles se font de plus en plus pressantes à la reconnaissance légale du couple homosexuel en s'inscrivant dans un mouvement général de reconnaissance juridique dans lequel de nombreux pays avaient déjà pris part. Ce mouvement avait en effet débuté dans les pays du nord de l'Europe. Une loi danoise du 7 juin 1989⁵¹ avait institué un « *contrat de partenariat* » pour les couples homosexuels. En Suède, une loi du 23 juin 1994 permet aux partenaires homosexuels de se soumettre à toutes les dispositions légales applicables aux personnes mariées sous forme d'enregistrement établi par l'officier d'état civil en présence de témoins. La Norvège en 1995⁵², l'Islande en 1996⁵³, la Belgique en 1998⁵⁴ ont adopté des dispositions voisines. La tendance générale en Europe⁵⁵, et même au-delà de ses frontières⁵⁶, était donc favorable à la reconnaissance d'un statut aux couples homosexuels.

19. La France n'est pas restée étrangère à ce vaste mouvement. La loi du 15 novembre 1999⁵⁷ a permis de faire reconnaître juridiquement le couple homosexuel en droit français en instituant le pacte civil de solidarité (PACS) défini comme un « *contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* »⁵⁸. Cela constitue la deuxième bataille juridique gagnée par les homosexuels pour leur permettre d'accéder à la reconnaissance du couple homosexuel, en tant que source de droit et d'obligations en droit français⁵⁹. La reconnaissance juridique du concubinage pour les couples de même sexe va conduire

⁵¹ Loi n°372 du 1^{er} juin 1989 sur le partenariat enregistré, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1989, D/341H-ML.

⁵² Lire en ce sens l'article de R. SANDER HALVORSEN et A. PRIEUR, « *Le droit à l'indifférence : le mariage homosexuel* », Actes de la recherche en sciences sociales, n°113, juin 1996, pp. 6 à 15.

⁵³ 564th Bill sur le partenariat commun.

⁵⁴ Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

⁵⁵ Toutefois, certains pays du continent européen pénalisent toujours l'homosexualité : Par exemple, la Roumanie punit de peines d'emprisonnement l'homosexualité, et interdit les associations homosexuelles. La Biélorussie, la Chypre, et la Bosnie Hergovine font de même. Pour une représentation géographique approfondie des pays qui refusent encore aujourd'hui : voir Annexe 4, La mappemonde des pays plus ou moins homophobes.

⁵⁶ L'Etat du Vermont aux Etats-Unis adopté le 26 avril 2000 une loi sur l'union civile. Par ailleurs, une « législation » municipale de San-Francisco a mis en place un système d'enregistrement des relations d'union libre, néanmoins cette officialisation d'union n'engendre aucun avantage financier, social ou autre. Voir en ce sens l'article P. ROBERT-DIARD, *Le Monde* du 21 février 1991, « *La mairie de San-Francisco légalise le concubinage* ».

⁵⁷ La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a institué le pacte civil de solidarité qui est défini comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* », lequel a été récemment modifié et largement amélioré par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Cette nouvelle loi comporte des mesures diverses sur le pacs afin d'améliorer et d'en faire un véritable « modèle alternatif de conjugalité ». Et notamment le fait que le partenaire survivant bénéficie d'un droit temporaire au logement constituant sa résidence principale.

⁵⁸ Article 515-1 du Code civil. Le PACS a été ensuite modifié et largement amélioré par la loi n° 2006-728 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

⁵⁹ Historiquement, le refus de reconnaître aux couples de même sexe la qualité de concubins a résulté de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'occasion de deux arrêts rendu respectivement en 1989 et 1997. V. Cass. soc., 11 juillet 1989, Bull. civ. n°515 (cf. les notes et commentaires cités note 351; pourvoi formé contre CA Paris, 1^{re} ch. D, urgences, 11 octobre 1985, *Dalloz* 1986, Jur. p. 380, note D. DENIS et Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, Bull. civ. III, n°225, p. 151; *Dalloz* 1998, Jur. p. 111, Concl. J.-F. WEBER, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1998, II, 10093, note DJIGO; *Defrénois* 1998, article 36765, n°40 p. 404, obs. A. BENABENT ; *Dr. fam.* 1998, n°36, note H. LÉCUYER ; *RTD civ.* 1998, 347, obs. J. HAUSER; idem 530, obs. RAYNARD; B. BEIGNER, « À propos du concubinage homosexuel », *Dalloz* 1998, chron. p. 215. Mais, sa jurisprudence en matière de concubinage a finalement été abolie par une disposition adoptée à

à sortir de la clandestinité l'homosexualité dans laquelle l'avait réduite le non-droit et l'intolérance et cela au nom du principe d'égalité. En effet, ce texte a introduit dans le Code civil un article 515-8 définissant le concubinage. Il s'agit d'« *une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Désormais, tout refus de reconnaître les mêmes droits et obligations à des concubins homosexuels qu'à des concubins hétérosexuels serait contraire à la loi. Cette reconnaissance fait bien apparaître une évolution amorcée en droit de la famille qui conduit à consacrer une égalité de droits sans distinction de l'orientation sexuelle. Cette loi du 15 novembre 1999 a permis de faire entrer le couple de même sexe dans le droit français⁶⁰ indifféremment de son orientation sexuelle⁶¹.

20. Mais la reconnaissance juridique du couple homosexuel n'est qu'un premier pas car les discriminations en raison de l'orientation sexuelle perdurent dans les faits malgré des avancées en droit travail⁶² et en droit pénal⁶³ où des critères de différenciation fondés sur l'homosexualité sont formellement prohibés. Les homosexuels aspirent à une égalité des droits avec les hétérosexuels. Parmi les revendications mises en avant par les associations homosexuelles : le droit de constituer une famille homosexuelle constitue le dernier combat tendant à faire reconnaître qu'aujourd'hui l'homosexualité en tant que telle ne doit plus être un obstacle ni à la parenté ni à la parentalité. La question de la non-différenciation en raison de l'orientation sexuelle se pose actuellement en droit de la famille. L'égalité des droits et la non-discrimination sont au cœur des revendications homosexuelles actuelles traduisant ainsi un droit à l'indifférence ou encore une volonté de non-différenciation.

l'occasion de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS.

⁶⁰ Le couple homosexuel peut accéder à deux statuts : celui de concubinage et celui de pacsé.

⁶¹ Le Conseil constitutionnel déclarera le PACS conforme à la constitution. V. Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte de solidarité.

⁶² L'article L. 122-45 al. 3 du Code du travail dispose dans ce sens qu'« *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) en raison de son orientation sexuelle* ». Outre une réparation en terme de dommages et intérêts, l'auteur de cette discrimination encourt une sanction pénale sur le fondement de l'article 225-2-3 du Code pénal du Code pénal qui prévoit : « *La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste (...) à refuser d'embaucher (...) une personne* ».

⁶³ L'article 225-1 du Code pénal prévoit : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison (...) de leur orientation ou identité sexuelle (...)* ».

21. On peut donc s'apercevoir du chemin parcouru concernant l'attitude face à l'orientation homosexuelle⁶⁴. Comme pour le droit de vote de la femme⁶⁵, le droit de l'avortement⁶⁶ ou encore l'égalité des enfants légitimes, naturels et adultérins⁶⁷, ce qui nous paraissait insensé ou criminel, il y a quelques années encore, la question de la constitution de la famille homosexuelle à travers le mariage, l'adoption et les techniques médicales à la procréation, autrement dit la PMA et la GPA, se pose maintenant au sein de la société française, et cela au nom du principe d'égalité.

22. L'égalité n'est pas seulement inscrite dans toute constitution démocratique, elle exprime aussi l'une des plus puissantes aspirations des sociétés modernes. « *Les peuples démocratiques – souligne Tocqueville – ont un goût naturel pour la liberté. (...) Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible* »⁶⁸. Aux XVIIIe et XIXe siècles, cette passion trouva sa traduction juridique dans l'égalisation des droits civils et politiques et dans l'affirmation de l'unité du peuple français. « *Le principe d'égalité a ceci de fondamental, qu'il n'est pas seulement un droit parmi d'autres, mais une exigence tutrice et transversale, qui conditionne l'application des autres droits fondamentaux* »⁶⁹. Il ne fonde pas seulement un « droit à l'égalité », il est plus profondément un « droit à l'égalité des droits »⁷⁰. Ce principe définit dans les articles 1^{er} et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷¹ et à l'article 1^{er} de notre Constitution : la République « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». En droit administratif, avant même qu'on ne reconnût à la Déclaration de 1789 une

⁶⁴ Le terme « orientation sexuelle » a été utilisé officiellement pour la première fois dans l'article 13 du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Cet article précise que « le Conseil (...) peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle... ».

⁶⁵ Le 23 mars 1944, l'Assemblée consultative siégeant à Alger adopte le principe du droit de vote des femmes par 51 voix « pour » et 16 voix « contre ». Un mois après, le 21 avril, le général de Gaulle ratifie une ordonnance qui, à l'article 17, prévoit le vote des femmes et leur éligibilité : Les femmes sont électrices et éligibles dans les mêmes conditions que les hommes. Les Françaises obtiennent enfin le droit de vote et celui d'être élues. Elles voteront pour la première fois en 1945 et entreront au Sénat en 1946. Les femmes ont le droit de voter depuis le 21 avril 1944 en France, près d'un siècle après l'adoption du suffrage universel masculin. Les françaises voteront pour la première fois aux élections municipales le 29 avril 1945.

⁶⁶ La loi Veil du 15 janvier 1975 autorise l'interruption volontaire de grossesse.

⁶⁷ Par la loi n° 72-1 du 3 janvier 1972, le législateur décida de cesser de reconnaître d'établir une différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels. En 2000, un arrêt de la CEDH, l'arrêt Mazurek va contraindre la France à mettre un terme aux discriminations qui étaient imposées aux enfants adultérins. C'est seulement par une ordonnance de 2005, ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 que les notions « d'enfants légitimes » et « enfants naturels » vont disparaître du Code civil. L'enfant devient un sujet de droit. V. CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek, req. n°34406/97.

⁶⁸ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome 2, éd. GF-Flammarion, 1981, Paris, p. 122.

⁶⁹ V. « Le principe d'égalité et le droit de la non-discrimination », intervention de JEAN-MARC SAUVE, vice-président du Conseil d'Etat, Grand'chambre de la Cour de cassation, lundi 5 octobre 2015.

⁷⁰ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, éd. Dalloz, 8e éd., p. 866.

⁷¹ Art.1^{er} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* » ; art. 6 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

valeur constitutionnelle⁷², le principe d'égalité régissait et régit encore, en tant que principe général du droit, l'organisation et le fonctionnement des services publics⁷³, l'accès à la fonction publique⁷⁴ et le statut des fonctionnaires⁷⁵, la situation des contribuables⁷⁶ et des utilisateurs du domaine public⁷⁷, ou encore le régime de responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques⁷⁸. La consécration concrète du principe d'égalité dans les services publics, en tant que principe général du droit, a été l'une des grandes œuvres du Conseil d'Etat à partir de la IIIe République. Pour reprendre les termes du professeur RIVERO, la multiplicité de ces applications est remarquable : « *Le pilier de l'égalité, à son sommet, s'épanouit et se diversifie, tels ces piliers de cathédrales qui évoquent la ligne du palmier, en un bouquet de nervures dont chacune supporte sa part de la voûte* »⁷⁹.

23. Principe fondateur et intangible, l'égalité demeure consubstantielle à notre vie démocratique, mais elle voit ses conditions de mise en œuvre et son contenu juridique se transformer. Longtemps recherchée par le seul caractère général de la loi, l'égalité se développe désormais aussi par la différenciation, s'intéressant non plus seulement à l'homme abstrait et universel, mais aussi à l'homme incarné et situé, pris dans ses déterminations physiques, sociales et économiques. Si le principe d'égalité impose ainsi de traiter de la même manière des personnes placées dans une même situation, il n'exclut pas des différences de traitement, à condition qu'elles soient justifiées par une différence de situation ou par un motif d'intérêt général⁸⁰ en rapport avec l'objet de la loi qui les établit - elles doivent être objectivement fondées -, que ces différences de

⁷² Par sa décision CC n°73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, dite « Taxation d'office », le Conseil constitutionnel s'est référé pour la première fois au principe d'égalité devant la loi, tel que « contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution ». Dès 1971, le Conseil constitutionnel avait consacré la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (CC n°71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association).

⁷³ Voir pour la reconnaissance d'un principe général du droit d'égalité devant le service public : CE, Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. 151.

⁷⁴ Voir pour la reconnaissance d'un principe général du droit d'égalité d'accès aux emplois et fonctions publics : CE, Ass., 18 mai 1954, Barel, Rec. 308.

⁷⁵ Voir pour la reconnaissance du principe de l'égalité aptitude des femmes aux emplois publics : CE, Ass., 3 juillet 1936, Dlle Bobard, Rec. 721 ; pour le développement de ce principe, en particulier dans les statuts de la fonction publique : GAJA, n°48, 19e éd., p. 306.

⁷⁶ V. En ce qui concerne le principe d'égalité devant l'impôt : CE, Sect., 4 février 1944, Guieysse, Rec. 45.

⁷⁷ CE, Sect., 2 novembre 1956, Biberon, Rec. 403.

⁷⁸ Voir en ce qui concerne une décision individuelle légale : CE 30 novembre 1923, Couitéas, Rec. 789 ; en ce qui concerne un acte réglementaire légal : CE, Sect., 22 février 1963, Commune de Gavarnie, Rec. 113 ; en ce qui concerne une loi : CE, Ass., 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette », Rec. 25 ; en ce qui concerne une convention internationale : CE, Ass., 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique, Rec. 257.

⁷⁹ J. RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XIV, années 1961-1962, éd. Dalloz, 1965, p. 841.

⁸⁰ V. Par exemple, en ce qui concerne les conditions de modulation des tarifs d'un service public selon le lieu de résidence des usagers : CE, Sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Rec. 274 ; ou encore en ce qui concerne les conditions d'accès à un service public communal non obligatoire, selon l'intensité du lien entre les usagers et la commune : CE, Sect., 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, Rec. 233 ; ou les conditions de modulation des tarifs de ce type de service public, selon le niveau de ressources de la famille de l'utilisateur : CE, Sect., 29 décembre 1997, *Commune de Gennevilliers*, Rec. 499.

traitement soient proportionnées à la cause qui les justifie et que, bien entendu, elles soient étrangères à toute discrimination.

24. Le sens du principe d'égalité en droit français met en évidence deux possibles, c'est-à-dire une contradiction, qui conduit à deux résultats complètement opposés par rapport à une situation donnée. FRANCOIS LUCHAIRE illustre bien ces deux résultats de l'égalité en écrivant : « *Comme Janus, l'égalité a deux faces, l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir; la première condamne toute distinction interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines. De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social* »⁸¹.

25. Le sens du principe d'égalité conduit à deux sens possibles qui amènent à deux résultats diamétralement opposés à savoir la différenciation constitutive d'une discrimination ou la différenciation non constitutive d'une discrimination ⁸². Le principe d'égalité « à la française » est souvent résumé à une formule comprenant deux sens : « *A situations semblables, règles semblables; à situations différentes, règles différentes* »⁸³. C'est alors un principe de justice formelle, c'est-à-dire, selon C. PERELMAN, « *un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »⁸⁴, dans la loi. Ce qui suppose l'existence d'un système juridique comportant des normes générales qui énoncent des distinctions autorisées et interdites par application de ce même principe d'égalité. Cette définition du principe d'égalité par la prise en compte des différences de situations comme effet d'un tel principe jalonne à la fois la jurisprudence administrative et constitutionnelle.

26. Dans un premier temps, à partir de 1979, commence à apparaître dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une formulation générale du principe d'égalité. En effet, dans la décision n° 78-101 DC du 17 janvier 1979, le Conseil constitutionnel a employé pour la première fois, une formulation jurisprudentielle visant à la fois l'affirmation et les limites du principe d'égalité : « ...

⁸¹ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *Revue de droit public*, 1986, pp. 1229 à 1274.

⁸² L'*Ethique à Nicomaque* envisage également les deux types d'égalité possibles. L'une absolue ou arithmétique, suppose un rapport de réciprocité et tend vers une égalité complète de la prestation et de la contrepartie. Déterminante pour la justice commutative, cette égalité simple traite tous les individus comme schématiquement égaux. L'autre, proportionnelle ou géométrique, correspond à la justice distributive. Elle définit un traitement différent selon les personnes dans la répartition des biens et des charges. Chaque individu dans une communauté est récompensé ou grevé de charges en fonction de ses mérites. L'égalité et la justice résident dans la juste proportion. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Flammarion, Paris, 1965.

⁸³ C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1992, pp. 295 à 353.

⁸⁴ C. PERELMAN, *Justice et raison*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1972, spéc. pp. 9 à 80.

le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes; il n'en est ainsi que lorsque cette identité est justifiée par la différence de situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi ».

27. Or, bien que cette première formulation soit réapparue dans plusieurs décisions ultérieures⁸⁵, dans le même temps, le Conseil constitutionnel en employait d'autres, telles que : « ... si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes »⁸⁶; ou encore : « ... si le principe d'égalité interdit qu'à des situations semblables soient appliquées des règles différentes, il ne fait nullement obstacle à ce que, en fonction des objectifs poursuivis, à des situations différentes soient appliquées des règles différentes »⁸⁷.

28. Dans un second temps, à compter de 1988, la jurisprudence s'est stabilisée, puisqu'à partir de la décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988⁸⁸, le Conseil a commencé à employer de manière récurrente la formulation selon laquelle : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui établit* ».

29. Enfin, dans un troisième temps, à partir de la décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996⁸⁹, le Conseil a ajouté une précision supplémentaire en imposant l'existence d'un rapport direct entre les motifs de différenciation de traitement et l'objet de la loi. Ainsi l'expression dont le Conseil use aujourd'hui le plus souvent est la suivante : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Autrement dit, il existe des situations où par application du principe d'égalité, il est différencié et d'autres situations pour lesquelles il ne peut être différencié.

⁸⁵ Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, Rec. p.18, cons. 30 ; décision n°86-209 DC du 3 juillet 1986, Rec. p. 86, cons. 25.

⁸⁶ Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, Rec. p.31, cons. 4 ; décision n°79-112 DC du 9 janvier 1980, Rec. p. 32, cons. 3 ; décision n°80-128 DC du 21 janvier 1981, Rec. p. 29, cons. 4.

⁸⁷ Décision n°85-200 DC du 16 janvier 1986, Rec. p. 9, cons. 11.

⁸⁸ Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, Rec. p. 17, cons. 10.

⁸⁹ Décision n°96-375 DC du 9 avril 1996, JO, Lois et décrets, 13 avril. 1996, p. 5730, cons. 8.

30. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de confirmer le double sens du principe d'égalité à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité du 28 janvier 2011⁹⁰ relative au mariage homosexuel : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Dans ce sens, l'absence de possibilité au mariage homosexuel, situation différenciée de la possibilité du mariage homme/femme, est conforme à un des sens du principe d'égalité. De même, lors de la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 365 du Code civil qui prévoit un partage de l'autorité parentale au seul profit des couples mariés excluant ainsi tout autre couple⁹¹. Le Conseil constitutionnel avait également rappelé : « *que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

31. Quant à la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'arrêt le plus révélateur pour définir le sens du principe d'égalité en droit français est l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en 1974 *Denoyez et Chorques*⁹². En l'espèce, il s'agissait de tarifs préférentiels accordés à certaines catégories d'usager du service public du bac reliant l'Ile de Ré au continent, selon qu'ils étaient domiciliés à l'Ile de Ré, contribuables de la Charente Maritime ou encore simples touristes. Dans le considérant de principe le Conseil d'Etat affirme : « *la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public, implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situations appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure* ». Le Conseil d'Etat admet donc qu'il n'existe notablement une différence de situation entre les résidents permanents de l'Ile de Ré et les habitants du continent justifiant un traitement distinct plus favorable aux premiers qu'aux seconds. Néanmoins, il refuse de reconnaître une différence entre les habitants de Charente Maritimes et ceux des autres départements du continent.

32. Cette appréciation jurisprudentielle du principe d'égalité qui ne joue que dans des situations essentiellement comparables autorise alors le législateur à établir une différence de traitement. Le Doyen COLLIARD a bien résumé la jurisprudence en écrivant que l'égalité garantie

⁹⁰ Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC.

⁹¹ Cass. QPC, 8 juillet 2010, n° 10-10 835, *AJ fam.* 2010. 487, obs. F. CHENEDE, précité. V. en ce sens, Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, précité.

⁹² CE, sect., 10 mai 1974, n°88-032.

par le juge constitutionnel et administratif « *est une égalité dans la différenciation qui aboutit à traiter semblablement les choses semblables et différemment les choses différemment les choses différentes* »⁹³. Le double sens du principe d'égalité conduit donc à deux solutions diamétralement opposées : selon la situation donnée, on peut distinguer sans discriminer ou alors on peut distinguer en commettant une discrimination. Il y a donc bien une contradiction de traitement résultant du double sens du principe d'égalité.

33. D'où la question suivante : comment va-t-on savoir si la différence de traitement va entraîner une différenciation sans discrimination ou une différenciation avec discrimination? C'est le critère qui fonde la différence de traitement qui va déterminer si celle-ci est constitutive d'une discrimination ou une différenciation justifiée. Le critère qui est la conséquence directe de la différence de traitement est important pour déterminer ou non l'existence d'une discrimination ou une différenciation justifiée au sens du principe de l'égalité. Comme le double sens du principe d'égalité conduit à une contradiction, il peut donc arriver que sur un même critère, deux solutions opposées peuvent être envisagées en invoquant la même norme. Par exemple, c'est le cas du critère du sexe avec lequel selon que l'on se situe en matière salariale ou en matière de congé maternité, le résultat est différent.

34. Cette règle a été inscrite par le législateur français dans le Code du travail⁹⁴ confirmé par la Cour de cassation par un arrêt du 29 octobre 1996⁹⁵ et renforcée par la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes⁹⁶. On peut citer plusieurs exemples en application de la règle. L'épouse d'un gardien d'immeuble doit recevoir une rémunération identique à celle de son mari dès lors que tous les deux ont été engagés comme gardiens d'immeuble et qu'aucun document ne comportait une spécification de leurs tâches et qu'ils accomplissaient en la même qualité de travail⁹⁷. Les primes de crèche, allocations de frais de garde

⁹³ Liberté publiques, Dalloz 3^e éd., n° 196.

⁹⁴ Réf. Article L. 3221-2 du Code du travail : « *Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

⁹⁵ La Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « *l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique* ». Cass. soc., 29 oct. 1996, n°92-43.680, Bull. civ. V, n° 359.

⁹⁶ Cette loi a d'abord institué une garantie d'évolution de la rémunération à la suite du congé maternité ou d'adoption : la rémunération est majorée des augmentations générales ainsi que de la moyenne des augmentations individuelles perçues par les autres salariés pendant la durée du congé. Ensuite, l'état de grossesse est désormais expressément visé parmi les motifs de discrimination illicites et pénalement sanctionnés. De plus, les entreprises concernées par la négociation annuelle obligatoire doivent négocier sur les mesures envisagées pour réduire les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes et pour aboutir à la suppression de ces écarts avant fin 2010. Elles doivent aussi négocier sur les conditions d'accès à l'emploi, à la formation à la promotion professionnelles, les conditions de travail et d'emploi et en particulier celles des salariés à temps partiel, et l'articulation entre la vie professionnelle et les responsabilités familiales. Enfin, dans les entreprises non concernées par la négociation obligatoire, notamment celles dépourvues de délégués syndicaux, l'employeur est tenu de prendre en compte les objectifs en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et les mesures permettant de les atteindre.

⁹⁷ Cass. soc., 19 février 1992, n° 88-45.217, Bull. civ. V, n° 98.

ou allocation de naissance ne peuvent être réservées au seul personnel féminin ; les salariés hommes doivent en profiter dès lors qu'ils sont pères de famille⁹⁸. Les salariés ont droit à un rappel de salaire dès lors que les hommes occupés du même emploi sont systématiquement payés davantage et que cette différence ne s'explique par aucun élément objectif⁹⁹. En revanche, une différence de salaire peut toujours être justifiée par un élément objectif : il en est ainsi des avantages professionnels résultant pour les femmes salariées de leur départ en congé de maternité et qui peuvent être compensées par une allocation forfaitaire¹⁰⁰. Mais, le principe est qu'en matière d'égalité salariale l'homme et la femme sont placés dans une situation identique. Ils doivent ainsi être traités de la même façon. Toute différenciation du salaire fondée sur le sexe est constitutive d'une discrimination. Ce critère ne peut donc être retenu en l'espèce par application du principe d'égalité.

35. En ce qui concerne, en second lieu, la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰¹, ce dernier manifestement inspiré par la jurisprudence du Conseil d'Etat, affirme également que le principe d'égalité n'impose pas un système uniforme mais permet des aménagements fondés sur des critères objectifs et rationnels¹⁰² en rapport avec le but de la loi. Cette exigence est formulée pour la première fois dans la décision du 17 janvier 1979¹⁰³, dans laquelle le Conseil constitutionnel précise : *« le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de certaines catégories de personnes (...) il n'en est ainsi que lorsque cette identité est justifiée »*. Dans sa décision du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale du Crédit Agricole*¹⁰⁴ maintes fois confirmée¹⁰⁵, le Conseil constitutionnel proclame : *« Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »*.

36. Cette contraction qui résulte du sens du principe d'égalité se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁶. On reconnaît dans le principe de

⁹⁸ Cass. soc., 8 octobre 1996, n° 92-42.291, Bull. civ. V, n° 311.

⁹⁹ Cass. soc., 12 février 1997, n° 95-41.694, Bull. civ. V, n° 58.

¹⁰⁰ Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-45.485 à n°98-45.490, Bull. civ. V, n° 110, CJCE, 16 oct. 1999.

¹⁰¹ F. MILO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1992, pp. 115 à 131, spéc. pp. 127 et 128.

¹⁰² Pour une analyse récente de la portée à l'objectivité et à la nationalité des critères, lire notamment l'article de M.- L. GELY, « Les droits et libertés », *RA*, 2000, pp. 143 à 149, spéc. pp. 143 à 145.

¹⁰³ Décision n°78-101 DC du 17 janvier 1979, *Conseils de prud'hommes*, Rec. 23, RJC I-67.

¹⁰⁴ Décision n°87-232 DC du 7 janvier 1988, *Mutualisation de la caisse nationale du crédit agricole*, Rec. 17, RJC I-317.

¹⁰⁵ Par exemple, v. dans ce sens : décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Ponts à péage*, Rec. 31, RJC I- 73, dans cette décision le juge constitutionnel précise : *« Considérant que le principe d'égalité impose seulement qu'à des situations semblables soient appliquées les mêmes règles et qu'il n'interdit pas qu'à des situations non semblables soient appliquées des règles différentes »*.

¹⁰⁶ Bien que le terme « orientation sexuelle » provienne du droit communautaire, nous allons nous consacrer principalement à l'analyse de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. Ce choix a un double intérêt, qualitatif et quantitatif: la Cour en tant qu'organe d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, constitue l'institution compétente en matière de protection des droits fondamentaux et, en ce sens, sa

non-discrimination prévu à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, le double sens du principe d'égalité en droit français. L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce : « *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 raciale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Formellement, cet article ne prohibe la discrimination, c'est-à-dire n'assure l'égalité de traitement qu'à l'égard des droits garantis par la Convention, droits limitativement énumérés par cette dernière et ses Protocoles additionnels. L'article 14 ne crée pas un droit supplémentaire, mais complète ceux-ci et vise principalement à renforcer le champ de protection qu'ils garantissent. Il ressort de la formulation de cet article, qu'il ne crée pas une obligation de garantir la non-discrimination de manière générale mais seulement celle qui est liée à l'exercice des droits et des libertés contenus dans le texte conventionnel, ce qui impose au juge européen de ne l'interpréter que par rapport aux exigences de ces droits et libertés.

37. Si une assimilation du principe de non-discrimination et d'égalité est possible¹⁰⁷, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais utilisé ce terme dans sa jurisprudence relative à l'article 14, ou alors de manière circonspecte¹⁰⁸. Cependant, la doctrine a pu considérer qu'« *à la vérité le droit retenu à l'article 14 peut être aussi bien qualifié de « droit à l'égalité, car la non-discrimination et l'égalité sont des concepts équivalents* ¹⁰⁹ ». La consécration par le juge de Strasbourg du respect de l'égalité matérielle en plus de l'égalité formelle confirme d'ailleurs l'assimilation du contrôle du principe de non-discrimination à celui opéré sur la base du principe d'égalité. De plus, cette analyse est corroborée par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme dans l'interprétation de l'article 14 estime que la liste des motifs prohibés de

jurisprudence apparaît comme la plus abondante concernant l'homosexualité en tant que composante de la vie privée. Toutefois, nous allons aborder certains moments capitaux du droit communautaire aussi bien au niveau légal qu'au niveau de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJCE). Bien qu'ayant des compétences distinctes, les décisions de ces deux tribunaux se sont complétées, tout au long de leur production jurisprudentielle respective, de telle sorte que, sous des angles différents, les homosexuels habitant sur le sol européen ont pu bénéficier d'une liberté individuelle et sociale accrues. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, A et B.

¹⁰⁷ C'est ainsi que certains auteurs emploient le terme égalité pour viser le principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention. Par exemple, K. LENARTS et D. ARTS, « La personne et le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale » in *La personne humaine*, sujet de droit, Publications de la Faculté de droits et sciences sociales de Poitiers, Paris, P.U.F, 1994, p. 124 et s. V. aussi P. VEGLERIS, le principe d'égalité dans la déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea Gandshof Van Der Meersch*, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1972, T. I, pp. 565-588 ; voir également H. LABAYE, pour qui « le principe de non-discrimination contenu dans l'article 14 produit les mêmes effets que le principe d'égalité de traitement en droit communautaire ou celui d'égalité en droit interne » : « L' éloignement des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 977.

¹⁰⁸ La Cour a pu parler d' « égalité de traitement » dans l'arrêt CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, série A n° 6, §10, et d' « égalité entre les sexes », dans l'arrêt CEDH, 28 mai 1985, CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, Req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81.

¹⁰⁹ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

discrimination n'est pas exhaustive¹¹⁰, ce qui renforce l'idée selon laquelle le principe de non-discrimination peut-être assimilée au principe d'égalité, lequel ne vise pas lui non plus, un objet précis. Mais, c'est surtout à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'on retrouve le double sens du principe d'égalité.

38. La Cour européenne des droits de l'homme affirme en effet de manière constante depuis son arrêt *Thlimmenos*¹¹¹, que l'article 14 de la Convention exige de traiter de la même manière les personnes placées dans des situations analogues et de traiter différemment les personnes placées dans des situations différentes. La Cour européenne des droits de l'homme fait souvent référence à la notion de situation analogue, mais il arrive aussi qu'elle déclare, assez fréquemment, que les situations sont ou ne sont pas « comparables »¹¹². En effet, la Cour européenne des droits de l'homme interprète traditionnellement l'article 14 comme interdisant de « *traiter de manière différente (...), des personnes placées dans des situations comparables* »¹¹³.

39. Il semble que la Cour européenne des droits de l'homme n'emploie, la plupart du temps, le terme comparable que comme synonyme de similaire ou analogue, c'est-à-dire non pas pour caractériser la méthode d'appréciation de deux ou plusieurs situations, mais plutôt afin d'identifier le résultat de la comparaison¹¹⁴. L'analyse du principe de la non-discrimination dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme met ainsi en relief la contradiction du sens de l'égalité, la même que le droit français¹¹⁵. Ainsi, dans le droit de la Cour européenne des droits de l'homme les situations similaires doivent être traitées de la même manière et les différences de situations justifient des différences de traitement.

40. « *Comme Janus* »¹¹⁶, le principe de non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme, possède « deux faces »¹¹⁷. L'une interdit les discriminations illégitimes, l'autre autorise les différences de traitement. Le sens de l'égalité dans le droit de la CEDH conduit ainsi à deux solutions diamétralement opposées. Selon la différence de situation constatée, il est possible de distinguer sans discriminer ou alors on peut distinguer en commettant une discrimination. Il y a

¹¹⁰ V. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, série A n° 22 ; et CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, série A n° 87.

¹¹¹ CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, Req. N°34369/97.

¹¹² CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, 27 octobre 1975, série A, n° 19, précité.

¹¹³ V. En ce sens : CEDH, 21 décembre 1999 *Salgueiro Da Silva Montal*, Req. n°33290/96 ; CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, Req. n°12875/87, CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, série A n° 87.

¹¹⁴ V. CEDH, *Sunday Times*, 26 avril 1979, Série A, n°30, §72 : « (...) *presse et parlementaire ne sauraient passer pour placer dans une situation comparable car leur devoirs et responsabilités sont foncièrement dissemblables* ». Encore que l'on peut aussi comprendre de cette formulation que la Cour vise aussi par le terme « comparable » la méthode d'appréciation de la similarité des situations.

¹¹⁵ V. sur ce sujet : M. SOUSSE, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999. V. aussi, P. WACHSMANN, « Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'Etat français », *RTDH*, 2003, n°53, pp. 302-318.

¹¹⁶ F. LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p.1274, précité.

¹¹⁷ Ibid.

donc bien une contradiction de traitement. D'où, une nouvelle fois, la question qui se pose : comment sait-on si la différence de traitement va entraîner une différenciation sans discrimination ou une différenciation avec discrimination ? C'est la justification de la distinction qui va déterminer si celle-ci est constitutive d'une discrimination ou d'une différenciation justifiée. On en revient bien, comme en droit français, à une contradiction et c'est l'appréciation du critère qui fonde la distinction qui va une nouvelle fois permettre de justifier ou non l'existence d'une discrimination.

41. Pour que le principe de non-discrimination puisse être invoqué, deux conditions cumulatives sont exigées. D'abord, il faut que les individus puissent justifier d'une différence de traitement. Ensuite, les individus doivent être placés dans des situations analogues. La Cour, dans *l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique en 1968*, a jugé nécessaire de « *rechercher les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement* » présente un caractère discriminatoire au sens de l'article 14. En l'espèce, « *la Cour retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »¹¹⁸. La Cour européenne des droits de l'homme estime en effet et cela dans de très nombreux arrêts que « *l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable* »¹¹⁹. Le caractère objectif et raisonnable de la différence de traitement est reconnu lorsque deux critères sont donc réunis.

42. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le traitement différent de personnes qui sont dans des situations comparables ou, plus récemment le traitement identique de personnes qui sont dans des situations différentes n'est donc licite, au regard de l'article 14, qu'à condition de poursuivre un but légitime et d'être raisonnablement proportionné à ce but. Qu'elle résulte d'une législation ou d'une pratique, la différence de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut échapper à la sanction de l'article 14 si la mesure poursuit un but légitime et si les moyens employés pour atteindre ce but sont raisonnablement proportionnés. Seule la différence de traitement « arbitraire », « injustifiée », ou encore celle qui manque, d'après la terminologie adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, de « *justification objective*

¹¹⁸ CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, 27 octobre 1975, série A, n° 19.

¹¹⁹ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, série A n° 6, §10.

et raisonnable »¹²⁰, sera considérée comme une distinction discriminatoire. L'article 14 de la Convention n'interdit pas de manière générale toute « distinction » en matière de droits de l'homme mais prohibe la seule « discrimination », c'est-à-dire toute distinction « arbitraire »¹²¹. Le double sens du principe d'égalité, selon l'appréciation qui est faite, conduit donc à deux résultats diamétralement opposés.

43. Qu'en est-il ainsi de l'application du double sens du principe d'égalité en droit français et en droit européen sur le critère tiré de l'orientation sexuelle¹²² en droit de la famille? Ce double sens du principe d'égalité peut-il justifier objectivement et raisonnablement à la fois la fermeture et/ou l'ouverture de la constitution de la famille homosexuelle? Peut-il alors reconnaître ou non la constitution de la famille homosexuelle sans discrimination¹²³ ?

44. Ce double sens de l'égalité s'observe évidemment en droit de la famille, en particulier si l'on applique le critère relatif à l'orientation sexuelle. Ce critère peut justifier la différenciation et ainsi la non-discrimination. En droit de la famille, s'affranchir du sens « conservateur » de l'égalité, pour reprendre le terme utilisé par M. FRANCOIS LUCHAIRE, permet de justifier la constitution de la famille homosexuelle. Mais, la distinction en raison de l'orientation sexuelle est un critère au sens « conservateur » de l'égalité qui justifie légitimement et raisonnablement le refus de constituer une telle famille sans commettre de discrimination. L'orientation sexuelle justifie une différence de traitement par rapport aux personnes hétérosexuelles pour refuser objectivement un certain nombre de droits familiaux aux personnes homosexuelles. L'altérité sexuelle est prise en considération sans commettre de discrimination au regard du sens « conservateur » de l'égalité pour refuser la constitution de la famille homosexuelle à travers le mariage, l'adoption, et la PMA.

¹²⁰ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, série A n° 6, §10, précité.

¹²¹ La Cour européenne des droits de l'homme estime que l'article 14 ne cherche à traquer que la discrimination qui repose sur une distinction « arbitraire », affaire « linguistique belge », op. cit., 10. Sur la difficulté de cerner la notion d'arbitraire, V. M. BOSSUYT, qui en fait un élément constitutif de la discrimination, in *L'interdiction de la discrimination en droit international des droits de l'homme*, op. cit. pp. 97-127 ; V. Egalement D. LOCHAK, « Réflexion sur la notion de discrimination », op. cit, pp. 780-781.

¹²² L'orientation sexuelle peut être définie comme le désir affectif et sexuel, l'attraction érotique qui peut porter sur les personnes du même sexe (orientation sexuelle homosexuelle); sur les personnes de l'autre sexe (orientation sexuelle hétérosexuelle) ou indistinctement sur l'un ou l'autre sexe (orientation sexuelle bisexuelle). L'orientation sexuelle peut être aussi bien le comportement sexuel et ou affectif que l'identité sexuelle servant à définir subjectivement la personnalité. L'orientation sexuelle peut être considérée comme une conduite choisie (apparentée à la liberté religieuse) ou un statut prédéterminé (apparenté à la race). Ainsi qu'elle soit une pratique, une attitude, une attraction, un statut ou une identité réelle ou supposée, l'orientation sexuelle trouve une protection juridique identique. De même que la catégorie « sexe » ou « genre » a permis une protection envers les femmes, l'orientation sexuelle fut surtout conçue comme une protection envers les gays et les lesbiennes.

¹²³ La discrimination, selon la conception aujourd'hui unanimement admise en doctrine, « la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime car arbitraire, et interdite puisqu'illégitime ». V. En ce sens : D. LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p.778.

45. Aujourd'hui, le droit de la famille, engagé dans une période de mutation qu'il a rarement connue, oscille lui-même entre deux tentations qui reposent l'une et l'autre sur le sens donné au principe d'égalité mis en évidence plus haut. A côté du sens « *conservateur* » donné à l'égalité, des signes d'évolution ont été largement amorcés en particulier s'agissant de la reconnaissance de la famille homosexuelle. Ils s'inscrivent dans le sens « *progressiste* » de l'égalité visant à ne plus s'appuyer sur l'orientation sexuelle sans commettre de discrimination. C'est le propre des mutations de laisser s'installer peu à peu des éléments d'un système nouveau – plusieurs modèles familiaux différents, dont la famille homosexuelle – tout en laissant encore la place au modèle ancien qui semble lutter pour tenter de défendre son positionnement autrefois dominant, celui d'un modèle familial unique. C'est ainsi que notre droit de la famille français présente une face « *progressiste* » de l'égalité déjà très présente, c'est-à-dire un traitement indifférencié par rapport à l'orientation sexuelle pour consacrer progressivement la famille homosexuelle.

46. Nous sommes bien dans un mouvement de mutation où le sens « *progressiste* » de l'égalité - qui consiste à reconnaître la constitution de la famille homosexuelle sans distinction de l'orientation sexuelle à la fois du célibataire et du couple proprement dit – a pris progressivement le dessus sur le sens « *conservateur* » de l'égalité. La période qui va de 2008 à 2013 illustre tout à fait cette mutation et les forces antagonistes en présence, l'une pour conserver un modèle familial unique, l'autre au contraire, pour le faire progresser en favorisant le développement parallèle de plusieurs modèles familiaux. C'est ce dernier qui s'impose progressivement aussi bien en droit français qu'en droit européen. La possibilité de constitution de la famille monoparentale homosexuelle au cours de la période considérée en est l'exemple le plus probant.

A partir de 2008, la CEDH fait une nouvelle application du sens progressiste de l'égalité de la Convention qui consiste à reconnaître la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption sans distinction de l'orientation sexuelle sous peine de commettre une discrimination. Ce revirement européen a incité le droit français à effectuer une nouvelle application dans un sens « *progressiste* » du principe d'égalité en droit français en reconnaissant la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption (Partie 1). Mais, aussi pour la constitution de la famille homoparentale. A partir de 2013, le législateur français opère de lui-même une nouvelle application plus « *progressiste* » de l'égalité. Le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvre le mariage et l'adoption homosexuelle. La constitution de la famille homoparentale est ainsi reconnue en France même si le sens « *conservateur* » de l'égalité persiste encore en matière de PMA et GPA pour qu'elle soit définitivement complète. Cette adoption de cette loi se conforme à l'influence permanente de la jurisprudence de la CEDH et du consensus européen en la matière qui s'ouvre de plus en plus à la constitution de la famille homoparentale. (Partie 2).

**Partie 1 - La constitution de la famille
monoparentale homosexuelle : l'ouverture
européenne de 2008**

47. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966¹²⁴ relative à l'adoption prévoit expressément la possibilité pour une personne célibataire d'adopter sans préciser que son orientation sexuelle peut entraîner un motif de refus d'agrément. Pourtant, avant 2008, le droit français reste fermé à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

Les autorités administratives se situent dans le cadre d'une interprétation très restrictive de ce texte en prenant appui sur l'homosexualité déclarée d'un candidat pour lui refuser une demande d'adoption.

Les Conseils généraux, à qui cette compétence a été confiée, refusent généralement l'agrément nécessaire à l'adoption lorsque, selon eux, les choix de vie du candidat à l'adoption sont incompatibles avec l'intérêt de l'enfant ; une manière informelle de discriminer les personnes homosexuelles. Pour autant, les tribunaux administratifs ont tendance à annuler ces refus d'agrément, considérant que les Conseils généraux manifestent ainsi une discrimination à l'égard des candidats homosexuels à l'adoption.

Le Conseil d'Etat s'appuie sur l'intérêt de l'enfant pour justifier les décisions prises par les services sociaux et les présidents de Conseils généraux.

Dans le même temps, le juge judiciaire, lorsqu'il est confronté à une situation de divorce et qu'il doit se prononcer sur les questions de l'autorité parentale et du droit de visite et d'hébergement, exprime des réticences dans les cas d'homosexualité de l'un des parents.

L'orientation sexuelle a bien une incidence auprès des services sociaux, des Conseils généraux, du Conseil d'Etat et du juge judiciaire.

Verrouillant un peu plus la constitution de la famille homosexuelle en France, le législateur a interdit la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui à la personne célibataire homosexuelle.

La Cour européenne des droits de l'homme, avec l'arrêt *Fretté c/ France* du 26 février 2002¹²⁵, confirme la position de fermeture du droit français. Si la CEDH considère que l'homosexualité de l'adoptant célibataire permet l'application de la combinaison des articles 14 et 8 de la Convention, pour autant elle ne condamne pas la France. Le temps de la prise en compte de la discrimination n'est pas encore arrivé. Toutefois des signes d'évolution apparaissent montrant qu'une mutation s'engage peu à peu à la fois dans la société et le droit (Titre 1).

¹²⁴ V. Annexe 9 : Les dates clés de l'adoption en France.

¹²⁵ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et Fr. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

48. Le 22 janvier 2008, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce une nouvelle fois avec l'arrêt *E.B c/ France*¹²⁶ sur la question de l'adoption par un célibataire homosexuel. Elle opère à cette occasion un revirement en nette rupture avec sa jurisprudence antérieure *Fretté c/ France*. La constitution d'une famille à travers l'adoption sans distinction de l'orientation sexuelle de l'adoptant devient une réalité à partir de 2008 qui va essaimer en Europe et en France en particulier.

La CEDH s'appuie en partie sur le principe de non-discrimination contenu dans l'article 14 de la Convention. Elle va interpréter largement l'article 8 de la Convention qui reconnaît un droit au respect de la vie privée en y intégrant les circonstances de l'espèce de la demande d'un agrément par un célibataire en vue d'adopter.

En combinant son argumentation avec la constatation de la violation de l'article 14, la Cour européenne des droits de l'homme va ainsi condamner la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ce revirement de jurisprudence va produire des effets à la fois en droit européen, mais aussi en droit français.

L'arrêt *E.B c/ France* marque le point de départ d'une nouvelle interprétation de la Convention et en particulier de son article 14. Par la technique du droit additionnel, les autorités administratives nationales ne pourront plus motiver les refus d'agrément en invoquant les « conditions de vie » de l'adoptant. Le droit à l'adoption est ainsi clairement intégré à la vie privée, protégée par l'article 8 de ladite Convention.

Cette évolution jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans un mouvement plus vaste des droits nationaux vers la reconnaissance du droit aux homosexuels d'adopter. Un nombre croissant de pays ouvrent ce droit, la décision de la CEDH s'applique aux quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe. Dès lors, un quasi-consensus européen se dégage reposant en grande partie sur le mouvement de lutte contre les discriminations en raison de l'orientation sexuelle.

La décision de la Cour européenne des droits de l'homme va contraindre les autorités administratives et le juge français à changer ses pratiques en matière d'agrément en vue de l'adoption. La référence à l'orientation sexuelle des candidats à l'adoption devient exclue.

¹²⁶ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, obs. Royer, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; JCP G 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; AJ fam., n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; LPA, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, Gaz. pal. 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; RTD civ. 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, RDSS 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK, précité.

Pour autant ces avancées ne résolvent pas certaines contradictions d'un système d'adoption dont l'impression domine qu'il est conçu pour privilégier l'adoption par les couples alors que les célibataires, homosexuels ou non, y sont normalement admis (Titre 2).

Titre 1 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle avant 2008

49. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 relative à l'adoption n'a pas posé comme condition que l'orientation sexuelle du candidat pourrait entraîner un motif de refus de l'agrément délivré par les Conseils généraux. Pourtant l'administration le rejette lorsque « *le mode de vie* » du demandeur, donc son homosexualité, va selon elle à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Face à ces difficultés d'adoption, la constitution d'une famille monoparentale homosexuelle pourrait passer par la procréation médicalement assistée ou la gestation pour autrui. Mais les lois bioéthiques n° 94-653 relatives au respect du corps humain et 94-654 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, du 29 juillet 1994, modifiées en 2004 et en 2011, ont circonscrit l'usage de la PMA à une finalité strictement médicale. Quant à la GPA, la loi du 29 juillet 1994¹²⁷ l'a rigoureusement interdite.

Le juge administratif, qui exerce un contrôle entier sur les refus d'agrément, décide de les annuler lorsque le candidat à l'adoption en conteste le bien-fondé. C'est ainsi que le 25 janvier 1995¹²⁸, le tribunal administratif de Paris annule un refus d'agrément opposé à M. Fretté, célibataire homosexuel candidat à l'adoption. Dans une espèce similaire, le tribunal administratif de Besançon, prononce un jugement identique à la suite du refus d'agrément opposé à Mlle E.B. Selon eux, l'homosexualité des adoptants n'est pas incompatible avec la construction d'un projet d'adoption.

Le Conseil d'Etat conforte une position de fermeture à la constitution d'une famille homosexuelle en annulant les jugements de ces deux tribunaux. Les demandes d'agrément sont définitivement rejetées. Si le Conseil d'Etat ne prend pas en compte l'homosexualité du candidat à l'adoption, s'évitant ainsi le désaveu de la CEDH sur le fondement de la discrimination, il préfère rester sur le fond du dossier pour confirmer les décisions des Conseils généraux de refuser l'adoption.

Le juge judiciaire s'est prononcé à plusieurs reprises sur ces questions, lorsqu'il devait constater la séparation d'un couple en raison de l'homosexualité de l'un des parents. Si le parent homosexuel n'est pas exclu de l'exercice de l'autorité parentale, pour autant le juge privilégie le plus souvent le foyer hétérosexuel pour y placer l'enfant. Le juge judiciaire semble ainsi faire

¹²⁷ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

¹²⁸ TA Paris, 25 janvier 1995, *D.* 1995, II. 647, note D. BOULANGER, *LPA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J.-Y. PLOUVIN, précité.

montre de suspicion à l'égard de l'homosexualité s'agissant du droit de visite et d'hébergement, puisque ce dernier, en présence d'un parent homosexuel, est parfois refusé (Chapitre 1).

50. Les projets de constitution de familles monoparentales homosexuelle en France se heurtent à la défiance des Conseils généraux et du Conseil d'Etat. Les refus de demandes d'agrément des candidats à l'adoption qui manifestent ainsi expressément leur orientation sexuelle le démontre.

Après un refus d'agrément confirmé par le Conseil d'Etat, M. Fretté a saisi la Cour européenne des droits de l'homme qui rend une décision attendue le 26 février 2002¹²⁹. C'est la première fois que la CEDH est amenée à se prononcer sur ce sujet. Si elle ne suit pas M. Fretté dans son argumentation d'une violation des droits familiaux ni dans celle du droit au respect de la vie privée, elle prend appui sur l'article 14 de la Convention en le combinant avec l'article 8. Elle admet ainsi que le refus d'agrément auquel a été confronté M. Fretté est bien la conséquence de son homosexualité déclarée. Pour autant elle considère qu'il ne s'agit pas d'une discrimination, mais seulement d'une différence de traitement en référence à l'article 343-1 du Code civil qui ne prévoit pas d'empêcher les célibataires d'adopter un enfant.

Cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme, pourtant critiquée, puise son fondement dans le principe selon lequel en matière d'adoption l'intérêt de l'enfant prévaut sur tous les autres droits, y compris celui de M. Fretté d'adopter. Le préjugé social et une communauté scientifique divisée quant au risque que l'on ferait aux enfants élevés dans ces conditions, renforcent le sentiment d'une CEDH encore trop frileuse sur la question de la discrimination des candidats homosexuels à l'adoption.

En dépit du contrôle exercé par la CEDH, celle-ci abandonne une large marge d'appréciation aux Etats et aux juridictions internes pour appliquer la Convention. Cette capacité laissée aux Etats permet, sur un sujet très controversé entre eux comme la question de la famille monoparentale homosexuelle, d'éviter de les contraindre à l'application d'une règle commune.

A maints égards, l'arrêt Fretté peut se lire comme une décision de compromis dans l'attente que les opinions publiques européennes soient en mesure d'accepter une jurisprudence plus audacieuse (Chapitre 2).

¹²⁹ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et Fr. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'ouverture

L'agrément aux fins d'adoption d'un pupille de l'Etat ne peut être accordé à une personne célibataire homosexuelle dès lors que : « *eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, elle ne présente pas des garanties suffisantes sur le plan familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* »¹³⁰.

51. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 a introduit dans le Code civil l'article 343-1 alinéa 1 qui prévoit expressément la possibilité pour une personne célibataire le droit d'adopter¹³¹. La lecture fait apparaître l'absence de toute condition liée à l'orientation sexuelle de l'adoptant. Mais en pratique ce n'est pas le cas. Ce droit d'adoption est refusé aux personnes célibataires homosexuelles par les autorités administratives qui ne délivrent pas l'agrément nécessaire à l'adoption au motif que les « *choix de vie* », autrement dit l'homosexualité, de l'adoptant célibataire présente un danger pour l'intérêt de l'enfant. Les méthodes médicales à la fécondation assistée sont aussi réservées exclusivement aux couples hétérosexuels. Ce qui démontre une fermeture significative à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle (Section 1).

52. La jurisprudence française administrative comme judiciaire adopte quant à elle une position sensiblement défavorable à la constitution de la famille monoparentale. Il existe avant 2008 quelques tentatives allant dans le sens d'une reconnaissance de la famille monoparentale homosexuelle : une tendance progressiste mais largement minoritaire. La tendance plus conservatrice, fermée à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle, reste dominante.

¹³⁰ CE, 9 oct. 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette, Defrénois* 1997, art. 36951, obs. J. MASSIP, *JCP G* 1997, II, n° 22766, concl. CH. MAUGUE, *D.* 1997, jur., p.117, note PH. MALAURIE, *RTD civ.* 1997, p. 408, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 1997, comm. n°6, note P. MURAT et CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

¹³¹ Réf. Article 343-1 alinéa 1 du Code civil qui prévoit : « *L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans* ».

La confrontation de ces deux tendances est la marque d'une difficulté à faire émerger un consensus autour d'un nouveau droit de la famille (Section 2).

Section 1 - Les obstacles à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

53. Les obstacles à la constitution de la famille monoparentale sont nets. Si des tentatives sont faites par des personnes célibataires homosexuelles pour constituer une famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption individuelle en application de l'article 343-1 du Code civil, elles ne sont pas couronnées de succès. L'homosexualité est mise en avant de façon implicite par les services sociaux pour refuser l'agrément aux personnes célibataires homosexuelles qui en font la demande : « Choix de vie » et « condition de vie » sont les motifs invoqués par les services sociaux pour justifier l'agrément à l'adoption sans désigner de façon explicite l'homosexualité de l'adoptant célibataire homosexuel pour éviter d'établir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Autrement dit, et toujours de manière détournée, l'homosexualité serait contraire au bien-être de l'enfant. Ce qui justifie raisonnablement le refus d'agrément aux personnes célibataires homosexuelles empêchant ainsi la constitution de la famille monoparentale homosexuelle au travers de l'adoption (§1).

54. Les personnes célibataires homosexuelles ne peuvent pas non plus former une famille monoparentale avec l'aide des techniques de procréation médicalement assistée. Cette dernière est fermée aux célibataires homosexuelles femmes et la gestation pour autrui est interdite en France pour les célibataires quelle que soit leur orientation sexuelle (comme pour les couples¹³²) (§2).

§ 1 - L'adoption individuelle fermée malgré une formulation textuelle rendant possible la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

55. L'orientation sexuelle du célibataire adoptant n'est à aucun endroit évoquée dans loi n° 66-500 du 11 juillet 1966. Dès lors, l'hétérosexualité du célibataire adoptant n'est pas une condition à l'adoption. La personne célibataire homosexuelle peut donc constituer une famille monoparentale homosexuelle au moyen de l'adoption dans la mesure où la loi est muette sur ce point. Pourtant, ce n'est pas le cas en réalité. En effet, il ressort de la pratique qu'un dossier est

¹³² V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

généralement refusé par les services sociaux lorsque le candidat n'a pas caché son homosexualité au cours de la procédure et l'a même présentée comme faisant partie de son projet de constitution d'une famille monoparentale. Ces services considèrent que l'orientation sexuelle est à même de légitimer le refus (A).

56. Effectivement, ce refus est principalement fondé sur le motif que « *le mode de vie* » de l'adoptant, sous-entendu, son homosexualité serait contraire à l'intérêt de l'enfant. Ce mode de vie risque de provoquer chez l'enfant des troubles du développement personnel, mais également des troubles de l'identité sexuelle, ce qui justifie légitimement la fermeture de la constitution de la famille monoparentale pour une personne célibataire homosexuelle (B).

A - L'homosexualité : un motif de refus à l'agrément préalable à l'adoption

57. Procédure administrative préalable à l'adoption d'un enfant pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger¹³³, la délivrance d'un agrément¹³⁴ permet de déterminer l'aptitude des candidats à offrir de bonnes conditions d'accueil sur le plan familial, éducatif, psychologique et matériel¹³⁵. Exigé par l'article 353-1 du Code civil¹³⁶, il est délivré par le président du Conseil général après avis obligatoire, mais non conforme de la commission d'agrément. L'instruction de la demande sera l'occasion pour le responsable de l'Aide Sociale à l'Enfance de faire procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le demandeur est susceptible d'offrir sur les plans familial, éducatif et psychologique. En pratique, c'est le travail des assistants sociaux, psychologues et psychiatres.

58. Au cours de l'enquête, l'orientation sexuelle de l'adoptant est étudiée de près et prise en considération pour l'obtention de l'agrément. Dans les faits, lorsque l'homosexualité du célibataire adoptant est dévoilée et constitue un élément important dans le projet de constitution d'une famille

¹³³ V. Annexe 7: Le droit de la famille en schémas. L'adoption.

¹³⁴ La France ayant ratifiée la Convention internationale de la Haye, du 29 mai 1993, relative à la protection des enfants ; et la Coopération en matière d'adoption internationale le 9 mars 1998, la procédure d'agrément est désormais régie par le décret 98-711 du 1^{er} septembre 1998, abrogeant le décret 85-938 du 23 août 1985, qui gouvernait précédemment la matière.

¹³⁵ P.VERDIER définit l'agrément comme « *un acte administratif individuel dont le but n'est pas de sélection mais de vérification d'absence de contre indications à l'adoption* ». Ce dernier voit aussi en cet agrément une marque de confiance donnée aux candidats à l'adoption. P. VERDIER, *L'adoption aujourd'hui*, Paris Bayard, 1999, p. 46.

¹³⁶ Article 353-1 du Code civil : « *Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés. Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt* ».

monoparentale homosexuelle, l'agrément sera refusé par l'administration¹³⁷. Ledit refus est régulièrement motivé par le « *choix de vie* » du demandeur qui est menaçant pour l'équilibre de l'enfant¹³⁸. Le mot « *homosexualité* » n'est pas prononcé pour ne pas risquer l'accusation de discrimination. Cette motivation basée directement sur l'homosexualité constitue une erreur de droit au regard de la loi du 25 juillet 1985 relative à l'extension des lois antiracistes et anti-sexistes à l'orientation sexuelle¹³⁹ et encourt l'annulation par le juge administratif.

59. Plusieurs espèces témoignent non seulement du refus d'agrément de l'administration essentiellement motivé par le « *mode de vie* » du demandeur, mais également et surtout du risque encouru par l'enfant d'être accueilli par une personne célibataire homosexuelle comme s'il s'agissait d'une évidence incontestable sans qu'il soit nécessaire de la montrer. Voici quelques extraits de décisions ¹⁴⁰ :

Le 3 mai 1993, M. Philippe Fretté, un français célibataire, s'est vu opposer, par le chef du service de la protection de l'enfance du département de Paris, un refus d'agrément en vue d'adoption d'un mineur de nationalité anglaise. Cette première décision était fondée sur « *l'absence de référence maternelle constante* » offerte par le candidat, et sur « *les difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant* ». Le 15 octobre 1993, la décision de l'administration est confirmée sur un recours gracieux par le président du Conseil de Paris, siégeant en formation au Conseil général, au motif que « *si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pourraient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant* ». Par conséquent, M. Fretté demande au tribunal administratif de Paris d'annuler ces décisions, ce qu'il fera le 25 janvier 1995.

Dans une autre affaire, datant du 18 avril 1994, le président du Conseil général de Saône-et-Loire a rejeté la demande d'adoption d'un enfant qui lui avait été présenté par Mlle Lechailier. Cette décision commence par indiquer que la capacité personnelle, de la demanderesse, à élever un enfant

¹³⁷ M. GROSS, Ingénieure de recherche en Sciences Sociales, estime que 90 % des demandes sont refusées lorsque le candidat ou la candidate, reconnaît son homosexualité. M. GROSS, *L'homoparentalité*, PUF, Que sais-je n°3675, 2003, réédité en 2005 et en 2007. Cette pour cette raison que l'APGL, association de la défense des droits des homosexuels, recommande en cas d'adoption de ne pas révéler son homosexualité.

¹³⁸ Comme tous les actes administratifs, le refus d'agrément doit être motivé en vertu de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979. La motivation des actes administratifs est une obligation qui s'impose à l'administration, en vue de garantir les droits des intéressés et d'informer ceux-ci des motifs de droit et de fait ayant fondé certaines catégories de décisions individuelles défavorables qui les concernent tel que le refus d'agrément. En présentant ces motifs, l'administration donne la possibilité au requérant de pouvoir comprendre la décision et présenter un éventuel recours devant les juridictions administratives chargées d'examiner la légalité du refus d'agrément, de contrôler l'appréciation qui a été faite par l'administration.

¹³⁹ Loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 relative à l'extension des lois antiracistes et anti-sexistes à l'orientation sexuelle.

¹⁴⁰ Toutes ces espèces ont été énumérées dans l'ouvrage de M. GROSS, *L'homoparentalité*, PUF, Que sais-je n°3675, 2003, réédité en 2005 et en 2007, précité.

n'est pas contestée. Mais elle continue en énonçant : « *Le fait que vous vous inscrivez dans un choix de vie personnelle qui mettrait l'enfant adopté en situation de fait de vivre au quotidien avec un couple de femmes dont l'une sera la mère de l'enfant et l'autre le conjoint de sa mère, l'enfant qui pourrait vous être confié en vue de l'adoption risque de rencontrer des difficultés psychologiques pour forger son identité, se structurer dans cette image parentale et pour s'inscrire dans cette nouvelle filiation... Les conditions d'accueil que vous êtes susceptibles d'offrir actuellement sur le plan familial ne correspondant pas à l'intérêt supérieur de l'enfant qui pourrait vous être confié en vue d'une adoption, en conséquence, je ne peux qu'émettre un avis défavorable concernant votre demande d'agrément d'adoption* ».

Dans une espèce similaire, le Conseil général de Haute-Garonne refuse, en 1997, l'agrément en écrivant : « *Des réserves d'ordre psychologique sont soulignées en raison de votre vie de couple homosexuel. Ce mode de vie est générateur de difficultés importantes pour l'enfant tant dans sa construction psychique que pour son intégration sociale* ».

Mlle B. a postulé auprès des services sociaux du département du Jura. Après l'enquête de rigueur, un premier refus lui a été signifié par décision du président du Conseil général le 26 novembre 1998. A la suite d'un recours gracieux, un second refus lui est opposé le 17 mars 1999. Le département du Jura justifie sa position essentiellement par le fait que la requérante, ayant adopté un mode de vie homosexuel, ne présente pas toutes les garanties nécessaires pour l'enfant. En effet, il dénonce « *une absence d'image ou de référent paternel susceptible de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté* » et « *la place qu'occuperait son amie dans la vie de l'enfant* ».

Le département de la Seine-Maritime a également déclaré en 2001 à l'égard d'une célibataire homosexuelle : « *La particularité de votre mode de vie risque de ne pas pouvoir garantir à un enfant adopté toutes les conditions nécessaires à son épanouissement et à son identification personnelle* ».

60. L'énonciation de toutes ces espèces montre, d'une part, que les services sociaux doivent jouer finement en motivant le refus d'agrément sans blesser les demandeurs par des révélations trop indiscrettes de leur vie privée et, d'autre part, sans commettre de discrimination. Il est vrai qu'invoquer par principe le célibat ou l'homosexualité constituerait une erreur de droit censurée par le juge administratif. Mais dans ces affaires citées ci-dessus, si l'homosexualité n'est jamais dénoncée en elle-même, c'est bien derrière les termes « *choix ou mode de vie* » que les départements justifient les refus d'agrément. Les services sociaux et le président du Conseil général

font du « *choix de vie* » un obstacle, le seul, rédhibitoire, à l'octroi de l'agrément à la personne célibataire.

61. Néanmoins il est utile de nuancer ce point de vue en soulignant que l'adoption plénière d'un enfant par une personne célibataire qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle est un projet parental particulièrement complexe à concrétiser. C'est pour cette raison que le nombre d'adoptants célibataires qui parviennent au bout du processus reste faible. Deux principales difficultés se dressent sur leur projet :

La première difficulté est propre au célibataire adoptant qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Dans le cadre d'une adoption plénière, les couples mariés sont souvent préférés aux célibataires, jugés plus stables et plus conformes à un modèle parental traditionnel hétérosexuel¹⁴¹. La problématique majeure de ce genre d'adoption réside dans la question du référent de l'autre sexe pour l'enfant ainsi que l'absence de modèle masculin ou féminin et ses conséquences supposées sur le psychisme de l'enfant. Ces freins réduisent les chances de l'adoptant célibataire. De plus, la procédure d'adoption en France est lourde¹⁴², longue¹⁴³ et complexe. Autant de raisons qui contraignent des célibataires à renoncer à leur projet d'adoption en cours de procédure. L'adoption par un homme célibataire est marginale. Hommes et femmes peuvent effectuer la démarche d'adoption¹⁴⁴, mais dans les faits il est plus difficile pour un homme d'adopter que pour une femme.

La deuxième difficulté est liée au faible nombre d'enfants adoptables en France. Une fois que la personne célibataire adoptante a obtenu son agrément, il est peu probable qu'elle se voit confier un enfant en raison du grand nombre de candidats à l'adoption par rapport au nombre¹⁴⁵

¹⁴¹ Dans 82% des jugements prononcés au cours du premier trimestre 2007 concernant des adoptions plénières, la demande d'adoption émane d'un couple. Lorsque l'adoptant est seul, 12% sont des femmes et 6% sont des hommes. Les adoptions simples et plénières en 2007, Z. BELMOKHTAR, Juin 2009, Ministère de la Justice.

¹⁴² L'adoptant célibataire doit donc faire preuve de beaucoup de patience et de courage car une fois l'agrément obtenu (il faut compter neuf mois au maximum pour la délivrance de l'agrément). Il est accordé pour cinq ans, mais la candidature à l'adoption doit être renouvelée chaque année. Il *devra attendre entre 2 et 5 ans, entre le jour où il a fait sa demande d'agrément et le jour où il se verra confier un enfant. L'attente est aussi éprouvante moralement, insupportable avec des périodes de détermination, mais aussi d'impatience et de désillusion. Même en obtenant l'agrément, rien ne dit qu'un enfant lui sera attribué car les couples mariés passeront toujours avant lui.*

¹⁴³ Une fois la demande enregistrée, le candidat à l'adoption est soumis à une enquête et à des entretiens psychologiques pour aboutir à la délivrance éventuelle de l'agrément. Au cours de ces entretiens, la personne célibataire adoptante est soumise à une appréciation sévère de la part des services sociaux. Leur désir d'enfant est expertisé en profondeur par les assistants sociaux, les psychologues et les médecins... L'adoptant célibataire doit justifier de qualités spécifiques, entre autre, d'une bonne réputation, d'une bonne santé et d'un bon équilibre psychologique en plus de disponibilités particulières pour s'occuper de l'enfant adopté. Les enquêtes sociales pour l'adoptant sont longues, intrusives et décourageantes. Les travailleurs sociaux tentent toujours à un moment ou à un autre de décourager le futur adoptant. Seules seront retenues les demandes de personnes très motivées.

¹⁴⁴ L'article 343-1 du Code civil ne précise pas le sexe du célibataire pouvant adopter un enfant : « *L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce dernier ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté* ».

¹⁴⁵ Aujourd'hui environ 800 enfants pupilles de l'État sont adoptés chaque année en France. <http://www.agence-adoption.fr/> et <http://www.adoption.gouv.fr/>.

d'enfants adoptables¹⁴⁶. Les couples mariés lui seront une nouvelle fois préférés. Ce faible nombre d'enfants adoptables en France incite finalement les personnes célibataires à se tourner vers l'adoption internationale.

Là encore les difficultés demeurent. L'adoption internationale traverse une crise importante depuis la fin des années quatre-vingt-dix¹⁴⁷. Le nombre d'enfants adoptables à l'étranger est en constante diminution¹⁴⁸ ce qui réduit une nouvelle fois, les chances pour une personne célibataire d'adopter un enfant, car les couples mariés seront prioritaires¹⁴⁹. L'adoption internationale est coûteuse et reste difficile à entreprendre pour un ménage disposant de revenus modestes¹⁵⁰. Les pays qui ont ratifié la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale¹⁵¹, privilégient de plus en plus l'adoption nationale ce qui réduit encore davantage les chances de l'adoptant. Par ailleurs, tous les pays d'origine sélectionnent de façon rigoureuse les candidats et sont de plus en plus exigeants sur le suivi post-adoption qu'ils ne l'étaient par le passé¹⁵².

62. Il est finalement difficile pour une personne célibataire d'adopter en France. Mais, il est encore plus difficile pour une personne célibataire homosexuelle d'accéder à l'enfant par l'adoption et de constituer ainsi une famille monoparentale homosexuelle. L'homosexualité est en effet

¹⁴⁶ En France, il y a trois catégories d'enfants adoptables. Les enfants dont le père et la mère ou le conseil de famille ont consenti à l'adoption : enfants principalement remis au service de l'Aide Sociale à l'Enfance (ASE) ou à un Organisme Autorisé pour l'Adoption (OAA); les pupilles de l'Etat, ce sont des enfants recueillis par le service de l'ASE et qui constituent la majorité des enfants adoptables; les enfants déclarés abandonnés par décision de justice suite à un désintérêt de leurs parents depuis plus d'un an : ils sont pris en charge soit par le service de l'ASE (dans la majorité des cas; et deviennent alors pupilles de l'Etat), soit par un établissement, soit par un particulier.

¹⁴⁷ V. « L'adoption à l'étranger s'effondre », *Le Figaro*, 2 janvier 2015.

¹⁴⁸ Selon la mission de l'adoption internationale (Mai) du ministère des Affaires étrangères, les adoptions internationales, proches de 4 000 en 2006, sont passées de 1 343 à 1 069, soit un recul de 21 % en 2014. Un chiffre à mettre en perspective avec les 19 000 foyers français titulaires d'un agrément en vue d'adoption, en cours de validité au 31 décembre 2013. Pour plus de précisions, voir les dernières statistiques de l'adoption internationale en France sur le site : <http://www.diplomatie.gouv.fr/>.

¹⁴⁹ Certains pays refusent même l'adoption par les personnes célibataires et préfèrent les couples mariés, jugés plus stables, et plus conformes à un modèle parental traditionnel. Exemple : la Thaïlande, la Russie, les Philippines ou le Chili. D'autres vont plus loin dans leurs critères devant être remplis par les candidats à l'adoption puisqu'ils refusent aux célibataires hommes la possibilité d'adopter. C'est le cas par exemple de l'Inde. Dans ces conditions, une personne célibataire adoptante, à aucune chance de voir sa demande d'adoption acceptée dans ces pays, les couples mariés lui sont encore préférés.

¹⁵⁰ L'adoptant doit prévoir des frais de traduction et d'affranchissement mais surtout le prix d'un voyage dans le pays pour aller chercher l'enfant et d'un séjour d'au moins 15 jours sur place, pour recevoir l'enfant et faire établir son passeport. Les frais d'adoption à l'étranger sont très variables d'un pays à l'autre mais ils peuvent s'élever à plusieurs milliers d'euros.

¹⁵¹ Entrée en vigueur en France le 1^{er} octobre 1998 cette convention a pour objectif principal de créer une véritable éthique de l'adoption internationale et repose sur quatre principes fondamentaux : l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale « *il ne s'agit pas de donner un enfant à une famille mais une famille à un enfant* » ; le principe de subsidiarité qui signifie que l'adoption internationale ne doit être envisagée que lorsque toutes les autres solutions nationales de placement de l'enfant ont été épuisées ; le passage obligé par un intermédiaire autorisé et habilité, ce qui revient à prohiber les démarches directes auprès des familles biologiques et les profits indus afin de prévenir l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants. La convention de La Haye a été signée par 70 pays, dont 38 d'origine.

¹⁵² La Russie exige par exemple trois ans de suivi, avec l'envoi régulier de rapports de la part des parents adoptifs. Ce délai est de deux ans quand l'enfant vient de Colombie.

inconciliable avec la finalité qui inspire toute l'institution de l'adoption à savoir l'intérêt de l'enfant¹⁵³.

B - L'incompatibilité de l'homosexualité avec l'intérêt de l'enfant

63. Les services sociaux présentent « *le choix de vie* », sous-entendu l'homosexualité, de la personne célibataire adoptante comme un facteur de risque pour l'épanouissement physique et moral de l'enfant. En d'autres termes, selon eux, l'enfant a besoin d'un référent paternel/maternel pour devenir un homme/une femme à part entière. L'administration fait ici application du principe de précaution pour se justifier des refus d'agrément opposés aux personnes célibataires homosexuelles. Elle considère l'homosexualité comme un facteur de risque pour l'enfant adopté. Il est vrai que toute adoption comporte un risque lié aux différences d'histoire personnelle, d'apparence physique et parfois de culture. A ce risque il faut ajouter la crainte d'une éducation n'offrant pas la référence d'un couple différencié. Par conséquent deux risques peuvent apparaître selon l'administration : l'un social, l'autre d'identification.

64. Le premier problème que peut rencontrer l'enfant c'est la confrontation à une partie de l'opinion publique encore réfractaire à l'homosexualité et qui pourrait entraver sa future intégration sociale. L'hétérosexisme¹⁵⁴ est la norme sociale, et l'homophobie¹⁵⁵ est un fait répandu parfois constaté chez les plus jeunes. En effet, dans la cour d'école les enfants se taquent ; les camarades de « ces enfants d'homos » sont perçus comme tels et souvent répètent ce qu'ils entendent chez les adultes. Ils doivent donc faire face, dès leur plus jeune âge, à la critique et à un certain isolement qui peut altérer leur confiance en eux-mêmes. Ceci est perturbant et ces enfants considérés comme différents par leur entourage en souffrent, surtout au moment où leur propre identité sexuelle se développe. Comment s'aimer soi-même quand tant de personnes vous agressent ou vous blessent parce que les parents ont une sexualité différente ? Quelle identité peut-on se former autour de nombreuses insultes ? Il en résulte un risque de discrimination dont peut souffrir un enfant qui n'est pas dans la situation de la majorité de ses camarades d'école. Un enfant ne peut pas se construire dans un tel contexte et devenir un adulte équilibré, alors il faut l'éviter. Ce risque est pris en compte dans les dossiers d'instructions des demandes d'agrément en vue de l'adoption. Pour éviter toute

¹⁵³ L'article 353 du Code civil précise que l'adoption ne peut être prononcée que si elle est « conforme à l'intérêt de l'enfant ». Ce texte traduit en droit interne ce qu'imposent des normes internationales telles que la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose que : « *dans toutes les décisions qui concernant les enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». CIDE, art. 3.1. V. Aussi Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 24, 2°. V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. L'enfant.

¹⁵⁴ La croyance que les relations hétérosexuelles sont normales et bonnes.

¹⁵⁵ Peur et désapprobation de l'homosexualité.

discrimination et par le biais de la notion d'intérêt de l'enfant, l'agrément est, pour cette raison, le plus souvent refusé par les services sociaux.

65. Après cette situation de rejet qu'il peut connaître, le second problème vient de l'enfant lui-même. Il peut subir des risques du fait de l'absence de référent paternel ou maternel. Ce qui manque aux personnes et couples homosexuels, c'est la présence d'un modèle masculin ou féminin pour la construction psychologique de l'enfant. Cet élément a été mis en évidence par deux arrêts rendus pour le premier par la Cour administrative d'appel de Lyon¹⁵⁶ et pour le second celle de Nancy¹⁵⁷. Dans les deux arrêts, il s'agit d'une femme ne cachant pas son homosexualité et qui fait une demande auprès des services sociaux afin d'obtenir l'agrément indispensable pour pouvoir adopter un enfant. Elle vit en couple de façon dissimulée avec une autre femme. Bien que sa demande ait été faite par elle-même, en tant que célibataire, l'administration refuse la délivrance de cet agrément. La postulante saisit alors le tribunal administratif pour faire annuler la décision administrative.

66. Le Tribunal fait droit à sa demande. Mais saisie par le département, la Cour administrative d'appel infirme cette dernière décision au motif « *qu'on ne peut prendre de risque pour un enfant ayant déjà un passé douloureux, enfant transplanté et pour lequel toutes les garanties psychologiques nécessaires ne semblent pas réunies pour lui assurer un avenir équilibré (...) Considérant, d'autre part, la place faite actuellement aux couples homosexuels, tant dans le droit que dans la culture et dans les mœurs, vous n'offrez pas actuellement les conditions propices à l'intégration sociale nécessaire à l'accueil d'un enfant adopté qui est un enfant transplanté* ». Le modèle homosexuel est ainsi plus attentatoire que le célibat. En effet, dans l'un des arrêts précités¹⁵⁸, le commissaire du gouvernement M. GARDE déclarait que la monoparentalité n'altérerait pas les références masculines ou féminines contrairement à l'homosexualité qui brouillerait les schémas identificatoires et obscurcirait les structures familiales. En justification, il a observé que dans le cas de la femme hétérosexuelle célibataire, certes l'image du père était absente, mais dans le cas d'une femme homosexuelle cette image était carrément niée¹⁵⁹.

¹⁵⁶ CAA Lyon, 7 juillet 1999, *Mlle Lechailier*, *AJDA* 1999, p. 1033, concl. A. BEZARD.

¹⁵⁷ CAA Nancy, 21 décembre 2000, *Mlle B.*, *D.* 2001, p.1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA, *RTD civ.* 2001, p. 346, obs. J. HAUSER, *AJDA* 2001, p.291, concl. P. ROUSELLE, *RFDA* 2001, p. 1292, note A. MARCEAU, précité.

¹⁵⁸ CAA Nancy, 21 décembre 2000, *Mlle B.*, *D.* 2001, p.1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA, *RTD civ.* 2001, p. 346, obs. J. HAUSER, *AJDA* 2001, p.291, concl. P. ROUSELLE, *RFDA* 2001, p. 1292, note A. MARCEAU.

¹⁵⁹ Réf. Dans ce sens les conclusions du commissaire du gouvernement GARDE en préalable au jugement administratif du TA de Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *RDA* mars 2000, n° 51, p. 14, *RDSS* 2000, p. 433, note F. MONEGER ; *Dr. fam.* 2000, chron. 8, note P. MURAT, *RLDC* 2010/67, n° 3689 : cette affirmation est présentée comme un argument, alors même qu'aucun élément tangible n'est soulevé pour l'étayer.

67. En conséquence, un enfant adopté a besoin de l'image des deux sexes et des fonctions respectivement attribuées au père et à la mère. C'est donc par précaution que les services sociaux ferment aux personnes célibataires homosexuelles l'adoption. Pourtant, les études menées depuis plusieurs années par un panel de professionnels permettent de penser que ce principe de précaution est aujourd'hui dépassé. Effectivement, les études les plus récentes et les plus fouillées à ce sujet semblent rassurantes. Toutes s'accordent à dire que les enfants élevés au sein d'une famille où les parents sont de même sexe ne développent pas plus de troubles psychologiques ou comportementaux que les enfants élevés au sein d'une famille hétérosexuelle¹⁶⁰. Malgré ces études scientifiques encourageantes, elles ne semblent pas influencer la position de l'administration qui considère que le développement de l'enfant passe par la nécessité de lui apporter un modèle d'altérité sexuelle à savoir une référence paternelle et maternelle. Par conséquent, l'administration ne donne aucune chance à une personne célibataire homosexuelle d'adopter un enfant au même titre qu'une personne célibataire hétérosexuelle. C'est pour cette raison que les personnes célibataires homosexuelles exercent un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif afin d'annuler lesdits refus de l'administration.

68. La jurisprudence administrative française a donc tranché sur la délicate question de savoir si les adoptants homosexuels peuvent ou non être exclus de l'adoption en raison de leur « *mode de vie* », sous-entendu, de leur orientation sexuelle. Elle prend également en considération, comme les autorités administratives, l'orientation sexuelle comme le seul motif pour refuser l'accès à l'adoption aux personnes célibataires homosexuelles. La formulation de l'article 343-1 du Code civil pour l'adoptant célibataire homosexuel est neutre sur la question de l'orientation sexuelle, voire même plutôt favorable à une telle adoption. Mais le texte laisse l'administration libre d'apprécier la demande d'agrément pour décider d'un refus fermant ainsi la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

Cette fermeture aux méthodes de procréations médicalement assistées ne permet pas non plus aux personnes célibataires homosexuelles de constituer une telle famille.

¹⁶⁰ La plus connue des études françaises est celle de S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparentale : étude sur un échantillon de 58 enfants élevés par des parents homosexuels*, Thèse pour le doctorat de médecine, Université de médecine Bordeaux-II., n° 3053, soutenue le 10 octobre 2000.

§ 2 - Les méthodes médicales à la fécondation assistée fermées à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

69. Les difficultés rencontrées par les personnes célibataires homosexuelles de constituer une famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption les incitent à se tourner vers les méthodes médicales à la fécondation assistée afin de les détourner. Mais elles n'ont pas cette possibilité car la procréation médicalement assistée ne leur est pas autorisée par le droit français (A), et la gestation pour autrui leur est strictement interdite (B). Les personnes célibataires homosexuelles se heurtent une nouvelle fois à deux obstacles les empêchant de constituer une famille monoparentale à travers les méthodes médicales à la fécondation assistée.

A - La procréation médicalement assistée fermée à la personne célibataire homosexuelle

70. En France, l'assistance médicale à la procréation¹⁶¹ a été appréhendée pour la première fois par le législateur à l'occasion des deux lois de bioéthique du 29 juillet 1994¹⁶². Le législateur a prévu que les lois de bioéthique puissent faire l'objet d'un nouvel examen d'ensemble par le parlement tous les cinq ou sept ans, même si dans les faits cette régularité souhaitée n'est pas toujours respectée. Celles de 1994 ont été modifiées par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, elle-même modifiée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. Source d'incessants débats¹⁶³ depuis les premières lois de bioéthiques de 1994, le législateur tient le même cap : l'assistance médicale à la procréation a une finalité exclusivement médicale¹⁶⁴. Elle n'est pas admise en France pour des raisons de convenance personnelle. La loi du 7 juillet 2011 a supprimé la référence antérieure à une « *demande parentale* » et a ainsi renforcé sa conception purement thérapeutique de l'assistance médicale à la procréation, en rejetant l'idée de procréations médicalement assistées pour des raisons sociales, voire de convenance¹⁶⁵.

¹⁶¹ V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. La PMA.

¹⁶² Les lois de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹⁶³ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A et B.

¹⁶⁴ Aux termes de l'article L. 2141-1 du Code de la santé publique, l'assistance médicale à la procréation : « *s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons et l'insémination artificielle* » (al.1).

¹⁶⁵ Une telle position explique aussi bien les règles relatives aux couples qui peuvent en bénéficier ou qui sont amenés à faire don de gamètes ou d'embryons que la soumission des PMA aux règles générales des dons d'organes : gratuité et anonymat.

71. Ainsi, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, dans son premier alinéa, indique que « *l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué* ». Le texte régleme donc de façon stricte les deux conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation : destinée à la thérapeutique d'un couple infertile ou risquant de transmettre une grave maladie à son enfant. L'assistance médicale à la procréation n'est donc pas conçue comme une technique de convenance ayant nécessairement une finalité médicale. Elle ne peut, par conséquent, bénéficier à une femme célibataire homosexuelle¹⁶⁶ pour concevoir un enfant (mais aussi à une femme hétérosexuelle ou à un couple homosexuel¹⁶⁷).

72. La législation française est sur ce point restrictive. C'est la raison pour laquelle les femmes célibataires homosexuelles, pour obtenir ce que refuse la loi française, n'ont pas d'autre choix que de se tourner vers les pays qui sont dotés d'une législation plus libérale en matière de procréation médicalement assistée. Ce qui a d'ailleurs donné l'appellation « enfants du Thalys¹⁶⁸ ». C'est par exemple le cas de la Grande-Bretagne où l'*Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 conçoit la PMA comme un service de traitement en vue d'aider les femmes à porter des enfants, de la loi belge¹⁶⁹ qui permet également à une femme seule, hétérosexuelle ou homosexuelle, d'obtenir une insémination artificielle avec donneur anonyme. La loi espagnole¹⁷⁰ n'empêche pas non plus les femmes seules, qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles, de recourir à l'assistance médicale à la procréation pour concevoir un enfant. Cette situation n'est pas sans poser de problèmes dans la mesure où les femmes françaises homosexuelles partent à l'étranger pour bénéficier d'une procréation médicalement assistée et reviennent ensuite en France une fois enceintes. Cette interdiction n'a pas été levée à l'occasion de la révision des lois bioéthiques afin

¹⁶⁶ La procréation médicalement assistée est interdite pour les femmes célibataires en France alors même que le concept de famille monoparentale s'est largement développé et que l'adoption est permise à une personne seule. Mais les situations sont différentes. On peut admettre qu'un enfant déjà né soit élevé par une personne seule sans pour autant vouloir qu'un enfant soit conçu pour être élevé par une personne seule.

¹⁶⁷ Le législateur a aussi entendu exclure l'assistance médicale à la procréation aux couples homosexuels et marquer ainsi de cette façon la vocation familiale de l'assistance médicale à la procréation. Le couple est formé d'un homme et d'une femme (article L. 2141-2 al.3 du Code de la santé publique). A ce titre, la loi française ne reconnaît pas le couple homosexuel dans le cadre des procréations médicalement assistées. V. Pour plus de précisions : Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

¹⁶⁸ On parle de bébés *Thalys*, du nom du train international que les femmes empruntent pour concrétiser leur désir d'avoir un enfant.

¹⁶⁹ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes.

¹⁷⁰ Loi du 26 mai 2006 sur les techniques de reproduction humaine assistée.

d'éviter de remettre en cause toute la philosophie thérapeutique¹⁷¹ des lois françaises sur la procréation médicalement assistée¹⁷².

73. La reconnaissance d'un tel droit aux femmes célibataires est actuellement largement débattu¹⁷³. Néanmoins, au titre du droit de l'enfant à ses deux parents, le Conseil d'Etat dans son avis du 6 mai 2009 sur la révision des lois bioéthiques s'oppose à l'idée d'ouvrir l'assistance médicale à la procréation aux femmes célibataires et aux homosexuelles. Affirmant la prévalence de « *l'intérêt de l'enfant* » sur le projet parental, la haute juridiction, fait valoir que cette possibilité supposerait d'admettre la conception médicalement assistée d'un enfant sans incidence masculine ce à quoi s'est opposé le législateur en 1994 et 2004. Comme le souligne le Conseil d'Etat, si la situation pouvait a priori être rapprochée de celle de l'adoption par des personnes vivant seules, elle ne saurait en réalité lui être comparable. Pour l'adoption, il s'agit de prendre en charge un enfant déjà né, en lui donnant la chance d'être accueilli par un adulte qui deviendra sa mère ou son père. Or, pour la procréation médicalement assistée, « *il s'agirait de créer délibérément un enfant sans père, ce qui ne peut être considéré comme l'intérêt de l'enfant à naître* »¹⁷⁴. Cette question comporte des dimensions affectives, éducatives, voire pathologiques qui dépassent de beaucoup sa seule dimension juridique et qu'il appartient au Parlement de trancher¹⁷⁵.

Les femmes célibataires homosexuelles ne peuvent donc pas recourir à la procréation médicalement assistée pour constituer une famille monoparentale homosexuelle. Mais les personnes célibataires homosexuelles ne peuvent pas non plus constituer une famille monoparentale, car la gestation pour autrui est aussi une méthode médicale à la fécondation assistée formellement interdite en France.

B - La gestation pour autrui interdite à la personne célibataire homosexuelle

74. Les personnes célibataires homosexuelles qui veulent constituer une famille monoparentale autrement que par l'intermédiaire de l'adoption ne peuvent que recourir à la gestation pour autrui¹⁷⁶. Plusieurs expressions sont souvent utilisées indifféremment pour désigner

¹⁷¹ Il faudrait, entre autre, redéfinir et selon quels critères, les contours des demandes admissibles et de celles qui ne peuvent pas être satisfaites, et notamment déterminer si l'assistance médicale à la procréation peut bénéficier à des célibataires ou doit être réservée à des couples, éventuellement de même sexe. V. Cl. NEIRINCK, « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* 2013, Repère 2 ; B. BOYSSON, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013, Etude 25.

¹⁷² V. J.-R. BINET, « La Bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G* 2011, I, n° 846 ; A. DIONISI-PEYRUSSE, « La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 », *RJPF* 2011-9/11.

¹⁷³ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A et B.

¹⁷⁴ Conseil d'Etat, Avis du 6 mai 2009, Révision des lois de bioéthique, p. 38.

¹⁷⁵ V. Pour l'actuel débat sur la PMA, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A et B.

¹⁷⁶ V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. La GPA.

cette méthode médicale : maternité pour autrui¹⁷⁷ ou encore mère porteuse¹⁷⁸. Dans tous les cas, il s'agit pour une femme de mener une grossesse pour le compte d'autrui, c'est-à-dire de porter un enfant en vue de le remettre à un ou des demandeurs.

75. En France, il est strictement interdit de recourir à une mère porteuse ou à une mère de substitution. La prohibition, qui s'applique tant aux couples hétérosexuels qu'homosexuels, mais aussi aux célibataires hétérosexuels et homosexuels, est posée, depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain où le législateur a interdit la maternité pour autrui. A cette occasion, un article 16-7 a été inséré dans le Code civil énonçant que : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*¹⁷⁹ » qu'elle soit effectuée à titre onéreux ou gratuit, entre étrangers ou entre membres de la même famille¹⁸⁰.

76. Le fondement de cette interdiction est tiré de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'état des personnes. En effet, ces pratiques constitueraient une convention prohibée portant sur le corps de la femme, puis sur celui de l'enfant et entraîneraient également une disposition illicite de l'état de l'enfant, littéralement cédé (à titre onéreux ou gratuit) par la femme qui en a accouché. Corrélativement, l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation¹⁸¹ a bien précisé que la mère est celle qui accouche d'un enfant¹⁸². La Cour de cassation veille, depuis 1991, au respect du fondement de l'interdiction de la maternité de substitution en prononçant la nullité absolue des conventions de ce genre. Dans un célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 31 mai 1991¹⁸³, la Cour de cassation a jugé que : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état*

¹⁷⁷ Dans ce cas, une femme accepte, pour remédier à la stérilité d'un couple, d'être inséminée avec le sperme de l'époux ou du compagnon, de porter l'enfant et de le remettre à sa naissance au-dit couple. La maternité est dite de substitution : la mère gestatrice de l'enfant est aussi sa mère génitrice, puisque c'est elle qui a fourni l'ovocyte permettant sa conception.

¹⁷⁸ Dans ce cas, une femme accepte uniquement de porter un enfant conçu par une autre, c'est-à-dire soit avec l'ovocyte de la mère dite d'intention, soit avec celle d'une tierce femme ayant fait un don d'ovocytes.

¹⁷⁹ La nullité est ici absolue, ce qui a notamment pour conséquence que toute personne ayant un intérêt à agir peut la demander en justice. Il s'agit d'une nullité de droit : le juge est tenu de la prononcer.

¹⁸⁰ Les sanctions mises en place en droit français frappent, non le couple ou toute personne célibataire qui recourt à ce type de procédé, mais les personnes servant d'intermédiaires. L'article 227-12, alinéa 3 du Code pénal prévoit entre autre : « *Le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. Ces peines sont doublées lorsque ces faits sont commis à titre habituel ou dans un but lucratif* » (alinéa 2 *in fine*).

¹⁸¹ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 relative à la filiation.

¹⁸² Réf. Article 325 al.2 du Code civil qui prévoit : « *L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché* ».

¹⁸³ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991. II, 21752, note F. TERRÉ avec la communication du professeur J. BERNARD ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note THOUVENIN.

*des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption*¹⁸⁴ ». Elle est donc frappée de nullité et cette nullité est d'ordre public¹⁸⁵.

77. La prohibition de la gestation pour autrui n'a pas été réellement discutée lors de la révision des lois bioéthiques en 2004¹⁸⁶. Mais le législateur de 2011¹⁸⁷ a maintenu la prohibition en s'appuyant sur une sérieuse réflexion préalable. Le refus d'admettre la gestation pour autrui est inspiré de l'avis du Comité consultatif national d'éthique¹⁸⁸ qui considère que : « *L'ensemble des arguments favorables au maintien de la législation en vigueur l'emportent sur ceux qui sont favorables à la légalisation de ce procédé de PMA, même de manière strictement limitée et contrôlée* ». Le projet de loi relatif à la bioéthique du 20 octobre 2010 ne prévoyait d'ailleurs pas d'abroger l'article 16-7 du Code civil ni même d'y apporter des exceptions, rejoignant ainsi la position réticente de la mission d'information sur les lois de bioéthique¹⁸⁹ et celle du Conseil d'Etat¹⁹⁰ qui estime qu'il y a « *des objections très fortes* » à légiférer pour organiser la gestation pour autrui, en particulier le risque de « *marchandisation du corps humain* » et celui que l'enfant soit l'objet d'une transaction¹⁹¹.

78. Cette interdiction n'empêche cependant pas les personnes homosexuelles de se rendre à l'étranger¹⁹² pour obtenir ce qu'ils ne peuvent pas obtenir en France¹⁹³. Et même si la Cour de cassation a encore durci sa position depuis 1991¹⁹⁴, les personnes homosexuelles se livrent à une

¹⁸⁴ L'Assemblée plénière sanctionne aussi le détournement de l'institution de l'adoption, celle-ci ayant été créée pour donner des parents à des enfants qui en sont privés et dans l'intérêt de ces derniers, alors que dans le processus de la maternité de substitution, l'enfant est conçu en vue de l'adoption pour la satisfaction du désir des adultes. V. Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 96-21.223 et 97-12.781, *D.* 1999, jur., p. 692, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 1999, p. 372, obs. J. HAUSER.

¹⁸⁵ Cette prise de position a été réitérée à plusieurs reprises dans plusieurs arrêts de la Cour de cassation. V. Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2003, *RTD civ.* 2003, 693, obs. J. HAUSER, *Dr. Fam.* 2004, comm. 17, obs. P. MURAT; Cass. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 et n° 09-17.130; Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. n°74, note Cl. NEIRINCK. Pour plus de précisions sur la portée de ces arrêts : V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A et B.

¹⁸⁶ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, précité.

¹⁸⁷ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, précité.

¹⁸⁸ CCNE, Avis n°110, 1^{re} avril, 2010.

¹⁸⁹ Rapport sur la bioéthique, Ass. Nat., doc. n°2235, 20 janvier 2010, p. 119 à 199.

¹⁹⁰ La révision des lois de bioéthiques, 2009, Les Etudes du Conseil d'Etat. La Documentation française.

¹⁹¹ V. Sur ces différents points le rapport Leonetti rédigé en amont de la révision des lois de bioéthique, Dictionnaire permanent bioéthique, Bull. fév. 2010. Un rapport du Sénat du 25 juin 2008 (n° 421) avait avancé l'idée d'une légalisation encadrée, mais cette proposition n'a pas été retenue ; pour une étude critique : V. A. SERIAUX, « *Maternité pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ?* », *D.* 2009. 2015 ; *RTD civ.* 2008.468.

¹⁹² Belgique, Pays-Bas, Canada, la tolèrent. D'autres pays l'organisent et l'encadrent : L'Angleterre, certains Etats des Etats-Unis (Californie), la Grèce. P. AGALLOPOULOU, « *La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées* », *Dr. fam.*, 2004, Etude 11 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « *Maternité de substitution, filiation et état civil. Panorama européen* », *Dr. fam.*, 2007, Etude 34 ; et pour une synthèse de la situation internationale, F. MONEGER (Dir.), « *Gestation pour autrui : surrogate motherhood* », Soc. Legisl. Comp., 2011.

¹⁹³ Nombreux sont les pays, notamment européens, qui ont préféré consacrer la gestation pour autrui de manière encadrée, ne serait-ce que pour mieux maîtriser les éventuelles dérives. V. Etudes de la législation comparée, Sénat, n°182, 30 janv. 2008 sur la gestation pour autrui.

¹⁹⁴ En effet, la Cour de cassation considère dans son arrêt du 31 mai 1991 que la convention de maternité de substitution étant illicite, elle ne peut produire d'effets au regard de la filiation. Dans un arrêt de 2011 et un arrêt de 2013, la Cour de cassation va plus loin puisqu'elle juge que la reconnaissance de l'enfant issu d'une gestation pour autrui effectuée par le

sorte de « tourisme procréatif »¹⁹⁵. La question de la légalisation de la gestation pour autrui aux personnes homosexuelles suscite un vif débat¹⁹⁶ au même titre que la procréation médicalement assistée et les révisions des lois bioéthiques en 2004 et 2011 constituent des occasions manquées à une évolution dans le sens d'une ouverture de cette pratique médicale assistée¹⁹⁷. Toujours est-il que la prohibition clairement affirmée par le droit français de la gestation pour autrui empêche les célibataires homosexuelles à constituer une famille monoparentale. La fermeture à la constitution d'une famille monoparentale homosexuelle est ainsi confirmée par la jurisprudence.

Section 2 - Une jurisprudence défavorable à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'évolution

79. A maintes reprises, le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer sur la légalité des refus d'agrément à l'égard des personnes célibataires homosexuelles¹⁹⁸. C'est à l'occasion de recours pour excès de pouvoir exercés par les personnes célibataires homosexuelles, que le juge administratif a tranché sur la possibilité ou non pour les autorités administratives internes de motiver leur refus d'agrément sur le seul « *mode de vie* » de la personne célibataire adoptante et sur l'existence ou non d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de ce dernier. L'ordre

père d'intention (qui était le père biologique en l'occurrence) devait être annulée pour fraude à la loi. V. Cass. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 et n° 09-17.130, précité; Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC, précité. Le refus de transcrire l'acte de naissance sur les registres français de l'état civil d'un enfant issu d'une maternité pour autrui a été maintes fois réaffirmé par la Cour de cassation. V. dernier arrêt : Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. n°74, note C. NEIRINCK, précité. Néanmoins, la Cour de cassation a récemment fait évoluer sa position traditionnelle suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014 en acceptant la transcription à l'état civil français un acte de naissance d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. L'homme s'est vu reconnaître la qualité de père de l'enfant. V. CEDH, 26 juin 2014, n°65192/11, *Menesson c/ France*, n° 65941/11 *Labassé c/ France* ; *D.* 2014, 1376 ; *Dr. fam.* 2014, comm. n°128, note Cl. NEIRINCK et Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002. Pour l'approfondissement de cette évolution : V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A et B.

¹⁹⁵ J.-LEMOULAND, « *Le tourisme procréatif* », *LPA* 2001, n° 62, p.24.

¹⁹⁶ V. Pour le débat sur la gestation pour autrui : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A et B.

¹⁹⁷ A noter aussi que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a fait rebondir la question de la maternité de substitution. Cette loi n'a rien modifiée l'interdiction de la gestation pour autrui, ses opposants ont manifesté la crainte de voir, par la suite, la législation modifiée afin de permettre aux couples de gays d'obtenir des enfants. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §1, A.

¹⁹⁸ V. en ce sens : CE, 9 octobre 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette*, *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. MAUGUE ; *D.* 1997, jur. p. 117, note P. MALAURIE ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLO (sous la direction de), PUF, coll « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150 et CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, req. n°230533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503 ; CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, req. n°230533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT et *RTD civ.* 2001, p. 346, obs. J. HAUSER, *AJDA* 2001, p.291, concl. P. ROUSELLE, *RFDA* 2001, p. 1292, note A. MARCEAU et CAA Nancy, 21 déc. 2000, *D.* 2001, p. 1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA, précité.

administratif confirme les refus d'agrément aux adoptants célibataires aux motifs que leur « *mode de vie* » est contraire à l'intérêt de l'enfant et confirme en même temps la fermeture de la constitution de la famille monoparentale homosexuelle (§1).

80. L'ordre judiciaire a eu l'occasion de se prononcer si l'homosexualité avait une incidence quant à l'attribution des droits parentaux, en cas de séparation ou encore de divorce pour cause d'homosexualité de l'un des membres du couple. A travers les décisions rendues, le juge judiciaire est réticent à accorder les droits parentaux en raison de son homosexualité ce qui limite une nouvelle fois la constitution de la famille monoparentale homosexuelle (§2).

§ 1 - Une jurisprudence administrative fermée à la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'ouverture

81. La juridiction administrative chargée d'examiner la légalité d'un refus d'agrément doit contrôler si l'administration a fait une exacte appréciation des faits lorsqu'elle a refusé de délivrer l'agrément aux candidats à l'adoption. Deux techniques s'offrent alors à elle : soit le juge procède à un contrôle restreint, soit le juge se livre à un contrôle normal. Le juge administratif a décidé d'exercer un contrôle entier sur les refus d'agrément, censurant ainsi toute erreur d'appréciation même non manifeste¹⁹⁹.

82. Les tribunaux administratifs annulent systématiquement les refus d'agrément opposés aux personnes célibataires homosexuelles. Ils refusent de prendre en considération l'homosexualité de la personne célibataire adoptante pour rejeter leur demande d'agrément. Pour les tribunaux administratifs, les décisions de refus d'agrément du président du Conseil général principalement motivées par le « *choix de vie* » ou encore sur « *une absence d'image ou de référent paternel/maternel* »²⁰⁰ de la personne célibataire adoptante visent implicitement son homosexualité. En conséquence, les tribunaux administratifs concluent à une différence de traitement entre les candidats à l'adoption fondée sur leur seule orientation sexuelle. Ce qui, selon eux, conduit à opérer une discrimination qui ne peut servir à justifier un refus d'agrément. La position des tribunaux

¹⁹⁹ Contrôle exercé depuis que le Conseil d'Etat a fixé sa jurisprudence en la matière dans trois arrêts rendus le 4 novembre 1991. V. P. HUBERT, concl. sur CE, sect., 4 novembre 1991, *M. et Mme H., Président du conseil général des Yvelines c/ Mlle., M. et Mm C.* (3 espèces), *AJDA* 1992, p. 67.

²⁰⁰ Indépendamment de la question de l'orientation sexuelle ce dernier motif apparaît illégal dans la mesure où il conduit à retirer le droit pour les célibataires d'adopter. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 n'impose pas la situation de couple. Or si le Conseil général motive son refus en le fondant sur l'absence de référent de l'un des deux sexes, il remet directement en cause la loi qui permet à un célibataire éventuellement sans couple d'adopter.

administratifs tend ainsi vers une ouverture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle (A).

Mais, cette position progressiste est remise en question par le Conseil d'Etat qui adopte une position complètement différente. Son attitude tend finalement à justifier le refus d'agrément opposé par le président du Conseil général aux personnes célibataires homosexuelles²⁰¹ et il confirme ainsi une fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle (B).

A - La position des tribunaux administratifs : l'annulation des refus d'agrément, une ouverture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

83. Les tribunaux administratifs français ont eu l'occasion dans deux affaires de se positionner sur la légalité des refus d'agrément motivés par le « *mode de vie* » ou encore sur « *une absence d'image ou de référent paternel/maternel* » de la personne célibataire adoptante opposée à des personnes célibataires homosexuelles par l'administration.

Dans la première espèce, le tribunal administratif de Paris, dans son jugement du 25 janvier 1995²⁰², annule les deux décisions de refus d'agrément opposé à M. Fretté. Il estime dans un premier temps, que la référence au « *choix de vie* » et à l'« *absence de référence maternelle constante* » de M. Fretté visaient par euphémisme, au-delà de son célibat, son homosexualité et, dans un second temps, que « *cet aspect de la personnalité ne pouvait justifier un refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant* ». Or, tel n'est pas le cas de M. Fretté selon le tribunal administratif de Paris, à propos duquel le juge soulignait qu'au regard de ses multiples « *qualités humaines et éducatives certaines* », « *un enfant serait probablement heureux avec lui* » avant de conclure que l'enquête sociale « *relève les qualités pédagogiques de M. Fretté* » et que les médecins psychologues « *ne décèlent aucun obstacle d'ordre psychologique* » relevant par ailleurs « *les qualités affectives, éducatives* » de M. Fretté.

De même, dans la deuxième espèce, le tribunal administratif de Besançon, dans son jugement du 24 février 2000²⁰³ annule les décisions de refus d'agrément opposé à Mlle E.B. Ces décisions sont motivées par « *une absence d'image ou de référent paternel susceptible de favoriser*

²⁰¹ Le Conseil d'Etat adopte d'ailleurs la même position en ce qui concerne les témoins de Jéhovah, désireux d'adopter un enfant, en rejetant leur demande d'agrément. Ce dernier considère que l'opposition de leur confession à la pratique de transfusion de sang pouvait entraîner certains risques pour l'enfant. V. CE, 24 avril 1992, *Département du Doubs*, RDSS, 1992, concl. P. HUBERT, p. 712 ; D. 1993, jur. p. 235, note I. ROUVIERE-PERRIER.

²⁰² TA Paris, 25 janvier 1995, D. 1995, II. 647, note D. BOULANGER, LPA, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J-Y PLOUVIN, précité.

²⁰³ TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, RDA 2000 n° 51, p. 14, Dr. fam. 2000, chron. 8, « La famille homosexuelle par adoption ? », note P. MURAT, RDSS 2000, p. 433, note F. MONEGER, précité.

le développement harmonieux d'un enfant adopté », et sur « la place qu'occuperait [son] amie dans la vie de l'enfant ». Le tribunal administratif de Besançon estime que « les motifs ainsi opposés à la requérante ne sont pas par eux-mêmes de nature à justifier légalement un refus d'agrément ». Le même Tribunal argumente en faisant valoir, sur la base des « pièces du dossier », que « les qualités humaines et éducatives ne sont pas contestées » et que Mlle E.B exerçant « la profession d'institutrice est bien insérée dans son milieu social ».

84. En d'autres termes, le tribunal administratif de Besançon estime que celle-ci « présente des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté » avant de conclure que l'« absence d'image ou de référent paternel » vise « le mode de vie » de Mlle E.B. Autrement dit, son homosexualité constitue le seul motif pour lui refuser l'agrément. Le tribunal administratif conclut que Mlle E.B est fondée à demander l'annulation des décisions de refus d'agrément prises à son encontre. L'administration a de nouveau fait une inexacte appréciation des dispositions précitées.

85. Dans ces deux affaires, les tribunaux administratifs exposent une position de principe selon laquelle la référence implicite à l'homosexualité en tant que telle n'est pas un critère de refus d'agrément. Autrement dit, décider par principe qu'un célibataire homosexuel ne présente pas les garanties suffisantes pour adopter un enfant conduit à opérer une discrimination non voulue par la loi²⁰⁴ entre les candidats à l'adoption en fonction de leur « choix de vie ». Pour les tribunaux administratifs, l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte et doit l'être impérativement en le combinant avec un autre principe qui est le respect de la vie privée²⁰⁵. L'homosexualité des adoptants n'est donc pas en l'espèce incompatible avec leur projet d'adoption. Refuser à un célibataire homosexuel le droit d'adopter un enfant en raison de son « mode de vie » conduit pour les tribunaux administratifs à introduire une discrimination.

86. Les tribunaux administratifs refusent ainsi de considérer l'homosexualité comme un unique obstacle à la possibilité d'adopter à l'instar des services sociaux et du président du Conseil général. L'homosexualité peut éventuellement, selon eux, justifier un refus d'agrément que si elle s'accompagne d'un « comportement préjudiciable à l'intérêt de l'enfant ». Or il n'en est rien, car dans les deux espèces ci-dessus, les rapports des médecins et des psychologues font état « des qualités humaines et éducatives certaines » des adoptants et qu'il n'y avait aucun risque de « détournement de l'adoption ». Les tribunaux administratifs appliquent donc à la lettre

²⁰⁴ Réf. la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966. Cette loi reconnaît en effet l'aptitude à l'adoption à des personnes célibataires, homme ou femme tout en restant muette sur l'orientation sexuelle de l'adoptant. Une personne célibataire homosexuelle peut donc accéder à l'adoption.

²⁰⁵ En droit français, le droit de toute personne à mener la vie sexuelle de son choix est une composante fondamentale du droit au respect à la vie privée, garantie par l'article 9 du Code civil qui prévoit : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

l'article 343-1 du Code civil introduit par la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 qui prévoit expressément l'aptitude à l'adoption à des personnes célibataires, homme ou femme, tout en restant muets sur l'orientation sexuelle. Ils annulent ainsi les refus d'agrément prononcés à l'égard des personnes célibataires homosexuelles et se prononcent finalement dans un sens favorable à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

Malheureusement, cette position est récusée par le Conseil d'Etat. En confirmant les refus d'agrément il ferme le projet de constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

B - La position du Conseil d'État : la confirmation des refus d'agrément, une fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

87. Les deux décisions du tribunal administratif précitées ont fait l'objet d'un recours en appel de la part du département de la Seine et du Jura. Dans ce contexte le Conseil d'Etat s'est positionné sur la légalité du refus d'agrément prononcé à l'égard des personnes célibataires homosexuelles. Le département de la Seine a fait appel de la décision du tribunal administratif²⁰⁶ favorable à M. Fretté. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt rendu le 9 octobre 1996²⁰⁷, se prononce pour la première fois sur la légalité du refus d'agrément opposé à une personne célibataire homosexuelle. Il annule le jugement du tribunal administratif de Paris.

Le Conseil d'Etat rejette, d'abord la demande d'agrément aux fins d'adoption de M. Fretté *« au motif que si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant »*, pour conclure ensuite qu'*« il ressort des pièces du dossier »*, *« que celui-ci, eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines ne présentait pas de garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté »*.

88. Le Conseil d'Etat confirme définitivement sa position adoptée dans cet arrêt par un autre arrêt rendu le 5 juin 2002²⁰⁸ pour entériner définitivement sa jurisprudence concernant les refus

²⁰⁶ TA Paris, 25 janvier 1995, *D.* 1995, II, 647, note D. BOULANGER, *LPA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J-Y PLOUVIN, précité.

²⁰⁷ CE, 9 octobre 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette*, *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. MAUGUE ; *D.* 1997, jur. p. 117, note P. MALAURIE ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLO (sous la direction de), PUF, coll. « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150, précité.

²⁰⁸ CE, 5 juin 2002, n° 230533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

d'agrément opposés aux personnes célibataires homosexuelles. Le Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi de Mlle E.B²⁰⁹ et confirmé le jugement de la Cour administrative d'appel de Nancy²¹⁰. Il considère, d'abord, que l'autorité peut rechercher si la personne candidate à l'adoption peut offrir dans sa famille ou son entourage une image ou un référent paternel. Surtout, le Conseil d'Etat admet que si la personne célibataire, « *auteur de la demande, vit une relation stable avec une autre personne, qui sera nécessairement appelée à contribuer à l'accueil de l'enfant* », l'administration compétente peut « *même dans le cas où cette relation ne se traduit pas par un lien juridique* », vérifier que le comportement et la personnalité de ce tiers, appréciés en fonction de considérations objectives « *sont de nature à favoriser un tel accueil* ».

89. Le Conseil d'Etat considère que les deux motifs opposés à Mlle E.B par le président du Conseil général du Jura pour lui refuser l'agrément à savoir « *le défaut de "repères identificatoires" dû à l'absence d'image ou de référent paternel et à l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer par rapport à l'enfant accueilli* » ne pouvaient pas être constitutifs d'une erreur de droit fondée sur « *ses conditions de vie* », à savoir son homosexualité, dans la mesure où ces motifs ne correspondent pas aux conditions d'accueil sur les plans familial, éducatif et psychologique nécessaire aux besoins et à l'intérêt de l'enfant adopté. En conséquence ces deux motifs pouvaient légitimement fonder le refus d'agrément opposé à Mlle E.B²¹¹. Il ajoute, en effet, qu'« *en mentionnant ses "conditions de vie" pour justifier la légalité du refus d'agrément* », « *il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que Mlle E.B était à l'époque de l'instruction de sa demande, engagée dans une relation homosexuelle stable* ». Le Conseil d'Etat conclut en estimant que « *cette relation devait être prise en considération au regard des besoins et de l'intérêt d'un enfant adopté* ».

²⁰⁹ Le Conseil d'Etat aurait pu considérer que le fait de confier un enfant à une femme quelle qu'elle soit heurte moins les habitudes. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

²¹⁰ CAA Nancy, 21 déc. 2000, *D.* 2001, p. 1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA : cet arrêt avait infirmé le jugement rendu par le Tribunal administratif de Besançon le 24 février 2000 (TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *RDA* 2000 n° 51, p. 14, *Dr. fam.* 2000, chron. 8, « La famille homosexuelle par adoption ? », note P. MURAT précité.) en reprenant à l'identique le considérant du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 : « *qu'il ressort des pièces du dossier* », « *que celle-ci, eu égard à ces conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines ne présentait pas de garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* ». La Cour administrative de Nancy a ainsi considéré, comme le Conseil d'Etat, que le président du Conseil général du Jura ne se fonde pas sur « *les conditions de vie* », sous entendu, l'homosexualité en tant que tel de Mlle E.B mais sur le risque encouru par l'enfant à cause de ce « *mode de vie* » et les conséquences de la relation homosexuelle sur les besoins et l'intérêt de l'enfant. Ce sont donc les faits du dossier en l'espèce et non l'homosexualité qui sont pris en considération par le juge pour apprécier le refus d'adopter. La Cour administrative d'appel de Nancy conclut que le président du Conseil général du Jura a objectivement et raisonnablement refusé l'agrément à Mlle E.B dans la mesure où il y avait un risque pour l'enfant fondé sur « *les conditions de vie* » de l'adoptante.

²¹¹ Ce même raisonnement a conduit à refuser les agréments demandés par les témoins de Jéhovah : ce n'est pas l'appartenance à cette confession qui motive ces refus mais les risques que représentent pour la santé de l'enfant les préceptes de cette confession, singulièrement l'opposition à toute transfusion sanguine. V. CE 24 avril 1992, *Département du Doubs*, *RDSS*, 1992, concl. HUBERT, p. 712 ; *D.* 1993, p. 235, note I. ROUVIERE-PERRIER.

90. Dans ces deux espèces le Conseil d'Etat estime que le président du Conseil général et les services sociaux ne se sont pas directement fondés sur l'homosexualité, ce qui aurait constitué non seulement une erreur de droit - donc, une discrimination fondée sur la seule orientation sexuelle - mais sur une appréciation des faits, c'est-à-dire l'appréciation des garanties offertes pour l'accueil de l'enfant. En d'autres termes, selon le Conseil d'Etat, les autorités administratives ne portent pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale prévu à la fois en droit français et en droit européen et elles ne commettent pas de discrimination dans la mesure où le refus est pris au nom de l'intérêt de l'enfant.

91. Le Conseil d'Etat élude dans ces deux affaires la question de l'homosexualité pour refuser l'accès à l'adoption. Il ne prend pas expressément en considération l'orientation sexuelle pour motiver le refus d'agrément, car il est conscient qu'il court le risque d'être désavoué devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il considère alors que l'orientation sexuelle ne rentre pas en ligne de compte et que dans les faits le dossier ne permet pas l'adoption. Le Conseil d'Etat évite donc le débat en se fondant sur les faits et non sur la discrimination. Cette position est logique puisqu'il ne peut donner raison au juge du fond, ce qui conduirait ce dernier à prendre position sur un débat de société qui n'aurait pas été tranché par le parlement. Cette attitude le conduit à adopter un point de vue indirectement conservateur dans la mesure où la réalité de la prise en considération de l'orientation sexuelle est bien présente et par suite constitutive d'une discrimination.

92. Effectivement, on peut légitimement s'interroger sur le critère légal utilisé par le président du Conseil général à savoir une « *absence d'image paternelle* » ou « *d'image maternelle* » afin de justifier par suite le refus d'agrément du célibataire²¹². C'est donc bien indirectement, mais certainement la circonstance de l'homosexualité du demandeur, et non sa seule qualité de célibataire, qui est le fondement du refus. À la différence du célibataire hétérosexuel pour qui la carence de référent à l'autre sexe est appréciée *in concreto*, pour le célibataire homosexuel elle est appréciée *in abstracto* : l'homosexualité impliquant en elle-même cette absence de référence. Au soutien de cette distinction, un magistrat avance ainsi que dans le cas d'un parent célibataire hétérosexuel le père ou la mère est simplement « *absent* », alors que dans le cas où il est homosexuel, *a fortiori* s'il vit en couple, l'autre parent de sexe différent serait « *nié* »²¹³.

²¹² Explicitement dans ce sens, Réf. les conclusions de la commissaire du Gouvernement M. HEERS ss. CAA Paris, 3e Ch., 26 janvier 1999 (deux arrêts), op. cit. : Le magistrat déduit en effet « *la position radicale [du Conseil d'État] sur l'homosexualité de personnes dont il reconnaît par ailleurs les qualités personnelles [...]* », de l'exigence actuelle « *qu'on [n'] occulte pas [à l'enfant] l'image des deux sexes et les fonctions respectives du père et de la mère* ».

²¹³ Réf. Les conclusions du commissaire du Gouvernement BARDE en préalable au jugement du TA de Besançon, 24 février 2000, *DA* mars 2000, n°51, p. 14 : cette affirmation est présentée comme un argument, alors même qu'aucun élément tangible n'est soulevé pour l'étayer.

93. Le fait, pour le Conseil d'Etat, de juger insuffisantes ces garanties, alors que sont relevées les qualités de la personne célibataire adoptante, c'est bien *son mode de vie*, trop singulier pour être rassurant, qui est ainsi mis en exergue : la personne célibataire homosexuelle est jugée apte à adopter un enfant, mais sa situation particulière, le contexte dans lequel elle vit, en un mot son homosexualité, est analysée comme incompatible avec ce projet de famille monoparentale homosexuelle. Derrière cette motivation du Conseil d'Etat, c'est clairement cette qualité de célibataire homosexuel qui - par les *conditions de vie* qu'elle implique, les choix qu'elle suppose, les interrogations ou rejet qu'elle suscite encore - est considérée comme source de risque pour l'enfant adopté.

94. La position du Conseil d'Etat rejoint ainsi celle des services sociaux et du président du Conseil général pour lesquels il est dans l'intérêt de l'enfant de se référer à un père et une mère différenciés, c'est-à-dire à un modèle d'altérité sexuelle²¹⁴, nécessaire à son épanouissement physique et moral. L'homosexualité constituerait ainsi, le seul obstacle rédhibitoire à l'octroi de l'agrément et ce, quels que soient par ailleurs les mérites du candidat à lui donner, par exemple des conditions affectives et matérielles de son plein épanouissement. S'il en est ainsi, c'est bien parce qu'elle est jugée comme inconciliable avec la finalité qui inspire toute l'institution de l'adoption : *l'intérêt supérieur de l'enfant*. La position du Conseil d'Etat conduit donc à fermer toute possibilité à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption même si l'article 343-1 alinéa 1 offre cette possibilité sans référence à l'orientation sexuelle²¹⁵.

Le Conseil d'Etat n'est pas le seul à prendre en considération l'homosexualité pour refuser la constitution de la famille monoparentale homosexuelle. Les juridictions judiciaires font de même quand il s'agit d'attribuer des droits parentaux à un parent homosexuel à la suite d'une séparation ou d'un divorce. Elles sont en général hostiles à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

§ 2 - Une jurisprudence judiciaire mitigée à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

95. La question de la famille monoparentale homosexuelle s'est posée dans la jurisprudence judiciaire à la suite de la désunion c'est-à-dire d'un divorce ou encore la fin d'un concubinage d'un

²¹⁴ Pour de plus amples détails sur cette notion de « modèle d'altérité sexuelle », V. C. BURGON, *La construction d'un ordre public sexuel*, Thèse dactyl., Université de Bourgogne, 2008, p. 443 et s.

²¹⁵ Le jugement du Conseil d'Etat porte inéluctablement atteinte au principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme. Une constatation que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaîtra à partir de 2008.

couple hétérosexuel pour cause d'homosexualité²¹⁶ avérée de l'un des parents. La jurisprudence judiciaire française a en effet eu l'occasion de se prononcer sur l'exercice des droits parentaux par le parent devenu homosexuel. C'est uniquement dans ce contexte que l'homosexualité de l'un a officiellement soulevé des difficultés s'agissant de l'existence ou de l'exercice des droits parentaux²¹⁷.

96. Il ressort de la pratique de la jurisprudence judiciaire française que l'homosexualité n'est pas un obstacle à l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale²¹⁸ suite à un divorce ou une séparation. L'homosexualité du parent n'est pas un motif de refus à l'attribution de l'exercice de l'autorité du parent concerné. En d'autres termes, l'homosexualité est transparente en matière d'exercice de l'autorité parentale au sein d'une famille monoparentale (A). C'est également dans le cadre de séparation de couples pour cause d'homosexualité avérée de l'un des parents, que la jurisprudence judiciaire a dû trancher sur la question de savoir si les aspirations sexuelles du parent homosexuel ont un impact sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. L'homosexualité a dans ce cas une incidence sur les modalités concrètes de l'exercice de l'autorité parentale. L'orientation sexuelle sera en effet souvent un motif de refus en ce qui concerne le choix de la résidence habituelle et l'organisation du droit de visite et/ou d'hébergement. Ces droits seront, en raison de l'homosexualité du parent, limités ou encore refusés, et attribués ainsi au parent hétérosexuel. Le juge judiciaire semble d'une manière générale souvent plus réticent à placer l'enfant dans un foyer où il sera en présence d'un couple de même sexe et privilégiera le foyer hétérosexuel présenté par l'autre parent. Dans ce cas de figure, la famille monoparentale homosexuelle est limitée dans la mesure où les modalités d'exercices de l'autorité parentale sont compromises par l'orientation sexuelle du parent (B).

²¹⁶ L'homosexualité d'un conjoint peut justifier la rupture d'un mariage. Elle est ainsi susceptible de constituer une cause de nullité du mariage, l'erreur sur l'orientation sexuelle de l'époux pouvant être analysée comme une erreur sur une qualité essentielle de la personne, au sens de l'article 180 alinéa 2 du Code civil. Ce vice du consentement entacherait alors le mariage d'une nullité relative. Toutefois, l'homosexualité apparaît surtout dans le contentieux du divorce pour faute. V. En ce sens, A. GOURON, « Juge de la famille et homosexualité », *Dr. fam.*, n° 1, 2002, p.4. L'entretien par l'un des époux d'une relation homosexuelle constitue à cet égard une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage. Il s'agit en effet d'un manquement à l'obligation de fidélité édictée par l'article 212 du Code civil, manquement que l'on peut qualifier d'adultère, bien que les juridictions saisies semblent réticentes à employer ce terme. Le qualificatif retenu est alors celui de comportement injurieux envers le conjoint. Les deux qualificatifs sont envisageables de même le manquement à l'obligation de loyauté dégagée par la jurisprudence lorsqu'il y a dissimulation d'une homosexualité connue avant le mariage. V. P. COURBE, *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2001, n° 355.

²¹⁷ S'agissant de l'homosexualité de l'un des parents, cette circonstance était à l'origine de nombreuses restrictions et limitations des droits du parent concerné. Pour une analyse détaillée de l'évolution historique de cette restriction dans la jurisprudence : V. T. FORMOND, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, Thèse Université de Paris X-Nanterre, 2002.

²¹⁸ V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. L'autorité parentale.

A - La transparence de l'homosexualité dans l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale

97. Parmi les différentes formes d'homoparentalité²¹⁹, la recomposition familiale qui fait suite à l'échec d'une précédente union est actuellement la plus courante. C'est dans ce contexte que s'est posée la question de l'incidence de l'homosexualité de l'un des parents sur le partage de l'autorité parentale lors de la séparation²²⁰. L'exercice conjoint de l'autorité parentale consacré par la loi du 4 mars 2002²²¹ est automatiquement appliqué après la rupture du couple, quelle que soit la cause du divorce ou de la séparation. L'homosexualité est donc sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale, car le principal objectif pour le législateur français en matière d'exercice de l'autorité parentale est la coparentalité²²², c'est-à-dire que chacun des parents maintient des relations personnelles avec l'enfant et respecte les liens de celui-ci avec l'autre parent. En conséquence, le système de la coparentalité instaure, à l'usage des parents séparés, une charte de bonnes mœurs, car elle impose que rien ne change, et ceci au nom de l'intérêt de l'enfant, lorsque le couple se sépare, même si un des deux parents est devenu homosexuel.

98. Ainsi, qu'ils soient mariés ou non, séparés légalement ou non, les deux parents biologiques, dont l'un est désormais engagé dans une relation homosexuelle, exerceront en commun

²¹⁹ Le terme homoparentalité aurait été inventé en 1996 par l'association de parents homosexuels, l'association de parents ou futurs parents gays ou lesbiens (APGL). Pour l'APGL, le terme est envisagé plus largement puisque l'homoparentalité désignerait : « *Toutes les situations familiales dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-désigne comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant* ».

²²⁰ Le droit actuel concernant l'exercice de l'autorité parentale est la transcription juridique d'un objectif : assurer dans l'intérêt de l'enfant une stabilité et une sécurité des liens qui l'unissent à ses deux parents, dans une société où l'augmentation des séparations au sein des couples et la diminution de l'engagement matrimonial accentuent au contraire les risques de dislocation des liens familiaux. La sociologue I. THÉRY dans son rapport, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, démontre clairement que deux logiques inverses régissent les relations de couple et les relations entre ces couples et leurs enfants : si les relations de couple répondent de plus en plus à un idéal électif, le lien de filiation est au contraire devenu inconditionnel et indissoluble. Il a fallu concilier « cet idéal contractuel de l'amour électif », par essence fragile, avec cette indissolubilité du lien parent-enfant. En contre partie à la liberté du couple est apparue l'exigence que les parents maintiennent leurs responsabilités à l'égard de l'enfant. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. Odile Jacob, La Documentation française, p. 194.

²²¹ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. C'est avec cette loi que l'égalité des père et mère en la matière a finalement triomphé définitivement. En effet, il est désormais explicitement énoncé dans l'article 372 du Code civil que : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité* ». Un texte applicable à tous les parents : mariés, vivant maritalement, divorcés ou encore séparés. Et l'article 373-2-1, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit également que le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents « *si l'intérêt de l'enfant le commande* ».

²²² Le terme a fait son apparition dans l'édition de 2003 du Larousse : « *exercice de l'autorité parentale partagée entre le père et la mère* ». Auparavant, il s'agissait plus de « *maintien du couple parental au-delà de la désunion du couple conjugal*. V. F. VAUVILLE, « *Du principe de coparentalité* », *LPA*, 18 octobre 2002, n° 209, p.4. La nécessité d'affirmer le principe de coparentalité a surtout constitué une des idées dominantes du rapport de Mme F. DEKEUWER-DEFOSSEZ qui écrivait : « *Face à la multiplication des naissances hors mariage et des séparations, il paraît essentiel de réaffirmer le principe de coparentalité, quelles que soient les circonstances de la vie familiale. A cette fin, il convient de reconstruire les règles de l'autorité parentale à partir du couple parental et d'assurer le respect de la mission qui appartient aux père et mère* ». Autrement dit, le principe de coparentalité, « *c'est l'idée selon laquelle il est dans l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage, comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni* ». *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, rapport au garde des Sceaux, Ministre de la justice, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, La Documentation française, 1999, page 77.

l'autorité parentale. Juridiquement, l'homosexualité est en elle-même insuffisante pour retirer au parent homosexuel l'exercice de l'autorité parentale. Autrement dit, dans la logique de la coparentalité, ce qui compte, c'est l'exercice juridique de la parenté. Dès que celle-ci est double, dès qu'il y a deux parents, l'exercice de l'autorité parentale doit être commun²²³. Par conséquent, cette logique impose que rien ne change si les parents se séparent, même si l'un d'eux s'avère homosexuel. L'homosexualité de l'un des parents ne fait donc pas obstacle au principe théorique, aujourd'hui bien établi, de l'exercice commun de l'autorité parentale par les deux parents²²⁴. Une étude plus exhaustive démontre d'ailleurs que l'exercice commun de l'autorité parentale semble être retenu de façon quasi systématique²²⁵.

99. En d'autres termes, la parenté dure toujours et un parent, bien qu'homosexuel, reste parent. Ainsi le divorce ou la séparation ne doit pas avoir d'effet sur l'exercice commun de l'autorité parentale. Certes, quelques décisions ont néanmoins privé le parent homosexuel de l'exercice de l'autorité parentale, attribuant celle-ci exclusivement à l'autre parent²²⁶, en se fondant exclusivement sur son orientation sexuelle de nature à perturber gravement l'équilibre

²²³ Selon G. CORNU : « La coparentalité suppose la biparenté », in Droit civil, *La famille*, 9^e éd., 2006.

²²⁴ Néanmoins, l'homosexualité du parent n'est pas un élément neutre en matière d'exercice de l'autorité parentale. Lorsque l'homosexualité du parent est soulevée, elle tient une place considérable dans les attendus des décisions. L'attribution de l'exercice de l'autorité parentale va dépendre, dans ce cas, de l'appréciation faite de l'homosexualité et de la compatibilité de l'homosexualité au regard de l'intérêt de l'enfant. Cette appréciation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. V. Cass. 2^e civ., 14 novembre 1975, Bull. civ., II, n^o 291, p. 234 ; Cass. 2^e civ., 15 avril 1981, *Gaz. pal.* 1982, 2, 583 note VIATTE ; CA Aix, 30 mai 1995, *JCP* 1996, II, 22566. Ces derniers motivent leur jugement *in concreto*. Les juges peuvent, « si l'intérêt de l'enfant le commande, confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents » (Article 373-2-1 du Code civil). En d'autres termes, il ne suffit pas alors de prouver que l'intérêt de l'enfant est de vivre avec un seul de ses parents, il faut démontrer en quoi l'attitude de l'autre empêche le recours à cette modalité conjointe d'exercice de l'autorité parentale. L'intérêt de l'enfant s'apprécie surtout au regard des faits de l'espèce. Lorsque le parent est homosexuel, le juge va simplement s'assurer que l'orientation sexuelle du parent n'empêche pas l'exercice de l'autorité parentale et qu'elle n'est pas de nature à mettre en danger l'enfant. Plusieurs décisions illustrent cette tendance : V. par exemple : CA Pau, 25 avril 1991, *Juris-Data* n^o 1991-040734 ; CA Nîmes, 24 septembre 1992, *Juris-Data* n^o 030213. V. aussi dans ce sens : CA Anger, 25 juillet 1995, *Juris-Data* n^o 050122 ; CA Paris, 8 septembre 1984, *Juris-Data* n^o 027450. Les Cours d'Appel d'Angers et de Paris ont, dans ces cas d'espèce, jugé qu'un parent ne pouvait être privé d'exercer l'autorité parentale sur son enfant en raison de son homosexualité ; Cass. 1^{er} civ., 9 mars 1994, n^o 92-16774. Dans toutes ces espèces, le juge fait bien une appréciation *in concreto* de l'homosexualité. Le juge s'appuie uniquement sur les enquêtes sociales lui permettant d'apprécier si l'homosexualité du parent présente des risques de perturbations psychologiques pour l'enfant. Ce n'est donc qu'en cas de preuve que l'homosexualité présente un réel danger pour l'intérêt de l'enfant que le juge refusera l'exercice de l'autorité parentale à ce parent. Il convient même à cet égard de noter, d'une part, que lorsque l'exercice unilatéral est prononcé au détriment du parent homosexuel, ce sont d'avantage d'autres éléments que l'homosexualité elle-même qui en sont en cause tels un comportement violent envers la mère. V. CA Paris, 16 septembre 1991, *Juris-Data* n^o 1991-023123. D'autre part, que l'autorité parentale est parfois confiée, dans l'intérêt de l'enfant exclusivement à celui des parents qui est engagé dans une relation homosexuelle. V. CA Rennes, 27 septembre 1989, *Juris-Data* n^o 1989-048660.

²²⁵ A. GOURON, étude précitée. Selon cette étude sur 34 arrêts considérés plus de 70% (24 arrêts) prononcent l'exercice conjoint, huit arrêts attribuent l'exercice exclusif de l'autorité parentale au parent hétérosexuel et deux l'attribuent au parent homosexuel. L'exercice conjoint est aujourd'hui retenu dans plus de 90% des cas. H. FULCHIRON, (dir.) *la mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale*, Rapport pour le ministère de la Justice, 1997.

²²⁶ L'exercice unilatéral de l'autorité parentale par l'un des parents ne prive cependant pas l'autre de tout droit vis-à-vis de l'enfant : il possède un droit et devoir de surveillance qui lui permet, en étant informé des choix importants relatifs à la vie de l'enfant, se saisir le juge s'il désapprouve la décision de l'autre parent. Il a également sauf motif grave, un droit de visite et d'hébergement. (Article 373-2-1 du Code civil).

psychologique de l'enfant²²⁷. Mais, il faut surtout noter que ces décisions ont été prises antérieurement à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 décembre 1999²²⁸ *Salgueiro Da Silva Mouta c./Portugal*. Dans cet arrêt rendu à l'unanimité, la Cour a jugé que la décision qui refuse de conférer l'autorité parentale à un parent du fait de son homosexualité et de sa vie en couple²²⁹ constitue une différence de traitement injustifiée fondée sur l'orientation sexuelle, constitutive d'une discrimination au sens du principe de la non-discrimination prévue à l'article 14 de la Convention²³⁰.

La Cour a en effet conclu qu'il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants :

Le requérant reproche à la cour d'appel de Lisbonne d'avoir attribué à son ex-épouse, plutôt qu'à lui-même, l'autorité parentale sur leur fille M., se fondant exclusivement sur son orientation sexuelle. Il y voit une violation de l'article 8 de la Convention (...) combiné avec l'article 14. La Cour rappelle en premier lieu que dans la jouissance des droits et des libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf de manière justifiée et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables²³¹. Il convient de déterminer si le requérant peut se plaindre d'une telle différence de traitement et, dans l'affirmative, si celle-ci est justifiée. La Cour observe en second lieu que pour annuler la décision du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne et, par conséquent conférer l'autorité parentale à la mère au détriment du

²²⁷ L'analyse de la jurisprudence met, en effet, en évidence que dans les années quatre-vingts et quatre-vingt dix, certains étaient encore réticents à reconnaître pleinement les droits parentaux du parent homosexuel. V. par exemple : CA Paris, 16 mars 1984, Juris-Data n° 1984-0222604 ; CA Grenoble, 20 juillet 1988, Juris-Data n°1988-044724 ; CA Rennes, 27 septembre 1989, Juris-Data n° 1989-048660 ; CA Paris, 16 septembre 1991, Juris-Data n°1991-023123 ; CA Bordeaux, 31 mars 1993, Juris-Data n°1993-040635. Pour refuser l'exercice conjoint de l'autorité parentale au parent homosexuel, ces différentes juridictions s'étaient d'abord toutes officiellement fondées sur cette notion-standard qui gouverne le droit de la famille, à savoir l'intérêt de l'enfant. Elles ont ensuite considéré que l'homosexualité du parent était systématiquement une source de perturbation pour son enfant et que dès lors que le parent hétérosexuel présentait des garanties suffisantes, il devait nécessairement lui être préféré. Enfin, les juges, dans ces cas d'espèces, ont fait une appréciation *in abstracto* de l'homosexualité. En d'autres termes, ils se sont fondés exclusivement sur l'orientation sexuelle du parent pour lui refuser l'exercice conjoint de l'autorité parentale, faisant ainsi une stricte application du principe d'égalité tel que compris alors dans son sens classique.

²²⁸ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n°33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n°11, chron. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. Fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

²²⁹ Dans cette affaire, le juge européen précise que le fait pour une juridiction de retirer à un père le droit de garde partagée au seul motif de son orientation est une immixtion dans le droit au respect de la vie de famille. Selon les termes de la Cour, une telle décision : « (...) s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, de sorte que la situation litigieuse relève de l'article 8 ». En effet, il ressort de la jurisprudence des organes de la Convention que cette disposition s'applique aux décisions d'attribution de la garde d'un enfant à un des parents après divorce ou séparation. V. CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, req. n° 12875/87, série A n° 255-C, p.58, § 29 : Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale doit pouvoir avoir des contacts réguliers avec l'enfant sauf cas exceptionnel au regard de l'intérêt de ce dernier. V. Aussi dans le même sens : *Irlen c/ Allemagne*, req. n° 12246/86, décision de la Commission du 13 juillet 1987.

²³⁰ L'orientation homosexuelle est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif. V. CEDH, 8 juin 1976, série A n° 22, pp.30-31, §72.

²³¹ CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*, req. n° 12875/87, série A n° 255-C, p.58, § 31.

père, la Cour d'appel a introduit un élément nouveau : le fait que le requérant était homosexuel et qu'il vivait avec un autre homme. La Cour déduit enfin que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante sur la décision finale. Dès lors la Cour ne peut conclure un manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire l'absence d'un but légitime et l'inexistence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé²³². Partant ainsi, il y a bien eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.

100. C'est cette motivation qui entraînera la condamnation du Portugal devant la CEDH. Même si la décision poursuivait un but légitime à savoir protéger la santé et les droits de l'enfant, l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale et par suite l'exigence de proportionnalité n'a pas été remplie, justifiant ainsi la condamnation. L'homosexualité d'un parent ne peut être prise en considération dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant que de manière concrète et motivée. Autrement dit, la Cour européenne des droits de l'homme refuse que les Etats jugent de manière générale et abstraite qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de vivre avec son parent homosexuel. L'intérêt de l'enfant qui, selon la jurisprudence européenne²³³, est déterminante en matière d'attribution des droits parentaux doit, au regard de l'homosexualité de son parent, nécessairement s'apprécier *in concreto*. Dès lors, le droit français se conforme au droit de la CEDH de ne pas faire de l'homosexualité une incapacité à exercer la coparentalité. L'exercice des droits parentaux n'est finalement pas conditionné par le choix de l'orientation sexuelle. Seul un comportement préjudiciable à la santé de l'enfant, qu'il soit ou non en relation avec ce choix, peut justifier la privation de ces droits²³⁴.

Néanmoins, l'homosexualité a une incidence sur les modalités concrètes de l'exercice de l'autorité parentale. L'orientation sexuelle est un motif avancé par le juge judiciaire pour refuser la fixation de la résidence de l'enfant, un droit de visite et/ou d'hébergement au parent homosexuel rendant ainsi la constitution de la famille monoparentale homosexuelle difficile à mettre en œuvre.

²³² CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, req. n° 13580/88, série A n°291-B, pp. 32-33, §24.

²³³ V. CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c/ Belgique*, série A, n°31. L'Etat doit depuis l'arrêt *Marckx* permettre le développement normal des apports entre un enfant et les membres de sa famille. Est ainsi mise à la charge de l'Etat une obligation positive de prendre des mesures propres à rendre effectif le droit de visite des parents. CEDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c/ Finlande*, série A, n° 226-A. ; CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie*, req. n° 31679/96, § 94. L'Etat peut prendre des mesures de placement ou organiser le droit de garde, mais s'il dispose d'une large marge d'appréciation, il doit cependant respecter une exigence de proportionnalité.

²³⁴ Le Professeur F. SUDRE énonce par exemple que : « *on se félicitera que le juge européen affirme que la Convention s'oppose à l'exclusion par principe d'une personne de ses droits familiaux en raison de ses orientations sexuelles* », F. SUDRE, in *JCP G* 2000, I, 2003, n° 11.

B - L'incidence de l'homosexualité sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale

101. Il ressort de la jurisprudence judiciaire que l'homosexualité a une incidence sur les modalités concrètes de l'exercice de l'autorité parentale. L'orientation sexuelle sera en effet souvent un motif de refus en ce qui concerne le choix de la résidence habituelle et l'organisation du droit de visite et/ou d'hébergement. Ces droits parentaux seront, en raison de l'homosexualité du parent, limités ou encore refusés, et attribués ainsi au parent hétérosexuel. La famille monoparentale homosexuelle dans ce cas de figure est difficile à envisager et donc à constituer.

102. La question de la résidence de l'enfant ne se pose que dans les cas où les parents divorcés se sont vus attribuer l'autorité parentale conjointe, car si l'autorité parentale est unilatérale la résidence sera de fait fixée chez le parent titulaire. Suite au divorce, l'exercice de l'autorité parentale ne pouvant être confiée par le juge à l'un des deux parents que « *si l'intérêt de l'enfant le commande* », une partie importante du contentieux en la matière s'est de fait déplacée sur la fixation de la résidence de l'enfant. L'enjeu étant la présence de l'enfant auprès de soi, la situation du parent homosexuel n'a pas échappé à ce glissement. Un traitement moins favorable existe cependant dans le cas où il faut alors déterminer chez lequel des deux parents résidera l'enfant. L'homosexualité apparaît toujours dans ce cas comme un élément de circonstance décisif. Certaines décisions refusent de fixer la résidence chez ce parent en considérant que l'orientation sexuelle du parent ou sa vie en couple est en soi incompatible avec l'intérêt d'un enfant. C'est le cas par exemple de la Cour d'appel de Bordeaux qui fixe la résidence chez le père en estimant, non sans paradoxe, que « *hors de tout jugement moral, il convient de tenir compte de l'intérêt des enfants, pour lesquels il est important de continuer à vivre chez le père qui vit seul et dont le mode de vie est plus structurant alors que la mère a formé un couple avec une autre femme* »²³⁵.

103. Cela étant, ce type de motivation aurait tendance à se rencontrer plus rarement en pratique²³⁶. Cette orientation sexuelle est plus généralement considérée, non pas comme nécessairement et irrémédiablement rédhibitoire, mais assurément comme une circonstance a priori défavorable, propre à désavantager le parent concerné quant à l'appréciation de sa capacité à satisfaire l'intérêt de l'enfant. Cela ressort de la démarche judiciaire quasi systématique en présence de cette circonstance, qui consiste à ordonner soit une expertise psychologique soit une enquête sociale destinée à le renseigner en particulier sur la santé psychologique, l'attitude des enfants au

²³⁵ CA Bordeaux, 6^e ch., 19 décembre 1995, Juris-Data n° 050415.

²³⁶ Ainsi, seule la Cour de Rennes avait motivé en 1989 son refus au regard de considérations générales à l'encontre de l'homosexualité telles que son immoralité et son incompatibilité avec l'exercice de l'autorité parentale (CA Rennes, 6^e ch., sect. 1, 27 septembre 1989, op. cit.)

regard de l'homosexualité du parent ou encore leur maturité. En fonction des conclusions qui lui sont rapportées, le juge acceptera ou refusera de fixer la résidence chez ce parent.

104. C'est un raisonnement identique qui est susceptible de motiver le refus de fixer de la résidence chez le parent compte tenu de son orientation sexuelle : la résidence est fixée chez le père, alors même que l'autorité parentale conjointe avait été reconnue à la mère lesbienne, « *dès lors qu'il ressort du rapport de l'expert que les enfants supportent mal la nouvelle "vie de couple" de leur mère, qu'ils se trouvent confrontés à des problèmes d'identification, que l'exiguïté du logement de leur mère gênant l'intimité de cette dernière avec sa nouvelle compagne ne peut avoir que des conséquences négatives sur l'évolution des enfants [...]* »²³⁷. De même la Cour d'appel de Paris a jugé que « *la résidence de l'enfant doit être maintenue chez la mère* » malgré l'attachement du père pour l'enfant et ses qualités éducatives, « *en tenant compte notamment de la réaction de rejet et de dégoût de l'enfant vis-à-vis de son père qu'elle considère comme anormal en raison de son homosexualité* »²³⁸. D'un autre côté, à la condition qu'il soit établi qu'en l'espèce cette circonstance n'a pas d'incidences négatives particulières sur la santé et l'équilibre des enfants, la fixation de la résidence peut être envisagée. Ainsi, lorsque la Cour d'appel de Paris décide que la résidence habituelle des enfants soit fixée chez leur père dont « *l'homosexualité déclarée* » et la cohabitation avec son ami « *ne suffisent pas à remettre en question sa capacité d'autorité parentale et d'accueil chez lui* », ce n'est pas indifféremment à l'orientation sexuelle. C'est au contraire que « *dès lors que les enfants ne sont ni fragiles, ni malmenés ni en butte à la violence, qu'ils ont été préparés à leur nouveau mode de vie par le père et qu'ils font preuve de maturité et de discernement* »²³⁹.

105. Si dans une fratrie la résidence habituelle du garçon peut être fixée chez le père « *malgré son homosexualité* », c'est non seulement « *conformément au désir clairement exprimé par l'enfant* », mais également à la suite d'une enquête sociale qui a pu établir les aptitudes éducatives du père, et surtout dans la perspective d'un « *suivi éducatif* » mis en place par le juge des enfants²⁴⁰. Les constatations ainsi réalisées *in concreto* sont autant d'indices de préjugés, telle la vocation traumatisante de l'homosexualité. À défaut d'une indifférence à l'orientation sexuelle homosexuelle, ce raisonnement témoigne de l'attention particulière portée par le juge à cet élément à priori défavorable. Afin d'envisager de passer outre en l'espèce, celui-ci exige de disposer d'arguments propres à contredire ses préjugés hostiles que pourront en substance lui apporter les conclusions des expertises psychologiques et des enquêtes sociales.

²³⁷ CA Rennes, 6^e ch., sect. 1, 31 octobre 1990, op. cit.

²³⁸ CA Paris, 24^e ch., sect. A, 25 novembre 1997, JurisData n° 023543.

²³⁹ CA Paris, 1^{re} ch. sect. A, 18 septembre 1997, JurisData n° 023961.

²⁴⁰ CA Paris, 1^{re} ch. sect. A, 4 novembre 1997, JurisData n° 023971.

106. Néanmoins, même après l'adoption de la loi n° 99-944 relative au Pacs²⁴¹, la jurisprudence continue à considérer que l'enfant serait mieux chez le parent hétérosexuel. Dans une décision du 6 mai 2003, la Cour d'appel de Metz souligne qu'il « *convient d'accueillir la demande de suspension du droit d'hébergement en raison, non de l'homosexualité du père, mais de son concubinage homosexuel. Ce qui peut poser problème vis-à-vis de l'équilibre et de la moralité des enfants, ce n'est pas l'homosexualité du père, mais le fait qu'il vive en couple avec un autre homme au domicile où il accueille les enfants, qui sont encore relativement jeunes et dont les repères ne sont pas définitivement acquis. Il convient donc de suspendre le droit d'hébergement jusqu'aux résultats de l'enquête sociale et de dire que le droit de visite devra s'exercer hors de la présence du concubin du père* »²⁴². La Cour d'appel de Besançon ordonne le 8 avril 2005 le transfert de la résidence habituelle de l'enfant chez le père en soulignant que « *si l'homosexualité de la mère ne peut pas à elle seule motiver la fixation de la résidence de l'enfant chez le père, il convient néanmoins de considérer que ce dernier a reconstruit une cellule familiale, qu'il est aussi disponible que la mère et qu'il est donc plus à même d'apporter à l'enfant le climat d'équilibre et de sérénité dont il a besoin pour construire sa personnalité* »²⁴³.

107. Aux termes de ces jurisprudences, le juge français témoigne d'une réticence significative à fixer la résidence de l'enfant chez le parent homosexuel. Il semble, d'une manière générale, préférer placer un enfant dans un foyer où il sera en présence d'un couple hétérosexuel représenté par l'autre parent que dans un foyer où il sera en présence d'un couple de même sexe. De toute évidence, le juge ne tient pas la liaison homosexuelle pour modèle de vie à offrir aux enfants, car, selon lui, l'homosexualité constitue un danger potentiel pour l'enfant, nécessitant des preuves médicales et sociales attestant du contraire. La jurisprudence traduit, comme le dénoncent certains auteurs, une sanction de l'homosexualité²⁴⁴ ou la traduction d'une certaine homophobie²⁴⁵.

108. Cette suspicion du juge à l'égard de l'homosexualité du parent pour fixer la résidence de l'enfant est omniprésente pour l'attribution d'un droit de visite et/ou d'hébergement à ce dernier. L'orientation sexuelle du parent est l'objet d'une attention toute particulière du juge traduisant un *à priori* défavorable de l'homosexualité. Bien que l'on ne relève pas de décision refusant en l'espèce d'attribuer un droit de visite en considération de l'homosexualité du parent (on n'aurait déjà plus osé une telle attitude exprimant trop directement le sens conservateur du principe d'égalité), et alors

²⁴¹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

²⁴² CA Metz, 6 mai 2003, JurisData : 2003-216406.

²⁴³ CA Besançon, 8 avril 2005, Juris-Data : 2005-284843.

²⁴⁴ C. MECARY, et G. DE LA PRADELLE, *Les droits des homosexuels*, PUF, 1998.

²⁴⁵ M. GROSS, *L'homosexualité*, PUF, coll « Que sais-je ? », 1^{er} éd. mai 2003 p. 33 : cet auteur relève que certains termes employés traduisent un préjugé implicite selon lequel l'homosexualité serait synonyme de pédophilie.

même qu'une jurisprudence s'y est même explicitement opposée²⁴⁶, cette circonstance demeure un critère d'appréciation quant à la reconnaissance de ce droit. Sur le modèle de ce qui a été constaté à propos de l'autorité parentale et de la fixation de la résidence, l'homosexualité est l'objet d'une attention toute particulière du juge traduisant un à priori défavorable. La position de principe peut être résumée ainsi : si un droit de visite est accordé, c'est en toute hypothèse « *malgré* » l'homosexualité du père²⁴⁷ et dans la mesure où il a pu être établi en l'espèce qu'elle ne serait pas préjudiciable aux enfants. Cette dernière exigence est constante : le droit de visite n'est accordé au père homosexuel que dans la mesure où notamment les conclusions des experts sont rassurantes ; et où des conditions sont posées à l'exercice de ce droit de visite.

109. Afin d'attribuer ce droit de visite au père malgré son homosexualité, la Cour de Douai a retenu qu'« *en ce qui concerne l'aspect moral de la conduite du père, les conditions d'exercice de son droit de visite, l'amour qu'il porte à ses enfants et la mesure d'observation ordonnée par le juge des enfants doivent apporter tout apaisement sur ce point* »²⁴⁸. Si la Cour de Nancy a accordé au père ce droit de visite et d'hébergement, ce n'est que « *dès lors que son homosexualité n'a pas "altéré" ses qualités de père, le rapport d'un psychologue attestant que ledit comportement ne pose pas actuellement de difficultés pour l'enfant* »²⁴⁹. De surcroît, si la Cour de Grenoble estime qu'« *il ne convient pas de restreindre ou même de suspendre* » le droit de visite ou d'hébergement sur l'enfant de huit ans, c'est « *compte tenu de son attitude non traumatisante ni déplacée, de la nécessité des contacts réguliers père enfant et du fait que le mode de vie choisi par le père n'est pas de nature à remettre en cause les relations père fille* »²⁵⁰. Si la Cour de Montpellier considère que « *rien ne s'oppose à ce que le père obtienne un droit de visite et d'hébergement* » sur son enfant naturel face aux allégations concernant l'homosexualité et le « *comportement douteux du père* », c'est en se référant aux conclusions de l'expert qui note que « *celui-ci porte à sa fille un amour sincère et non dévoyé et qu'aucun élément du dossier ne démontre son incapacité à assumer son rôle de père* »²⁵¹. Enfin la Cour d'appel de Bordeaux conclut que « *si aucune conséquence quant aux qualités humaines et aux qualités de mère ne peuvent être tirées de cette situation, il y a lieu de*

²⁴⁶ CA Bordeaux, 6^e Ch., 8 septembre 1987, Cahiers de Jurisp. d'Aquit., 1988-1, p. 55, n° 1913 : « *L'homosexualité ne saurait à elle seule constituer le motif grave prévu à l'article 288 C. civ. comme seule cause de refus de l'exercice du droit de visite et d'hébergement* ».

²⁴⁷ CA Douai, 7^e Ch. civ., 1^{er} décembre 1989, Jurisdata n° 052152 : « *Il convient de confirmer la décision déférée qui a accordé [au père] un droit de visite malgré son homosexualité et sa séropositivité* ». Dans le même sens : CA Grenoble, chambre des urgences, 31 janvier 1996, JurisData n° 046986 : « *Malgré l'homosexualité reconnue du père, il ne convient pas de restreindre ou même de suspendre son droit de visite et d'hébergement sur l'enfant de huit ans [...]* ».

²⁴⁸ CA Douai, 7^e Ch. civ., 1^{er} décembre 1989, op. cit.

²⁴⁹ CA Nancy, 3^e Ch., 15 mars 1994, JurisData n° 053788.

²⁵⁰ CA Grenoble, chambre des urgences, 31 janvier 1996, op. cit. On relèvera l'importance qui semble devoir être accordée au sexe de l'enfant dans la seule hypothèse de l'orientation sexuelle homosexuelle du parent, une différence des sexes semblant pour le juge préférable. À l'inverse, on ne trouve cependant aucune décision faisant état d'une préférence pour la similitude de sexe de l'enfant avec son parent lorsque celui-ci est hétérosexuel.

²⁵¹ CA Montpellier, 1^{re} ch. sect. C, 11 septembre 1997, op. cit.

*rechercher, si le jeune garçon, élevé au milieu de l'entente fusionnelle de deux femmes, ne risque pas de manquer une référence virile »*²⁵².

110. Il faut noter qu'un droit de visite ayant été accordé au père malgré son homosexualité, il se peut cependant que le droit d'hébergement lui soit refusé ou suspendu. C'est ce qu'a, par exemple, décidé la Cour d'appel de Paris en retenant le fait que « *l'enfant de neuf ans risque d'être gravement perturbé par l'homosexualité de son père et sa vie en concubinage [...] justifie la suppression du droit d'hébergement et la limitation du droit de visite* »²⁵³. Plus récemment, dans une décision du 5 février 2005, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence considère qu'il « *convient de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père, conformément à la volonté des enfants, manifestement perturbés par l'homosexualité et l'autoritarisme du père* »²⁵⁴. L'analyse de la pratique jurisprudentielle démontre ainsi que les droits de visite et d'hébergement fréquemment accordés au parent homosexuel sont judiciairement limités. A ce titre, Mme GOURON-MAZEL précise que s'agissant de l'octroi des « *droits de visite et d'hébergement, la comparaison avec le contentieux général de l'autorité parentale (divorce ou filiation naturelle) est pour le moins éloquente. Alors que dans un couple hétérosexuel, le parent qui n'a pas obtenu le bénéfice de la résidence de l'enfant se voit presque toujours accorder un droit de visite et d'hébergement dans les conditions habituelles (...) une forte majorité d'arrêts tend ici à restreindre l'exercice de ces mêmes droits au détriment du parent homosexuel* »²⁵⁵.

111. Toujours selon cette même étude, il semblerait que trois facteurs soient principalement à l'origine de ces limitations. Premièrement, il y aurait le comportement même des enfants, par exemple les « *sentiments de répulsion qu'exprime l'enfant à l'égard du parent homosexuel* »²⁵⁶ ou encore le fait que « *tout contact physique avec son père est insupportable à l'enfant qui le considère comme anormal* »²⁵⁷. Deuxièmement, le comportement même du parent homosexuel qui justifierait la décision judiciaire de limitation des droits. Il peut par exemple, s'agir d'une absence d'intérêt pour l'enfant²⁵⁸, « *de la fragilité psychologique et émotionnelle du père* »²⁵⁹ ou encore du fait que le parent homosexuel ait perturbé l'enfant lors de visites antérieures²⁶⁰. Troisièmement, l'absence

²⁵² CA Bordeaux, 6^e civ., 22 janvier 2007, n° 06/01730.

²⁵³ CA Paris, 24^e ch., sect. A, 20 mai 1996, op. cit. Dans le même sens : CA Toulouse, 1^{re} ch., 28 mars 1984, Juris-Data n° 046821 : « *En raison du traumatisme subi par l'enfant découvrant l'homosexualité du père, il convient de suspendre le droit d'hébergement de ce dernier tant qu'il s'exerce à son domicile en présence de son concubin* » ; Paris, 1^{re} ch. sect. supplémentaire, 10 mars 1987, Européenne de données n° 87-20906 : refus d'accorder un droit d'hébergement en raison notamment de la découverte par le père de ses « *penchants homosexuels* ».

²⁵⁴ CA Aix-en-Provence, 5 février 2005, JurisData n° 2004-234939.

²⁵⁵ A. GOURON, « Juge de la famille et homosexualité », *Dr. fam.* 2002, chron. 1, précité.

²⁵⁶ CA Nîmes, 19 juin 1988.

²⁵⁷ CA Paris, 25 novembre 1997.

²⁵⁸ CA Colmar, 11 octobre 1989.

²⁵⁹ CA Paris, 10 mars 1987.

²⁶⁰ CA Paris, 20 mai 1996.

d'éléments d'appréciation sur les conditions d'hébergement qui conduirait le juge à limiter les droits en question²⁶¹. Finalement, même si l'homosexualité n'est pas incompatible avec le maintien des droits parentaux, « *la prise en considération par le droit de la famille de l'homosexualité de l'un des parents (...) en tant que comportement normal ne s'est pas encore réalisée, tant s'en faut* »²⁶². Il existe une sorte de suspicion, qui si l'homosexualité ne conduit pas à priver le parent de l'exercice de l'autorité parentale, va jouer davantage dans l'organisation des modalités pratiques de celle-ci. « *Les juges se raidissent* »²⁶³ davantage lorsqu'il s'agit en effet d'envisager une communauté de vie même temporaire de l'enfant et du parent homosexuel.

112. Ce raisonnement traduit bien une résistance conservatrice du droit français à la reconnaissance de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes avant-coureurs d'une mutation déjà amorcée avant 2008. Le raisonnement effectivement adopté par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta*²⁶⁴ illustre parfaitement cette mutation véritablement enclenchée en matière d'exercice de l'autorité parentale²⁶⁵. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement refusé de reconnaître la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption. Dans son arrêt du 22 février 2002²⁶⁶, elle s'est effectivement prononcée sur la question de savoir si refuser un agrément en raison de l'orientation sexuelle de l'adoptant est constitutif d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme s'est conformée à la position du Conseil d'Etat en considérant que le refus à l'égard d'une personne célibataire en raison de son « *choix de vie* » à savoir son homosexualité n'est pas constitutif d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où la différence de traitement

²⁶¹ V. par exemple, CA Montpellier, 24 octobre 1996.

²⁶² Acte du colloque tenu à l'assemblée nationale le 22 oct. 1993, « Homosexualité, droit et liberté », *LPA*, 10 août 1994, n° 95, p. 20.

²⁶³ Expression consacrée par T. FOSSIER dans sa chronique au *JCP* 1998, I, 151.

²⁶⁴ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n°11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. Fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENoire-CORNUT, précité. Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme a démontré une tendance progressiste à reconnaître la famille monoparentale homosexuelle en matière d'exercice de l'autorité parentale qui consiste à ne pas différencier et à reconnaître un droit pour tous quelque soit l'orientation sexuelle même si une certaine résistance conservatrice est encore présente avant 2008.

²⁶⁵ Le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme adopté dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta* le 21 décembre 1999 devrait également s'appliquer aux modalités concrètes de l'exercice de l'autorité parentale. Les juges se fondent exclusivement sur l'homosexualité du parent pour lui limiter voir lui refuser la résidence et le droit de visite et/ou d'hébergement. Les juges apprécient donc *in abstracto* l'homosexualité. En d'autres termes, ils font de l'homosexualité le seul motif pour refuser la résidence, et le droit de visite et/ou d'hébergement au parent constitutive d'une discrimination au sens du principe de la non discrimination de la Cour européenne des droits de l'homme. A l'heure actuelle, la Cour européenne ne s'est pas prononcée en faveur d'une telle jurisprudence en la matière même si l'on pressent qu'elle en est intellectuellement proche.

²⁶⁶ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENoire-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE.

poursuit un but légitime : « *protéger la santé et les droits des enfants pouvant être adoptés par une procédure d'adoption* ».

Le droit européen confirme ainsi la fermeture du droit français à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle par la voie de l'adoption (Chapitre 2).

Chapitre 2 - Le droit européen confirme la fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle

« (...) Les autorités nationales (...) ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du Code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en cause ses choix personnels. Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité »²⁶⁷.

113. La Cour européenne des droits de l'homme s'est positionnée pour la première fois sur la possibilité ou non pour une personne célibataire homosexuelle de constituer une famille monoparentale à travers l'adoption comme le prévoit l'article 343-1 du Code civil à l'occasion d'un arrêt rendu le 26 février 2002²⁶⁸. Cet arrêt a été très attendu surtout par les associations de parents homosexuels qui avaient pensé que la Cour de Strasbourg condamnerait la France pour avoir refusé de délivrer un agrément à un requérant qui avait dès le début de la procédure affirmé son homosexualité. Mais la solution donnée par la Cour européenne des droits de l'homme a surtout conforté le droit français dans sa fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle sans retenir l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en tant que telle.

114. Plus précisément, l'affaire Fretté s'est terminée par une réponse négative confirmée par le Conseil d'Etat²⁶⁹. Nullement désarmé, M. Fretté décide alors de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. A cette occasion, se pose directement la question de la conformité de l'attitude des autorités administratives et du Conseil d'Etat à l'égard du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. M. Fretté demande l'annulation de la décision du Conseil d'Etat et se prévaut de son droit à l'adoption en tant que célibataire en vertu de l'article 343-1 du Code civil. Le requérant, invoque, à titre principal, devant la Cour que la décision du Conseil d'Etat procède,

²⁶⁷ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, § 42.

²⁶⁸ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

²⁶⁹ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B.

d'une part, à une ingérence arbitraire à la fois dans sa vie familiale et dans sa vie privée, en violation des articles 12 et 8 de la Convention pris isolément et, d'autre part, de l'article 14 combiné avec l'article 8. Selon lui, son refus d'agrément se fonderait exclusivement sur un à priori défavorable envers son orientation sexuelle qui le prive à un droit égal à l'adoption en vue de la constitution d'une famille monoparentale sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle. En d'autres termes, la Cour était donc amenée à se prononcer sur le point de savoir si cette différence de traitement au regard de l'adoption, en fonction de l'identité sexuelle du requérant, était ou non discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme.

115. Dans son arrêt, rendu le 26 février 2002²⁷⁰, la Cour considère que le refus d'agrément prononcé à l'égard de M. Fretté ne relève pas du champ d'application des articles 12 et 8 pris isolément au sens de la Convention. En revanche, la Cour conclut, en l'espèce, à l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention (Section 1). Mais, la Cour ne retient pas la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Elle considère, effectivement, que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de M. Fretté n'est pas discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme, car elle poursuit un but légitime à savoir l'intérêt de l'enfant.

116. La Cour a, dans le cas d'espèce, suivi les arguments des autorités françaises et du Conseil d'Etat fondés sur des critères objectifs et raisonnables à savoir l'incertitude du devenir d'un enfant élevé par un homosexuel en relevant aussi que l'absence de consensus sur cette question dans les Etats du Conseil de l'Europe, donnait aux autorités nationales un large pouvoir d'appréciation. Autrement dit, la Cour conclut que si le refus du droit d'adoption opposé à M. Fretté était effectivement dû à une distinction de traitement fondée sur son orientation sexuelle, celui-ci a pu être raisonnablement et objectivement refusé dans la mesure où l'intérêt de l'enfant prévaut sur le droit d'adoption²⁷¹. La Cour fait donc application d'un principe de précaution qui lui permet de ne pas retenir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la mesure où l'homosexualité d'un adoptant serait contraire à l'intérêt de tout enfant susceptible d'être adopté. La France échappe ainsi, de justesse, par quatre voix contre trois, à la condamnation de la Cour pour discrimination en raison de l'orientation sexuelle (Section 2).

²⁷⁰ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

²⁷¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, § 42. La position de la Cour reprend ainsi la traditionnelle définition de l'adoption donnée par le droit français à savoir : « *l'adoption réside dans le fait de donner à un enfant une famille qui n'en a pas* » pour refuser un droit d'adoption à la personne célibataire homosexuelle.

Section 1 - Les possibilités envisagées pour la constitution de la famille monoparentale homosexuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme

117. M. Fretté soutient que la décision rejetant sa demande d'agrément en vue d'une adoption constitue une ingérence arbitraire dans sa vie privée et familiale, car elle se fonde exclusivement sur un *a priori* défavorable envers son orientation sexuelle. Il invoque les articles 12 et 8 pris isolément et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon M. Fretté, ces articles consacrent des droits familiaux, notamment, un droit égal à l'adoption en vue de la constitution d'une famille, sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle de l'adoptant. La Cour ne va pas retenir les possibilités offertes par les articles 12 et 8 pris isolément de la Convention pour les appliquer dans le cas d'espèce (§1). En revanche, la Cour va conclure que le grief de M. Fretté tiré du refus d'un droit d'adoption en raison de sa seule orientation sexuelle rentre dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 8 (§2). Autrement dit, la Cour ne retient que la non-discrimination éventuelle comme possibilité d'ouverture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

§ 1 - Les possibilités offertes par la Convention non retenues

118. La Cour estime que le refus d'agrément opposé à M. Fretté ne porte pas atteinte à l'exercice de ses droits familiaux. Elle estime que le grief ne porte pas atteinte au droit de fonder une famille prévu par l'article 12 de la Convention et au droit au respect de la vie familiale prévu par l'article 8 (A). La Cour constate également que le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle ne porte pas atteinte à la manière dont M. Fretté conduit sa vie, en particulier sa vie sexuelle. La Cour conclut que le grief de M. Fretté ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 8 qui prévoit le respect au droit de la vie privée (B).

A - L'absence de violation de droits familiaux

119. Dans un premier temps, la requête de M. Fretté est analysée, sous l'angle de l'article 12 de la Convention. Cet article de la Convention renvoie aux lois nationales des Etats signataires, leur

laissant, à ce titre, une grande marge d'appréciation²⁷² en ce qui concerne les conditions d'exercice du droit au mariage et du droit de fonder une famille. En d'autres termes, l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille, obéit aux lois nationales des Etats signataires, dans la limite où celles-ci ne le restreignent pas d'une manière qui l'atteindrait dans sa substance même²⁷³. La Cour insiste sur le fait que cet article reconnaît seulement le droit pour un homme et pour une femme d'âge nubile de se marier et de fonder une famille²⁷⁴. L'article 12 ne fait ainsi que consacrer le droit de concevoir un enfant et de fonder une famille par procréation naturelle. Cet article ne consacre pas, en l'espèce, un droit d'adoption et donc la constitution d'une famille.

120. D'ailleurs, il est de jurisprudence constante que la Convention ne garantit pas en tant que tel, un droit d'adopter²⁷⁵. Cette jurisprudence a été confirmée notamment à l'occasion de l'examen d'une requête présentée par une ressortissante italienne, qui alléguait ne pas pouvoir adopter un enfant en Italie au motif qu'elle était célibataire. La Cour a rappelé dans sa décision d'irrecevabilité que « *l'article 12 de la Convention, qui reconnaît le droit pour l'homme et la femme d'âge nubile de fonder une famille, implique l'existence d'un couple et ne saurait être interprété comme incluant le droit d'adopter pour une personne célibataire* »²⁷⁶. Autrement dit, M. Fretté ne peut pas invoquer l'article 12 dans la mesure où cet article renvoie uniquement à la fondation de la famille impliquant l'existence d'un couple composé d'un homme et d'une femme. L'article 12 de la Convention ne permet pas de constituer une famille monoparentale par la voie de l'adoption. En l'espèce, M. Fretté est un homme célibataire qui souhaite fonder une famille grâce à l'adoption. Par conséquent, M. Fretté ne peut pas se prévaloir de la violation de son droit de fonder une famille monoparentale au titre de l'article 12, car ce dernier ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter.

121. Dans un second temps, M. Fretté invoque l'article 8, alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui reconnaît à toute personne un droit au respect de sa vie familiale²⁷⁷. M. Fretté soutient que l'adoption, en tant que « *vie familiale projetée* »²⁷⁸, peut tomber dans le champ d'application de l'article 8. Dès sa décision sur la recevabilité de la requête, du 12 juin 2001, la Cour n'avait pas retenu le grief du requérant tiré d'une discrimination dans l'exercice

²⁷² M. ENRICHMAS, *Article 12, in La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.E PETTITI, E. DECAUX et P.-H IMBERT, Economica, 2^e éd., 1999.

²⁷³ CEDH, 18 décembre 1987, *F. c/ Suisse*, série A n° 128, § 32.

²⁷⁴ Article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

²⁷⁵ CEDH, 10 juillet 1975, *Affaire X contre Belgique et Pays-Bas*, req. n° 6482/74, D.R 7, p. 75.

²⁷⁶ CEDH, 10 juillet 1997, *Dallila Di Lazzaro c/ Italie*, req. n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, D.R 90-A, p. 134.

²⁷⁷ L'article 8 al.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

²⁷⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, série A n°94, § 71.

du droit de fonder une famille, en s'appuyant sur une jurisprudence constante de l'ancienne Commission selon laquelle, même si l'adoption par un couple marié peut être assimilable à la fondation d'une famille au sens de l'article 12 de la Convention, cette disposition « *ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter*²⁷⁹ ».

122. Dans son arrêt principal, la Cour reprend cette même motivation, mais au titre de l'article 8 et de la « *vie familiale* » et rappelle que la protection de la vie familiale assurée par la Convention, présuppose la préexistence d'une vie familiale et ne protège pas le simple désir de constituer une famille²⁸⁰. C'est seulement si une structure familiale est reconnue comme telle au sens de la Convention que sera ainsi examinée la violation potentielle de la Convention ainsi qu'une éventuelle justification au titre de l'article 8²⁸¹. L'indétermination de la notion de vie familiale a permis d'étendre la protection accordée par la Convention à des familles qui ne seraient pas issues du mariage. Depuis l'arrêt *Marcks*²⁸², il semble que la Cour ait étendu largement les frontières de la famille, protégeant la famille légitime comme la famille naturelle, que celle-ci soit continue, effective ou intermittente²⁸³. Cette protection vise à interdire les atteintes portées à la vie familiale et va jusqu'à imposer des obligations positives aux autorités pour que les relations familiales soient maintenues ou, le cas échéant, rétablies.

123. Mais, la Cour ne permet nullement d'exiger de l'Etat qu'il donne à toute personne les moyens de fonder une famille. Cette limite est d'autant plus marquée lorsqu'il s'agit de « *familles électives* », créée notamment par la voie de l'adoption²⁸⁴. Il ne s'agit pas seulement de reconnaître le lien existant entre un adulte et un enfant déterminés, mais de permettre d'accéder par une voie « *artificielle* » à la parentalité. Jusqu'à présent, même dans des situations dans lesquelles la qualification de vie familiale pouvait prêter à discussion, la Cour s'était prononcée à propos d'une situation concrète concernant deux personnes clairement identifiées²⁸⁵. La notion de « *vie familiale projetée* » ne saurait donc être d'aucun secours au candidat à l'adoption, car elle suppose l'existence d'un lien minimum entre deux personnes déterminées, lequel est susceptible de se développer si les circonstances le permettent. En l'espèce, les juges européens se trouvaient, de manière inédite,

²⁷⁹ CEDH, 10 juillet 1975, *X c/ Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, DR 7, précité ; CEDH, 10 juillet 1997, *Di Lazzaro c/ Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, DR 90- A, p. 134, précité.

²⁸⁰ CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, série A, n° 31 et CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, série A n° 94, § 71, précité.

²⁸¹ F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruyant, Bruxelles, 1998.

²⁸² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A n° 31, pp. 14-15, § 31, précité ; CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, série A n° 94, précité.

²⁸³ La Cour rappelle que la notion de « *famille* » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens familiaux de facto lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. V. en ce sens : CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande* série A n° 290, § 44 ; CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, série A n° 112, p. 25, § 55.

²⁸⁴ C. NEIRINK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G*, I, 4067.

²⁸⁵ CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, série A n° 290, précité ; CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c/ Royaume Uni*, *JCP G* 1998, II, 4071, note Evain. S.

confrontés au désir individuel et abstrait de M. Fretté de constituer une famille monoparentale. Il paraît finalement logique qu'ils n'admettent pas que son désir relève du droit à la vie familiale.

124. Tout autre est la question des relations d'une personne homosexuelle avec un enfant déjà né. Dans de tels cas, l'adulte homosexuel s'est parfois vu reconnaître des droits fondés soit sur l'autorité parentale²⁸⁶, soit sur un droit de visite exceptionnelle²⁸⁷, soit de même sur une adoption simple²⁸⁸. Dans ces différentes hypothèses, il existe entre l'adulte qui réclame des droits à l'égard de l'enfant et ce dernier un lien susceptible de relever de la vie familiale, qu'il soit fondé sur des relations juridiques ou des relations de fait. Le candidat à l'adoption, à l'inverse, sollicite la création d'un lien artificiel et n'est privé d'aucun droit né de sa situation familiale²⁸⁹. M. Fretté se situe finalement à l'étape du projet d'adoption et l'effectivité de la vie familiale fait défaut. La Convention ne garantit pas les aspirations, non encore concrétisées, à développer une vie familiale. Par conséquent, la Cour en déduit qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

La Cour ne retient pas non plus une atteinte à la vie privée de M. Fretté dans la mesure où le droit de toute personne à avoir la vie sexuelle de son choix ne peut être confondu avec un hypothétique droit à l'enfant en vue de constituer une famille monoparentale homosexuelle.

B - L'absence de violation du droit au respect de la vie privée

125. Le droit au respect de la vie privée comprend le droit à l'intimité de celle-ci, et, notamment le droit à la liberté sexuelle²⁹⁰. La Cour affirme clairement le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix. L'homosexualité relève ainsi de la vie privée et doit être protégée en tant que telle par l'article 8 de la Convention. Or, la liberté sexuelle ou plutôt la liberté de choisir son orientation sexuelle est fortement protégée par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier, s'agissant des homosexuels²⁹¹. La Cour condamne toute politique visant de manière

²⁸⁶ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, req. n° 33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n°11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. fam.* 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

²⁸⁷ TGI Besançon, 6 janvier 2000 : *D.* 2000, inf. rap. p. 88.

²⁸⁸ TGI Paris, 27 juin 2001 : *JCP G* 2002, I, 101, n° 9, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, qui accorde l'adoption simple de trois enfants issus d'une insémination artificielle à la concubine de la mère.

²⁸⁹ P. MURAT, « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.* 2000, chron. n°8.

²⁹⁰ F. SUDRE (sous la dir. de), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 272.

²⁹¹ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22, req. n°7525/76, série A, n° 45 ; V. Aussi CEDH, 26 octobre 1988 *Norris c/ Irlande*, req. n°10581/83, série A, n° 142 et CEDH, 25 mars 1993 *Modinos c/ Chypre*, req. n°15070/89, série A, n° 249, CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96, *JCP G* 2000, I, 202, n° 21, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 1999, p. 917, obs. J.-P. MARGUENAUD.

générale et absolue à l'exclusion d'une catégorie de personnes sur le seul fondement de son orientation sexuelle²⁹².

126. En l'espèce, M. Fretté considère que l'examen des décisions rendues par les autorités françaises amène à la conclusion que le refus d'agrément a été motivé par sa seule orientation sexuelle. M. Fretté rappelle ainsi que l'orientation sexuelle est « *un des aspects des plus intimes de la vie privée* »²⁹³. Il fait valoir que toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle constitue une ingérence dans la vie privée d'un homosexuel, car l'impossibilité d'adopter un enfant constitue un obstacle à la liberté de choisir son orientation sexuelle en lui imposant de choisir entre nier celle-ci ou être pénalisé par elle. L'abandon de toute possibilité d'adopter un enfant qui vient, du fait des décisions rendues par les autorités publiques françaises à propos de sa demande d'agrément, accompagnée de la révélation de l'homosexualité d'un demandeur est particulièrement grave. La vie privée d'un adoptant n'est guère respectée en l'obligeant à renoncer à une possibilité de devenir parent, ouverte par la France à tout célibataire hétérosexuel, si cet individu veut rester fidèle à son orientation sexuelle. L'ensemble des circonstances dont M. Fretté se plaint tombe donc sous l'empire de l'article 8.

127. Mais, la Cour ne situe pas le grief sur le terrain de la vie privée. Elle considère que le refus d'accorder à un célibataire homosexuel l'agrément administratif préalable à l'adoption pour constituer une famille monoparentale ne constitue pas une décision qui interfère dans la sphère de sa vie privée ne tombe donc pas dans le champ de l'article 8. Si le respect de la vie privée doit aussi, continue la Cour, englober « *dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »²⁹⁴, le droit d'adopter, ni non plus le droit pour un célibataire d'adopter pour constituer une famille monoparentale, ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention²⁹⁵.

128. De l'avis du gouvernement français, M. Fretté entretient une confusion entre les motifs du refus d'agrément, fondés selon lui sur son orientation sexuelle, et l'objet même de la décision de refus qui ne porte en soi aucune atteinte à sa vie privée. Sur ce point, le gouvernement français relève que ce qui est en jeu dans la présente affaire, ce n'est pas une éventuelle remise en cause d'une situation existante, comme c'était le cas pour les requêtes citées par le requérant, mais une demande concernant sa vie future, de sorte qu'il ne peut se prévaloir d'aucun droit auquel il aurait été porté atteinte. Ce que revendique le requérant, ce n'est pas la reconnaissance et la protection

²⁹² CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady contre Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96, précité.

²⁹³ CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady contre Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96, précité (Ibid.).

²⁹⁴ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, 16, série A n°251-B, p. 33, § 29.

²⁹⁵ CEDH, 10 juillet, *Dallila Di Lazzaro c/ Italie*, req. n°31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, D.R. 90-A, p. 134, précité.

d'un droit entrant dans la sphère de sa vie privée, mais la reconnaissance d'une simple potentialité d'une virtualité de paternité adoptive. Quant aux motifs du refus d'agrément, le gouvernement français constate enfin que les décisions administratives ne comportent pas la moindre indication selon laquelle elles auraient été prises sur la seule base de son orientation sexuelle. S'il n'est pas douteux que l'expression « *choix de vie* » englobe l'orientation sexuelle, elle ne vise pas expressément cette seule circonstance, mais également d'autres éléments laissant à penser que M. Fretté n'était pas prêt à accueillir un enfant dans de bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique²⁹⁶ ce qui exclut toute discrimination.

129. La Cour va finalement conclure, en l'espèce, et comme l'avait d'ailleurs fait Mme Christine MAUGUE, commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat dans l'affaire *Fretté*²⁹⁷ que « *le rejet de la demande d'agrément ne saurait être considéré en soi comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle* »²⁹⁸. Ce raisonnement de la Cour peut être discuté, dès lors que la vie privée, au sens de l'article 8, inclut la liberté sexuelle²⁹⁹. Fondée sur la seule homosexualité du requérant, la décision litigieuse ne rentre-t-elle pas dans le champ de la vie privée en ce qu'elle stigmatise un choix de vie et contraint de facto la personne homosexuelle à cacher son homosexualité pour être susceptible d'obtenir l'agrément ? Le juge Costa³⁰⁰ répond de façon négative à cette question. Selon l'opinion de ce dernier, il ne suffit pas que l'orientation sexuelle d'une personne fasse partie de sa vie privée. La décision ne peut pas atteindre le requérant dans sa vie privée, car l'attitude de l'administration départementale prend surtout en compte l'intérêt de l'enfant.

130. Il est également contestable que la Cour affirme que le refus d'agrément « *ne saurait être considéré en soi comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité...* »³⁰¹. S'inspirant de la Commission³⁰², la Cour se réfère ici à la conception extensive de la « *vie privée* » consacrée par son arrêt *Niemietz* : la vie privée, au sens de l'article 8, couvre non seulement la sphère intime des relations personnelles, mais aussi « *le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables*³⁰³ » et inclut, notamment,

²⁹⁶ En l'espèce, le Gouvernement français fait référence à la décision du 3 mai 1993 des services sociaux qui avait fait état des difficultés à « *projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée de l'enfant* ».

²⁹⁷ CE, 9 octobre 1996, *JCP G* 1997, II, 22766, spéc. p. 36.

²⁹⁸ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 32.

²⁹⁹ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A, n° 45, précité et V. aussi, CEDH, *X et Y c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985 : série A n° 91.

³⁰⁰ Opinion partiellement concordante de M. Costa annexée à l'arrêt *Fretté c/ France*.

³⁰¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 31.

³⁰² CEDH, 13 mai 1976, *X c/ Islande*, n° 6825/74, DR 5, p. 86.

³⁰³ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251-B, précité.

les relations professionnelles³⁰⁴ ou encore (sous couvert de « *vie privée et familiale* ») le droit à l'identité³⁰⁵.

131. Il est ainsi étonnant que la Cour ne considère pas que la question de l'accès à l'adoption pour constituer une famille rentre dans le champ de la « *vie privée* »³⁰⁶. Une telle question ne relève-t-elle pas du droit d'entretenir des relations avec autrui dans le domaine affectif ? Il est difficile d'admettre avec la Cour que le refus d'agrément opposé à M. Fretté ne remet pas « *en cause ses choix personnels* » puisqu'il lui interdit de manière quasiment définitive d'envisager une adoption, même si l'alinéa 2 de l'article 353-1 du Code civil³⁰⁷ permet au tribunal de prononcer l'adoption alors que l'agrément a été refusé.

132. Mais, la Cour, dans son arrêt, met en avant un principe répondant à toutes ces critiques. Elle se fonde, en effet, sur un précédent selon lequel : « *le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel, au nombre des droits garantis par la Convention* ». Elle pose ainsi un principe que l'adoption c'est « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* »³⁰⁸. La Cour fait expressément référence à cette distinction pour rejeter l'application de l'article 8 de la Convention³⁰⁹. Effectivement, le droit de toute personne à avoir la vie sexuelle de son choix ne peut être confondu avec un hypothétique droit à l'enfant pour constituer une famille. Et les autorités administratives françaises doivent se soucier de l'intérêt de l'enfant et non de l'intérêt des adultes. Alors le seul désir de fonder une famille monoparentale, notamment par la voie de l'adoption, n'est pas protégé par l'article 8 de la Convention au titre de la vie familiale, mais également au titre de la vie privée.

Au stade de ce raisonnement, la Cour aurait dû logiquement conclure à l'inapplicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8. Il n'en est rien. La Cour retient son applicabilité.

³⁰⁴ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251-B, précité.

³⁰⁵ CEDH, 22 février 1994, *Burghartz c/Suisse*, req. n°16213/90, série A n° 280-B, § 24.

³⁰⁶ Certains auteurs estiment ainsi que ce raisonnement est étriqué, car le « fait d'être candidat à quelque chose n'est pas un argument valable pour écarter systématiquement la protection de l'article 8 ». P. MURAT, *Filiation et vie familiale, Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Actes de l'IDEH, Montpellier, Bruylant, mars 2002, p. 197.

³⁰⁷ Article 353-1 al. 2 du Code civil : « *Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

³⁰⁸ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 42.

³⁰⁹ Il n'existe pas de droit à l'enfant, car l'enfant n'est pas une chose que l'on peut exiger. En ce sens, voir M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme*, RIDC 1992, p. 781.

§ 2 - Les possibilités retenues tirées de l'article 14 combiné avec l'article 8

133. La Cour affirme que les articles 14 et 8 combinés, c'est-à-dire la question de la discrimination, trouvent à s'appliquer en l'espèce. Elle convient que l'expression « *choix de vie* » renvoie implicitement à l'homosexualité du requérant. Puis, elle constate que le droit interne français autorise, en vertu de l'article 343-1 du Code civil, toute personne célibataire à faire une demande d'agrément. Aucune discrimination entre les catégories de personne formant cette demande ne peut être autorisée. Or, selon la Cour, le critère de l'homosexualité a revêtu un caractère décisif dans le refus d'agrément de l'administration française opposé à monsieur Fretté. Par conséquent, la Cour conclut que « *le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du Code civil, qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle* »³¹⁰. L'article 14 combiné avec l'article 8 trouve alors à s'appliquer (A).

134. Mais, cette applicabilité ne fait pas l'unanimité. Elle a été largement controversée par les opinions partiellement concordantes et dissidentes des juges qui ont statué sur cette affaire. Si ce sujet de l'applicabilité fait autant débat, c'est parce qu'il est au cœur de la question de la famille monoparentale homosexuelle par la voie d'adoption. Les juges européens ont conscience que le seul fait d'accepter de reconnaître l'existence d'une discrimination c'est permettre en même temps l'ouverture de la famille monoparentale homosexuelle (B).

A - Une applicabilité affirmée par la CEDH

135. La Cour déclare en l'espèce applicable l'article 14 de la Convention³¹¹. Elle estime que le refus d'agrément reposait de « *manière déterminante sur l'homosexualité déclarée* »³¹² de M. Fretté. La différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de M. Fretté est constitutive d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination ce qui justifie ainsi l'application de l'article 14 de la Convention. Mais, cet article n'est pas applicable en tant que tel, car il nécessite une mise en œuvre préalable.

³¹⁰ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 32.

³¹¹ L'article 14 de la Convention affirme un principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle : « *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* ».

³¹² Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 37.

136. Il résulte dans ce sens de la jurisprudence constante de la Cour que le principe de la non-discrimination prévu à l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il se limite à interdire toute discrimination pour les droits et libertés reconnus dans ladite Convention. Il ne vaut que pour la « *jouissance des droits et libertés* » qu'elles garantissent³¹³. Autrement dit, l'article 14 de la Convention entre en jeu dès lors que « *la matière sur laquelle porte le désavantage compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti* »³¹⁴ ou que les mesures critiquées « *se rattachent à l'exercice d'un droit garanti* »³¹⁵. Une violation de cet article, pris isolément, n'est donc pas concevable, il doit donc être ainsi combiné avec l'une des autres dispositions de la Convention.

137. Le principe de non-discrimination permet ainsi d'étendre la protection de la Convention européenne des droits de l'Homme à des hypothèses qui n'auraient pas été spécialement retenues, dans la mesure où la différence de traitement affecte un droit qui, sans avoir été consacré par lui-même, peut néanmoins entrer dans le champ d'application d'un des articles de la Convention. La combinaison entre l'article 14 et l'article 8 a notamment été utilisée pour faire entrer dans le champ d'application de l'article 8 des questions de droit civil qui ne semblaient pas forcément y avoir leur place³¹⁶. C'est d'ailleurs dans ce même esprit que la Cour va regarder si, en l'espèce, les faits du litige se situent dans le champ d'application de l'article 8 et partant, de l'article 14 de la Convention. Elle va accueillir le grief du requérant et elle va constater que celui-ci tombant bien « *sous l'empire* » de l'article 8 parce que M. Fretté, dans l'exercice de sa faculté de formuler une demande d'adoption, reconnue par l'article 343-1 du Code civil, a fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle.

138. La Cour a précédemment précisé que la Convention ne garantit pas, en tant que telle, un droit d'adopter et que le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir « *égoïste* » de fonder une famille. Elle avait donc conclu que, en l'espèce, le rejet de la demande d'agrément de M. Fretté ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit de ce dernier au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle. Mais, la Cour constate, toutefois, que le droit interne français³¹⁷ autorise toute personne célibataire, homme ou femme, à faire une

³¹³ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali, c/ Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81, série A n° 94, § 71, précité.

³¹⁴ CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*, 27 octobre 1975, série A, n° 19, p. 20, § 45, précité.

³¹⁵ CEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlstrom c/ Suède*, 6 février 1976, série A, n° 21, p. 17, § 39.

³¹⁶ V. CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74, série A n° 31, précité ; CEDH, 1er février 2000, *Mazurek*, req. n°34406/97 ; CEDH, 22 avril 1994, *Burghartz c/ Suisse*, série A n° 280-B ; CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c/ Portugal*, req. n°33290/96, *Dr. Fam.* mars 2000, comm. n° 45, p. 28, obs. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

³¹⁷ Réf. Article 343-1 du Code civil, précité.

demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément pour l'adoption de pupilles de l'Etat et d'enfants étrangers. M. Fretté affirme que les autorités françaises ont rejeté sa demande en se fondant implicitement sur sa seule orientation sexuelle. Si cette affirmation est avérée, continue la Cour européenne, il faudra en conclure qu'il y a eu une différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle de M. Fretté, notion qui est ouverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention³¹⁸.

139. La Cour a donc déterminé si, comme le soutient M. Fretté, son homosexualité déclarée a revêtu un caractère. Elle convient ainsi que les autorités administratives et judiciaires françaises ont motivé leur refus par le « *choix de vie* » de M. Fretté, sans jamais expressément mentionner son homosexualité. En l'espèce, au vu du dossier, il faut constater, selon la Cour, qu'implicitement, mais certainement, ce critère renvoyait de manière déterminante à son homosexualité. Elle fait d'ailleurs remarquer que cette même conclusion avait été retenue par les considérations développées par le tribunal administratif de Paris dans son jugement du 25 janvier 1995³¹⁹ et par le commissaire du gouvernement dans les conclusions déposées devant le Conseil d'Etat³²⁰. Par conséquent, la Cour conclut que « *le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du Code civil, qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle* »³²¹. La Cour confirme ainsi l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

Néanmoins, cette confirmation de la part de la Cour a fait l'objet d'une vive controverse notamment au sein des opinions des juges qui ont statué sur l'affaire *Fretté*.

B - Une applicabilité controversée de l'article 14 combiné avec l'article 8

140. L'applicabilité des articles 14 et 8 combinés par la Cour a été fermement controversée. Elle l'a été, dans un premier temps, en raison de sa motivation, jugée insuffisante par les opinions partiellement concordantes des juges. La Cour se borne en effet, à dire que « *l'article 343-1 du Code civil tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention* ». Elle semble découvrir dans le droit

³¹⁸ La Cour européenne rappelle d'ailleurs à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « *notamment* » (en anglais « *any ground such as* » (arrêt CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, série A n° 22, p. 30-31, § 72).

³¹⁹ TA Paris, 25 janv. 1995, *D.* 1995, II. 647, note D. BOULANGER, *LPA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J-Y. PLOUVIN, précité.

³²⁰ CE, 9 oct. 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette, Defrénois* 1997, art. 36951, obs. J. MASSIP, *JCP G* 1997, II, n° 22766, concl. CH. MAUGUE, *D.* 1997, jur., p.117, note PH. MALAURIE, *RTD civ.* 1997, p. 408, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 1997, comm. n°6, note P. MURAT ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLO (sous la direction de), PUF, coll « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150, précité.

³²¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 32.

interne le fondement de l'applicabilité de l'article 8 et, en conséquence, du droit à la non-discrimination. Pourtant, la Cour ne démontre pas en quoi l'adoption par un célibataire relève de l'article 8. Surtout, elle ne précise pas à quel titre : est-ce au titre de la vie privée ou de la vie familiale ?³²². Cette absence de motivation a été relevée par de nombreux auteurs, notamment par MM. MARGUENAUD et RAYNARD qui estiment qu'« *on ne peut que regretter l'insigne faiblesse de l'arrêt Fretté* »³²³. La motivation est d'autant plus insuffisante que la Cour européenne fait tomber dans le champ de l'article 8 la faculté pour un célibataire homosexuel de présenter une demande d'adoption alors qu'elle vient d'affirmer juste avant que ni la vie privée ni la vie familiale ne sont en cause !

141. Pour le juge M. COSTA, la requête aurait dû être déclarée irrecevable, car « *il n'est pas sûr que le système légal d'agrément prévoie bien un droit ou une liberté d'adopter* »³²⁴. Il existe certes une possibilité de demander un agrément, mais l'article 343-1 du Code civil ne fonde pas un droit à obtenir un agrément. La motivation lui semble d'autant plus contestable, car il y aurait eu une autonomisation complète de l'article 14³²⁵ : le passage par l'article 8 étant purement formel. L'article 14 aurait été analysé ici comme un droit à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit individuel reconnu par le droit interne. M. le juge Costa, mais également MM. les juges JUNGWIERT et TRAJA s'insurgent, dans leurs opinions partiellement concordantes, contre cette extension et considèrent que, dans cette affaire, l'argumentation de la Cour est plutôt faible.

142. La juridiction européenne appliquerait, en l'espèce, avant même son entrée en vigueur, le Protocole n° 12 additionnel à la Convention du 4 novembre 2000. L'article 1 de ce Protocole, qui a été signé à Rome le 4 novembre 2000, mais qui n'est pas encore entrée en vigueur, élargit le champ d'application de l'article 14 en prévoyant que « *1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination 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. 2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1* ». Le Protocole n° 12 prend en compte tout droit garanti par la loi et non plus seulement les droits garantis par la Convention³²⁶. En

³²² V. En ce sens, F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS, *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p. 24.

³²³ V. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *RTD civ.* 2002, p. 391.

³²⁴ V. Opinion de M. COSTA, annexée à l'arrêt *Fretté*, p. 2.

³²⁵ V. A ce sujet : P. LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 1998, p. 497.

³²⁶ Le Protocole n°12 interdit de manière générale toute forme de discrimination. Les dispositions actuelles de la Convention en matière de protection contre la discrimination (Article 14) sont de portée limitée du fait qu'elles interdisent la discrimination seulement lorsqu'elle s'applique à l'un des droits reconnus par la Convention. Le nouveau protocole lève ainsi cette limitation et garantit que personne ne doit faire l'objet d'une quelconque forme de discrimination par aucune autorité publique et sous quelque motif que ce soit.

l'espèce, il n'est pas certain que le droit invoqué par M. Fretté était garanti par la loi, puisqu'il n'y a pas, en droit français, de droit à adopter ou à obtenir un agrément. Bien avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 le niveau de protection de Convention européenne semble déjà plus élevé que celui prévu par le texte. Il y a, dans ce cas, une preuve éclatante du pouvoir créateur de la jurisprudence européenne.

143. Cette opinion est de loin partagée par les autres juges dans leurs opinions partiellement dissidentes qui considèrent la motivation de la Cour comme légitime à appliquer l'article 14 combiné avec l'article 8. Pour les juges dissidents³²⁷, la situation rentre incontestablement dans le champ d'application de l'article 8, parce que le concept de vie privée est large. Il couvre non seulement la sphère intime des relations personnelles, mais aussi « *le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur* »³²⁸. L'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 se justifie donc aisément selon eux.

144. M. Pierre MURAT propose néanmoins une autre motivation fondée sur la vie privée. Selon lui, une argumentation au sujet du lien entre vie privée et procédure d'agrément aurait été plus opportune, dans la mesure où l'usage de critères tirés de la vie privée paraît constituer un appui à l'article 8. S'il est vrai que la procédure d'agrément nécessite certaines investigations dans la vie privée, celle-ci ne doit pas contenir des atteintes injustifiées à celle-ci. En l'espèce, M. Fretté se plaint surtout de ce que des éléments relevant de sa vie privée servent de critère de sélection de manière non pertinente. En quoi est-il nécessaire de s'immiscer dans la sexualité des individus pour vérifier les conditions d'accueil offertes par le candidat à l'adoption ? M. MURAT estime que « *l'usage de critères tirés de la vie privée paraît bien constituer un appui à l'applicabilité de l'article 8* »³²⁹. En l'espèce, les investigations ont permis de dégager l'orientation sexuelle du requérant. Or, cette dernière entre sans difficulté dans les éléments protégés par le respect de la vie privée. La requête aurait donc pu être déclarée recevable sur le fondement de l'article 8, pour « *violation d'un prétendu droit à se taire ou à cacher son orientation sexuelle* »³³⁰.

145. La volonté de la Cour de permettre dans l'affaire *Fretté* l'application du principe de non-discrimination de même qu'elle a déjà favorisé l'élargissement du droit au respect de la vie familiale au droit à une allocation de congé parental³³¹, conduit finalement et inéluctablement à étendre le champ d'application de ce droit à la question de l'adoption et aussi de ce fait à la question

³²⁷ Il s'agit de Sir N. BRATZA, M. FUHRMANN, Mme TULKENS, dans leur opinion partiellement dissidente commune.

³²⁸ CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n°13710/88, série A n° 251-B, précité.

³²⁹ P. MURAT, *Filiation et vie familiale, Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Actes de l'IDEH, Montpellier, Bruylant, mars 2002, p. 199.

³³⁰ V. P. MURAT, art. précité, p. 199.

³³¹ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, req. n°156/1996/775/976.

de la constitution de la famille. On remarque ainsi l'ambiguïté fondamentale de l'arrêt *Fretté* : la vie privée et familiale; au sens de l'article 8 incluent désormais, sans précisément à quel titre, le droit d'accès à l'adoption et donc de fait à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle. Même si elle repose sur un raisonnement flou et ambigu, l'avancée reste remarquable pour une première prise de position sur le sujet en 2002³³². Elle permet ainsi à tout adoptant homosexuel de solliciter le contrôle de la Cour sur les conditions d'accès à l'adoption autrement dit l'accès à la constitution d'une famille monoparentale homosexuelle et d'obtenir l'application de l'article 14 combiné 8 si ses droits n'ont pas été respectés. En outre, elle permet en termes d'évolution possible de permettre à la Cour européenne des droits de l'homme de faire évoluer sa jurisprudence dans la reconnaissance d'une discrimination pour permettre l'ouverture à la famille monoparentale homosexuelle³³³.

Une chose que la Cour ne sera pas prête à retenir dans le cas d'espèce. Elle déclare que l'article 14 combiné à l'article 8 ont été respectés, et conclut à une non-discrimination fermant ainsi toute possibilité à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle.

Section 2 - Les possibilités retenues interprétées dans le sens d'une fermeture

146. La Cour conclut à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. La Cour avait pourtant reconnu que M. Fretté n'avait pas pu adopter en vertu de l'article 343-1 du Code civil français, car il avait fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur sa seule orientation sexuelle. Elle avait donc estimé que l'article 14 combiné avec l'article 8 trouvait à s'appliquer en l'espèce. Mais, la Cour a jugé que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de M. Fretté, en tant que telle, n'est pas constitutive d'une discrimination en vertu du principe de la non-discrimination de la Convention (§1). Cette solution de la Cour aura des incidences au niveau de la protection des homosexuels à savoir l'exclusion pour les personnes célibataires homosexuelles de constituer une famille monoparentale à travers l'adoption (§2).

³³² A noter que le consensus européen en matière d'adoption homosexuelle est faible en 2002. Cela s'explique par le fait que c'est un sujet sensible et délicat dont l'apparition au sein de l'Europe nécessite une évolution lente et progressive pour être reconnue et acceptée. V. Section 2, §1, B de ce Chapitre.

³³³ La Cour européenne des droits de l'homme va justement faire évoluer sa jurisprudence à partir de 2008 en condamnant la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle relative au refus opposé à une personne célibataire homosexuelle. V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

§ 1 - L'absence d'une discrimination fondée sur l'homosexualité de l'adoptant célibataire

147. La Cour admet que le refus d'agrément fondé sur l'homosexualité de M. Fretté constitue à n'en pas douter une différence de traitement en raison de son orientation sexuelle, mais celle-ci n'est pas discriminatoire. Une distinction est discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination de la Convention, « *si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*³³⁴ ». La Cour européenne va suivre les arguments avancés par le gouvernement français pour constater, en l'espèce, que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de M. Fretté poursuivait un but légitime (A), et qu'il existait aussi un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (B).

A - L'existence d'un but légitime

148. Devant la Cour, le gouvernement français avance que les décisions de rejet de la demande d'agrément opposées à M. Fretté poursuivaient un but légitime consistant, en l'espèce, à « *protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption* ». La notion d'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière dans la jurisprudence de la Cour, notamment depuis l'arrêt *Johansen c/ Norvège* du 7 août 1996³³⁵. Cette position n'est aucunement critiquable et il faut approuver la tendance actuelle qui est de consacrer une importance croissante à l'intérêt de l'enfant. Ces dernières années, les droits de l'enfant ont fait l'objet d'une attention de plus en plus grande de la part de la Communauté internationale. En particulier, la Convention de New York, relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, fait de « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » « *une considération primordiale* » dans toutes les décisions le concernant³³⁶.

149. M. Fretté critique l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant de la part du gouvernement français. Mais, il faut remarquer qu'en l'espèce, il ne s'agissait pas de l'intérêt d'un enfant spécifique, mais de l'intérêt de tous les enfants au monde pouvant avoir besoin de parents adoptifs. En d'autres termes, cela signifie, comme le souligne, MM. MARGUENAUD et

³³⁴ CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, req. n°13580/88, série A n° 291- B.

³³⁵ CEDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, req. n°24/1995/530/616.

³³⁶ Article 3, § 1 de la Convention de New-York ; texte publié dans F. MARTINETTI, *Les Droits de l'enfant*, coll. Libro, 2002, p. 74.

RAYNARD, que le gouvernement français fait peser « *sur tous les homosexuels une présomption irréfragable selon laquelle ils ne peuvent jamais présenter les garanties suffisantes pour s'occuper d'un enfant quel qu'il soit* »³³⁷. La Cour suit le raisonnement du gouvernement français et statue, en l'espèce, *in abstracto* sur l'intérêt de l'enfant. Plus précisément, elle statue *in abstracto* sans prendre en compte les intérêts d'un enfant précis. Elle rejette d'office la demande d'agrément de M. Fretté, statue en général et fonde sa décision sur les arguments du gouvernement français qui ne constituent pas un préjugé homophobe reposant uniquement sur son orientation.

150. Une telle approche s'explique par la spécificité de la situation soumise au contrôle de la Cour. Comme l'explique M. MURAT³³⁸, « *c'est le système même de l'agrément qui condamne à cette appréciation largement abstraite, puisque ce n'est qu'au stade de l'adoption qu'une comparaison pourra être effectivement faite entre d'un côté la situation de tel enfant (...) et de l'autre le risque particulier que peut faire peser l'homosexualité du demandeur* ». Lors de la demande d'agrément la situation générale va être appréciée de manière abstraite puisque l'orientation sexuelle va être prise en compte en tant que tel avant le projet concret d'adoption. Les risques que l'adoption par un homosexuel pourrait entraîner sur l'avenir de l'enfant vont être intégrés à ce stade de la procédure. La prise en compte des conditions d'accueil que le demandeur est susceptible d'offrir à des enfants sur le plan familial, psychologique et éducatif, se fait à un moment où l'enfant n'est pas encore individualisé. Il est donc impossible à ce stade de dresser la liste des avantages et des inconvénients qu'une telle situation susciterait dans la pratique. Il y a donc une grande ambiguïté dans ce système, car les moindres détails de la personnalité de l'adoptant sont connus alors que ce n'est pas le cas pour celle du futur adopté. Il sera donc apprécié *in concreto* la situation de l'adoptant alors qu'en face, celle de l'adopté sera appréciée *in abstracto*.

151. Cette situation est critiquable, car de tels raisonnements ne parlent pas de l'enfant concrètement ; cet enfant pourtant placé au centre de tout notre droit. Ce raisonnement permet aux juges d'exclure d'office la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption, sans même prendre en compte les qualités humaines et certaines de l'adoptant. En statuant *in abstracto* sur l'intérêt de l'enfant, il s'agit « *parfois d'un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en toute bonne foi d'ailleurs* »³³⁹. C'est le cas en l'espèce. Pour le gouvernement français, le seul élément pris en compte pour refuser l'agrément à l'adoption est l'intérêt de l'enfant à adopter. Dans ses observations, le gouvernement français

³³⁷ V. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, *RTD civ.* 2002, p. 392.

³³⁸ P. MURAT, « Vers une famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam* 2000, chr. n°8.

³³⁹ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *Journal du droit des jeunes*, novembre 1996, p. 10. Pour une étude plus complète de la notion de l'intérêt de l'enfant au sujet de l'adoption par un célibataire, voir H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du CE concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 508, précité.

indique que « *c'est en poursuivant les buts légitimes de protection de la santé et des droits et libertés d'autrui, en l'espèce, le bien-être psychologique et les droits et libertés de l'enfant qui auraient pu être adoptés par le requérant, que le gouvernement français prit la mesure litigieuse* »³⁴⁰. Le gouvernement français rajoute que « *les droits de l'enfant limitent le droit à l'enfant* »³⁴¹.

152. La Cour retient aussi l'argument du gouvernement français : « *il est indéniable* », retient la Cour, « *que les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable* »³⁴². La position du gouvernement français est bien reprise par la Cour. Le refus d'agrément repose certes exclusivement ou principalement sur l'orientation sexuelle de M. Fretté, mais il n'y aurait aucune discrimination à son égard, dans la mesure où le seul élément pris en compte est l'intérêt de l'enfant à adopter. La différence de traitement dont fait l'objet M. Fretté trouve ainsi sa justification dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui sous-tend toute la législation en matière d'adoption.

153. Dans ce domaine en particulier, « *les droits de l'enfant limitent le droit à l'enfant* »³⁴³, et la Cour en rappelant la traditionnelle formule selon laquelle l'adoption est de « *donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille* », fait application d'un principe de précaution qui lui permet de poser le principe selon lequel l'homosexualité d'un adoptant est contraire à l'intérêt de tout enfant susceptible d'être adopté alors que le droit français prévoit la possibilité pour une personne seule d'adopter. Le droit de pouvoir adopter dont se prévaut M. Fretté trouve finalement sa limite dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Même si M. Fretté rassemblait toutes les garanties nécessaires à l'adoption, la Cour et le gouvernement français préfèrent préserver l'intérêt de l'enfant au détriment de celui de M. Fretté.

154. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant reflète en réalité un préjugé social et une peur irrationnelle : qu'un enfant élevé par un homosexuel aura un risque plus élevé de devenir lui-même homosexuel ou de développer des problèmes psychologiques. De plus, l'enfant souffrira de toute manière des préjugés homophobes que les tiers auront envers son parent adoptif. En l'espèce, par opposition au schéma familial hétérosexuel classique d'un père et d'une mère mariés donnant un foyer uni à un enfant, M. Fretté offre à l'enfant une famille monoparentale homosexuelle. Cela risque d'être un lourd fardeau pour un enfant qui sera privé de la double référence maternelle et paternelle. Le préjugé social nie la commune humanité entre hétérosexuels et homosexuels qui ont

³⁴⁰ Observations du Gouvernement français, p. 37.

³⁴¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 36.

³⁴² Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 38.

³⁴³ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 36.

les mêmes émotions et capacités en supposant que ces derniers seraient des parents moins aimants ou attentifs. Les nombreuses études scientifiques démontrent le caractère irrationnel de cette présomption et aucune ne démontre les hypothétiques incertitudes qui pèseraient sur l'épanouissement d'un enfant s'il était adopté par un homosexuel, incertitudes sur lesquelles reposent les arguments de la Cour et du gouvernement français³⁴⁴.

Il est indéniable pour la Cour que le refus d'agrément par les autorités administratives françaises poursuivait un but légitime à savoir protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption. Il reste maintenant à la Cour de vérifier s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

B - La proportionnalité entre les moyens employés et le but visé

155. La Cour va établir un rapport de proportionnalité entre les moyens employés, c'est-à-dire l'exclusion absolue de tout parent adoptif homosexuel, et le but visé, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, la Cour admet, dans un premier temps que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle pour opposer l'agrément à M. Fretté repose sur des justifications objectives et raisonnables avancées par le gouvernement français (1). Dans un second temps, la Cour se réfère à la grande marge d'appréciation des Etats c'est-à-dire qu'elle laisse le choix aux Etats de répondre à la délicate question du droit d'adoption par une personne célibataire homosexuelle pour conclure de façon définitive à l'absence d'une discrimination au sens du principe de la non-discrimination de la Convention (2).

1 - Des justifications objectives et raisonnables

156. A la suite du commissaire du gouvernement français dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat, le gouvernement français considère que la différence de traitement subi par M. Fretté résulte des incertitudes pesant sur le développement d'un enfant élevé par une personne homosexuelle et de l'absence de référence paternelle et maternelle. Il insiste d'abord que les incidences éventuelles d'une adoption par un adulte affirmant son homosexualité sur le développement psychologique et plus généralement sur la vie future de l'enfant concerné ne font pas l'objet d'une réponse unique et divise la communauté scientifique³⁴⁵ sur les conséquences

³⁴⁴ Réf. à l'Etude de S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental*, précitée.

³⁴⁵ A savoir, les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues.

éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuel(s). Le gouvernement français met ainsi en évidence les nombreuses craintes qui se cristallisent autour de l'homosexualité. Par exemple, le problème des troubles de l'identité sexuée des enfants a été posé et des incertitudes au sujet du développement émotionnel et social de l'enfant ainsi que du risque d'abus sexuel sont fréquemment émises.

157. Ces arguments du gouvernement français incitent la Cour à faire une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant qui n'est que le reflet des inquiétudes relatives à l'homosexualité. La présomption irréfragable qu'aucun homosexuel ne présente des garanties suffisantes pour accueillir un enfant à adopter qui découlerait de cet intérêt reflète en réalité un préjugé social et une peur irrationnelle : qu'un enfant élevé par un homosexuel aurait un risque plus élevé de devenir lui-même homosexuel ou de développer des problèmes psychologiques. De plus, l'enfant souffrirait de toute manière des préjugés homophobes que les tiers auront envers son parent adoptif. En l'espèce, par opposition au schéma familial classique d'un père et d'une mère mariés donnant un foyer uni à un enfant, M. Fretté offre à l'enfant non seulement une famille monoparentale, mais aussi une famille seulement constituée d'un père. Cela risquerait ainsi d'être un lourd fardeau pour un enfant qui serait privé de la double référence maternelle et paternelle.

158. La Cour considère donc, comme le gouvernement français, que les conséquences éventuelles sur l'enfant de l'accueil par un homosexuel sont incertaines. Elle préfère ainsi user du principe de précaution pour ne prendre aucun risque. D'autant plus, qu'elle constate aussi que le nombre d'enfants à adopter en France est inférieur aux demandes d'adoption. Autant donner aux enfants adoptables les meilleures conditions d'accueil possible. La Cour conclut ainsi que le gouvernement français s'est bien fondé sur des critères objectifs et raisonnables et non pas sur l'orientation sexuelle en tant que telle pour refuser l'agrément à M. Fretté. Ce dernier se défend en reconnaissant qu'un enfant dans cette situation peut effectivement souffrir à court terme d'une stigmatisation. Selon lui, ceci ne crée pas un risque plus élevé à long terme et les enfants apprennent à s'en défendre, au besoin avec l'aide d'un parent, d'un proche ou d'un enseignant. Accepter que les préjugés de tiers puissent justifier l'exclusion de l'adoption donnerait un droit de veto aux tiers qui usent de ces préjugés.

159. Le gouvernement français répond à M. Fretté que des études ont été menées pour vérifier si l'orientation sexuelle des adoptants potentiels présenterait un risque pour les enfants³⁴⁶. Il remarque que la communauté scientifique, et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les

³⁴⁶ Dans le petit guide bibliographique à l'usage des familles homoparentales et des autres, écrit par les membres de l'APGL, éd. 2007, se trouve une synthèse des travaux de recherches réalisés par C. Patterson de l'APA (American Psychological Association) et également plus de 200 références d'études ou de recherches menées sur les gays et lesbiens et leurs enfants.

psychiatres et les psychologues, est divisée compte tenu du nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur la question à ce jour. En l'espèce, l'argument du gouvernement français motivé par le nombre restreint d'études scientifiques réalisées sur cette question est particulièrement critiquable. En réalité, depuis le début des années 1980, c'est près d'une cinquantaine d'études qui ont été publiées, essentiellement aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne ; lesquelles ne relèvent aucune différence significative concernant la santé des enfants élevés par un parent (ou un couple) homosexuel ou hétérosexuel³⁴⁷. Autrement dit, les nombreuses études scientifiques démontrent le caractère irrationnel de la présomption irréfragable qu'aucun homosexuel ne présente des garanties suffisantes pour accueillir un enfant à adopter et aucune ne démontre les hypothétiques incertitudes qui pèseraient sur l'épanouissement d'un enfant s'il était adopté par un homosexuel ; incertitudes sur lesquelles reposent les arguments, entre autres, du gouvernement français. La majorité de ces études conclut que l'homosexualité ne représente pas un danger pour un enfant.

160. Le gouvernement français répond ensuite à M. Fretté qu'il n'existe, dans les sociétés démocratiques, aucun consensus sur la nécessité d'une exclusion absolue de l'adoption par un célibataire homosexuel. Il relève donc qu'il existe de profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales. La question de l'adoption par un homosexuel fait l'objet d'un vaste débat de société et est largement discutée³⁴⁸. Ces divergences d'opinions ne font que refléter l'absence de consensus³⁴⁹ qui règne à cette époque au sein des Etats parties à la Convention. Il n'existe pas non plus avant 2008 de consensus dans les législations des Etats membres s'agissant de l'adoption par des personnes homosexuelles et donc de la famille monoparentale.

161. De nombreux pays réservent l'adoption aux couples mariés donc aux hétérosexuels dans la logique de l'assimilation de la filiation adoptive à la légitime. C'est le cas par exemple de l'Italie³⁵⁰. Il en va de même dans la réforme croate de l'adoption³⁵¹ où l'adoption plénière est

³⁴⁷ Pour les références et la synthèse de ces études, Réf. le rapport de l'American Academy of Pediatrics : E. C. PERRIN and the Committee On Psychosocial Aspects of Child and Family health (American academy of Pediatrics), « technical report : Coparent Or Second- parent adoption by Same-Sex parents », Pediatrics, Vol. 109, n° 2, February 2002, pp. 341-344, <http://www.aap.org/policy/020008t.html>; Réf. également la thèse de médecine de S. NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental*. Étude sur un échantillon de cinquante-huit enfants élevés par des parents homosexuels, Thèse pour le diplôme d'État de docteur en médecine, Université Bordeaux 2-Victor-Segalen, UFR des sciences médicales, Thèse n° 3053, 2000.

³⁴⁸ Une pétition a d'ailleurs été lancée par l'association des parents gays et lesbiens, contre la prise en considération de l'orientation sexuelle dans l'accès des célibataires à l'adoption, s'opposant d'ailleurs à une pétition en sens inverse. V. « Une pétition sur l'adoption relance le débat sur l'homoparentalité », *Le Monde*, 3 mai 2001.

³⁴⁹ Le consensus est *une méthode d'adoption des décisions consistant dans la recherche d'un accord mutuel sans que l'on procède à un vote formel*. Définition issue du lexique juridique, Dalloz, 12^e édition. Or il n'existe pas de dénominateur commun entre les pays européens sur cette question. Alors, puisqu'il n'existe pas de principe européen, la Cour européenne s'en remet à la décision de l'ordre juridique interne.

³⁵⁰ Sa loi de 1967, revue en 1983, réserve l'adoption plénière aux couples mariés. L'affaire *Di Lazzaro* en est un parfait exemple puisque l'arrêt de Cassation du 31 juillet 1995, n° 67972/01, a exclu l'adoption plénière pour une célibataire, l'actrice *Di Lazzaro*.

³⁵¹ Loi du 30 décembre 1998.

réservée aux seuls couples mariés depuis trois ans. A l'identique, le Code de la famille polonais n'admet que la requête qui émane de deux époux vivants³⁵². Lors de l'examen de l'affaire Fretté, la législation néerlandaise³⁵³ permet, entre autres, l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels. Cette législation ne concerne que les adoptions nationales, c'est-à-dire l'adoption d'un enfant néerlandais ou résidant habituellement aux Pays-Bas. Une telle adoption suppose la réunion de plusieurs conditions. La loi exige tout d'abord trois années continues de vie commune du couple avant le dépôt de la demande. L'enfant doit avoir été pris en charge et élevé depuis au moins un an par le couple. Cet enfant ne doit plus rien attendre de son ou ses parent(s) par le sang en tant que parent(s). Et, en toute hypothèse, l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant³⁵⁴. Puis, certains pays ont légalisé l'adoption faite par des couples homosexuels, comme la Suède en juin 2002³⁵⁵. D'autres n'acceptent parfois que la consécration juridique d'une vie familiale existant déjà entre l'enfant d'un des homosexuels et le ou la compagne de celui-ci. Au Danemark, depuis 1999, le Parlement a accordé aux concubins homosexuels engagés dans un partenariat enregistré, le droit d'adopter les enfants d'un des membres du couple. En France, le Tribunal de grande instance de Paris a, le 27 juin 2001³⁵⁶, prononcé l'adoption simple par une homosexuelle, des trois enfants mineurs de sa compagne.

162. Quant aux demandes d'adoption émanant d'un célibataire homosexuel, les réponses sont différentes selon les Etats européens. Si les Pays-Bas et le Danemark autorisent l'adoption individuelle par un homosexuel et la constitution d'une famille monoparentale, la législation italienne, quant à elle, ne permet pas à une personne seule d'adopter³⁵⁷. Au Royaume-Uni, seuls les couples mariés et les personnes célibataires, y compris les homosexuels ont le droit d'adopter des enfants. L'adoption par une personne seule est possible depuis 1989³⁵⁸ et « *lorsque le parent adoptif pressenti affiche son homosexualité, les juges semblent traiter le dossier sans parti pris* »³⁵⁹. La France et la Suède semblent être les deux pays où la jurisprudence a établi une exclusion pour l'adoption par un célibataire. Par exemple, une commission gouvernementale suédoise a recommandé, en janvier 2001, l'abrogation législative de l'exclusion des homosexuels de l'adoption qui avait été introduite par un arrêt de la Cour administrative suprême de 1993.

³⁵² Dans la même catégorie : la Chypre, la Slovaquie, la Lituanie et le Portugal interdisent formellement aux célibataires homosexuels la possibilité d'adopter.

³⁵³ Loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1er avril 2001.

³⁵⁴ H. FULCHIRON, *La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas*, *JCP* 2001, Act. n° 21-22, p. 1033 ; *Le mariage homosexuel et le droit français*, *D.* 2001, chr. p. 1628.

³⁵⁵ « La Suède accepte l'adoption par les couples homosexuels », *Le Monde*, 8 juin 2002.

³⁵⁶ TGI Paris, 27 juin 2001 : *JCP G* 2002, I, 101, n° 9 obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 116, note P. MURAT, *RDSS* 2002, p. 123, note F. MONEGER.

³⁵⁷ Cette interdiction concerne l'adoption des mineurs, déclarés abandonnés. Il s'agit de l'équivalent de l'adoption plénière en France. Voir article 6 de la loi n° 184 du 4 mai 1983, modifiée par la loi n° 149 du 28 mars 2001 sur l'adoption et la garde des mineurs (ou site de la Commission internationale de l'état civil).

³⁵⁸ Réf. Adoption Act de 1976, article 15 modifié par le Children Act de 1989.

³⁵⁹ J. FLAUSS-DIEM, *Couples de même sexe et famille*. Version anglaise, *Dr. fam.* 2000, chron. 24.

163. Les mœurs homosexuelles ne sont pas toujours bien acceptées. Par exemple, les derniers Etats signataires à la Convention ont une législation très stricte à l'égard de l'homosexualité. Ainsi, en Arménie, les actes homosexuels sont illégaux et punis de cinq ans de prison. En Tchétchénie, soit le territoire de la Fédération de Russie, l'homosexualité est, du fait de l'application de la charia, punie de la peine de mort. En outre, dans de très nombreux pays, la dépénalisation³⁶⁰ de l'homosexualité est très récente même si les poursuites y étaient très rares. En Europe, il n'y a pas d'accord sur la question de l'adoption d'un enfant par une personne célibataire homosexuelle. Tout au plus, des groupes de pays s'orientent dans la même direction. Si aucun consensus ne se dégage en faveur de l'adoption par une personne homosexuelle, il semble cependant comme le fait remarquer la Cour européenne des droits de l'homme que « *le droit paraît traverser une phase de transition* »³⁶¹. Néanmoins, très peu de pays s'engagent dans cette transition.

Il n'existe donc pas de dénominateur commun aux droits internes des Etats parties à la Convention dans le domaine de l'adoption par les homosexuels. En conséquence, le gouvernement français demande à la Cour de reconnaître aux Etats une marge d'appréciation importante.

2 - La reconnaissance d'une marge d'appréciation aux Etats

164. Depuis l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976³⁶², la Cour reconnaît aux législations nationales et aux juridictions internes une marge d'appréciation en matière d'application de la Convention. Le concept de la marge nationale d'appréciation peut se rattacher au principe de subsidiarité. Le respect de la Convention doit d'abord être assuré grâce aux moyens juridiques internes. C'est pourquoi, chaque Etat dispose d'une liberté de choix des mesures à prendre et peut donc, comme en l'espèce, opérer des distinctions. Le concept a l'avantage de permettre d'essayer de concilier les exigences de la construction européenne et la sauvegarde du pluralisme juridique. L'étendue de la marge nationale d'appréciation peut alors varier « *selon les circonstances, les domaines et le contexte* »³⁶³.

165. La Cour laisse donc aux Etats une marge d'appréciation importante. C'est fréquent dans les domaines où il n'existe pas de consensus européen afin de préserver le pluralisme juridique des Etats parties à la Convention. Selon la jurisprudence *Petrovic*³⁶⁴, « *la présence ou l'absence de*

³⁶⁰ Par exemple : Lettonie, 1992 ; Irlande, 1993 ; Allemagne, 1994, Moldavie, 1995. V. Annexe 4 : La mappemonde des pays plus au moins homophobes.

³⁶¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. N°36515/97, §41.

³⁶² CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A n° 24.

³⁶³ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*, série A n° 87.

³⁶⁴ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, req. n°156/1996/775/976, § 22, p. 585, précité.

dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard ». Or, concernant l'ouverture de la famille monoparentale à travers l'adoption, force est de constater l'absence de dénominateur commun des Etats parties à la Convention : il n'y a pas de consensus, ni législatif, ni scientifique, ni dans les opinions publiques.

166. La Cour estime ainsi normal que les autorités nationales, qui se doivent de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans un domaine délicat, tel que l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle et l'ouverture de la famille monoparentale homosexuelle. En ce sens, la Cour estime qu'« *étant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leurs pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux* »³⁶⁵. En d'autres termes, dès lors que la question délicate soulevée de l'ouverture de la famille monoparentale homosexuelle touche à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat.

167. La Cour s'en remet finalement à la décision du Conseil d'Etat. Elle convient que ce dernier, en se fondant entre autres sur les conclusions pondérées et circonstanciées du commissaire du gouvernement français, a légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du Code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants adoptés, nonobstant les aspirations légitimes de M. Fretté et sans que soient remis en cause ses choix personnels. En conclusion, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité donc la différence de traitement en cause n'est pas discriminatoire en vertu du principe de la non-discrimination de la Convention. La France échappe alors à une condamnation le 26 février 2002³⁶⁶. Une telle solution peut s'interpréter comme une fuite de la Cour. Celle-ci préfère ne pas se prononcer sur une solution controversée et délicate et préfère laisser le soin de la trancher aux autorités nationales.

Le recours de la Cour à la grande marge d'appréciation des Etats va avoir une incidence significative quant à l'exclusion du célibataire homosexuel à l'adoption et par conséquent à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle. Les juges dissidents ont d'ailleurs conclu que la consécration de la grande marge d'appréciation des Etats reconnus dans l'arrêt Fretté était « *de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux* »³⁶⁷.

³⁶⁵ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, § 41.

³⁶⁶ La France a tout de même été condamnée à l'occasion de cet arrêt : une condamnation partielle a été prononcée sur le fondement de l'article 6 §1 de la Convention, car la procédure devant le Conseil d'Etat a été jugée non équitable.

³⁶⁷ Opinion partiellement dissidentes commune à Sir N. BRATZA, M. FUHRMANN et Mme TULKENS.

§ 2 - L'exclusion du célibataire homosexuel à la constitution de la famille monoparentale à travers l'adoption

168. L'arrêt *Fretté* a été l'occasion d'élever pour la première fois la question de la constitution de la famille monoparentale homosexuelle par la voie d'adoption au niveau européen. La portée de la décision de la Cour enseigne une exclusion non discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination de la Convention, d'un droit d'adoption pour une personne célibataire homosexuelle au nom de l'intérêt de l'enfant (A). Néanmoins, la position de la Cour d'avant 2008 invite déjà à une évolution progressiste sur le sujet. Le constat d'une absence de violation de la Convention a été retenu par la Cour aux termes d'un raisonnement ambigu, flou et timide³⁶⁸. Par conséquent, un revirement est envisageable par la Cour européenne des droits de l'homme. Une requête similaire à l'affaire *Fretté* va d'ailleurs lui permettre d'effectuer cette évolution et reconnaître la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption (B).

A - La portée de la décision

169. L'arrêt *Fretté* de la Cour semble être en totale rupture avec l'interprétation de la Convention concernant les questions relatives aux homosexuels³⁶⁹. La Cour européenne avait plutôt tendance à accroître la protection accordée aux homosexuels. La solution adoptée par la Cour était imprévisible au regard de la jurisprudence antérieure. A l'occasion de l'affaire *Dudgeon*³⁷⁰, par exemple, la Cour avait reconnu aux homosexuels le respect de la vie privée. Dans cet arrêt, la Cour avait reconnu que la vie sexuelle « *a trait à un des aspects des plus intimes de la vie privée* », et que, dès lors, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en tant qu'il protège la vie privée, a été violé³⁷¹. Ensuite, la Cour a eu la possibilité dans un arrêt *Hoffmann c/Autriche* du 23 juin 1993 de dénoncer sur le fondement de l'article 8 combiné avec l'article 14, une

³⁶⁸ Il faut rappeler que la France, le 26 février 2002, échappe, d'extrême justesse, par quatre juges contre trois, à une condamnation.

³⁶⁹ La Commission européenne des droits de l'homme a néanmoins longtemps opposé une fin de non-recevoir aux requêtes des homosexuels qui se plaignaient de dispositions légales incompatibles, à leurs yeux, avec l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention. Voir par exemple, req. 104 /55, décision du 17 décembre 1955, Ann., vol. I, pp. 228-9 ; req. 167/56, décision du 28 septembre 1956, Ann., vol. I, pp. 253-6.

³⁷⁰ CEDH, 23 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n° 45, précité. En l'espèce, M. DUDGEON, ressortissant de l'Irlande du Nord, se plaint de la loi nord-irlandaise qui prohibe les relations homosexuelles même si elles sont entretenues en privé et entre adultes consentants.

³⁷¹ Le même raisonnement sera suivi dans des affaires semblables, notamment dans l'affaire *Norris* du 26 octobre 1988, et dans l'arrêt *Modinos contre Chypre*. V. CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, req. n°10581/83, série A n° 142, précitée ; CEDH, 25 mars 1993, *Modinos c/ Chypre*, req. n°15070/89, série A n° 259, précité.

discrimination en matière d'attribution de l'autorité parentale³⁷². De même, la Cour a eu l'occasion de condamner un Etat pour avoir pris des mesures de révocations administratives fondées sur les orientations sexuelles³⁷³. S'il est vrai que les homosexuels ont vu leur situation juridique s'améliorer, les garanties qui leur sont accordées se limitent néanmoins au seul respect de la vie privée. Le droit au respect de la vie familiale est encore refusé aux homosexuels malgré une évolution avec l'affaire *Salgueiro*³⁷⁴.

170. L'affaire *Fretté* aurait pu constituer une bonne occasion pour la Cour d'opérer franchement « *le saut qualitatif* »³⁷⁵ qu'aurait constitué le passage d'une garantie des droits individuels des homosexuels (au moyen de la protection de la vie privée) à une garantie des droits familiaux. D'autant plus que dans son arrêt *Salgueiro*, la Cour avait annoncé qu'elle ne jugerait plus tolérable une discrimination à raison de l'orientation sexuelle³⁷⁶. Il s'ensuit que les droits relevant de la vie affective et familiale ne sont pas reconnus aux homosexuels³⁷⁷. La Cour exclut de manière générale la constitution de la famille monoparentale par la voie d'adoption pour les célibataires homosexuels en se fondant sur une appréciation *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, avant 2008, l'homosexualité est incompatible avec la finalité première de l'adoption, à savoir l'intérêt de l'enfant dans la mesure où cette orientation sexuelle présente un danger pour son

³⁷² CEDH, *Hoffmann c/ Autriche*, 23 juin 1993, req. n°12875/87 : « *En prenant en compte pour apprécier l'intérêt des enfants les répercussions négatives éventuelles de l'appartenance de la mère à la communauté religieuse des témoins de Jéhovah, la Cour suprême a violé l'article 8 combiné avec l'article 14, pareille différence de traitement étant discriminatoire...* ». Il s'agissait seulement d'une distinction orientée sur des considérations religieuses et non sur l'orientation sexuelle.

³⁷³ CEDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, req. n° 31417/96 et n° 32377/96 ; *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96. Mais cela concernait en l'espèce qu'une atteinte au seul article 8 consacrant le droit au respect de la vie privée et non pas l'orientation sexuelle.

³⁷⁴ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n°33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n°11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. Fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité. Pour rappel, dans cette affaire, la Cour a effectivement condamné le fait pour un Etat d'avoir refusé certains droits familiaux à une personne en raison de son orientation sexuelle.

³⁷⁵ Expression utilisée par F. RINGEL, « *in Vie privée, vie familiale, les difficultés d'application de l'article 8 Conv.EDH à l'homosexualité et au transsexualisme* », *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, le 1.10.1999, n° 4, p.1058.

³⁷⁶ Dans cet arrêt, la condamnation de la Cour d'appel de Lisbonne est justifiée par le fait que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminée dans la décision de retirer l'autorité parentale au père sur sa fille. La Cour européenne confirme ainsi qu'une personne ne doit pas être privée de l'exercice de ses droits familiaux en raison de son homosexualité. L'arrêt a aussi retenu une application inédite de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle qui n'est pas expressément visée par ce texte encore dépourvu de rôle indépendant.

³⁷⁷ Dans l'arrêt *Rees*, la Cour dispose que « *le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix ne remet pas en cause le fondement du droit de la filiation* ». V. CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A n° 106.

développement moral et physique. La position de la Cour conforte celle du Conseil d'Etat au niveau jurisprudentiel³⁷⁸ mais surtout au niveau législatif³⁷⁹.

171. Par ailleurs, l'exclusion de principe des célibataires homosexuels à la constitution de la famille monoparentale à travers l'adoption est motivée sans doute par un conformisme³⁸⁰ des nations européennes, et particulièrement la nation française, en ce qui concerne l'homosexualité. Avant 2008, la nation française perçoit l'homosexualité comme un danger et est donc, pour partie, opposée au renforcement des droits des homosexuels. La majorité de l'opinion commune n'est pas prête à cette époque-là, à ce qu'une décision progressiste plus novatrice soit prise dans ce domaine. Les Français restent persuadés dans leur grande majorité, avant 2008, qu'un enfant élevé dans une famille homosexuelle risque de devenir lui-même homosexuel ou de développer de graves troubles psychologiques. Cette conception française a peut-être poussé la Cour à prendre une décision rétrograde pour ne pas risquer de prendre des initiatives jurisprudentielles en ce qui concerne ce sujet.

Une évolution de la Cour est envisageable par le biais d'un revirement de jurisprudence qui pourrait effectivement faire évoluer sa position dans le sens d'une ouverture à la constitution de la famille monoparentale par la voie de l'adoption. Une affaire similaire va amorcer l'évolution de la jurisprudence européenne.

B - Une évolution amorcée de la jurisprudence de la CEDH

172. Une évolution de la jurisprudence de la Cour est envisageable puisqu'elle relève qu'en la matière « *le droit traverse une phase de transition* »³⁸¹. L'interprétation des textes par la Cour n'est jamais figée. Dès 1979 elle avait indiqué que la Convention devait toujours s'interpréter « *à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »³⁸². Pour que la jurisprudence de la Cour évolue il faut que les revirements de jurisprudence soient admis. Or, ceux-ci ont été autorisés par l'arrêt *Cossey* du 27 septembre 1990³⁸³. Cet arrêt a donné l'occasion à la Cour d'affirmer qu'elle ne se trouve pas liée par

³⁷⁸ La Cour apprécie, comme le fait aussi, le Conseil d'Etat, *in abstracto* l'intérêt de l'enfant pour ne pas retenir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au sens classique du principe du non discrimination de la Convention. Le refus d'agrément fondé sur les « *choix de vie* » de M. Fretté, à savoir son homosexualité, n'est pas constitutive d'une discrimination dans la mesure où il est légitimement et raisonnablement motivé par l'intérêt de l'enfant, c'est-à-dire sur les conséquences de l'homosexualité sur l'enfant.

³⁷⁹ La Cour a conclu que la France avait raisonnablement et légitimement pu considérer que le droit d'adopter prévu par l'article 343-1 du Code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soit remis en cause ses choix personnels.

³⁸⁰ Une logique pour un sujet neuf tel que l'adoption homosexuelle.

³⁸¹ Réf. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97, §41.

³⁸² CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31, précité.

³⁸³ CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n°10843/8, série A n° 184.

ses décisions antérieures. Il lui appartient au regard de sa propre jurisprudence d'apprécier le droit au moment où elle est amenée à décider.

173. Pour déterminer si une telle évolution est envisageable, un faisceau de facteurs doit être pris en compte, et tout d'abord le changement des comportements sociaux. Concernant la constitution de la famille monoparentale homosexuelle et plus largement la tolérance vis-à-vis de l'homosexualité, les mentalités ont beaucoup évolué ces dernières années. La tolérance à l'égard des homosexuels est de plus en plus forte. Si 41 % des Français déclaraient en 1995 qu'ils accepteraient « *bien* » que leur enfant soit homosexuel, ils sont 61 % en 2003. L'adoption par un couple homosexuel est encore rejetée à 51 % en 2002. Mais il est intéressant de suivre l'évolution de la nouvelle génération à plus long terme³⁸⁴, puisque 60 % des 15-24 ans se disent pour l'adoption, contre 22 % des 50-64 ans et 18 % des plus de 65 ans³⁸⁵.

174. Toutefois, une évolution des mentalités ne suffit pas. D'autres facteurs doivent être pris en considération, tels que la multiplication des adhésions à des traités internationaux et les recommandations des instances internationales. En l'espèce, de nombreux textes prohibent toute discrimination en raison de l'homosexualité. Au sein du Conseil de l'Europe, la recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite le Comité des ministres à « *ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination prohibés dans leurs législations nationales* ». De plus, la résolution « *Roth* » du Parlement européen du 8 février 1994 conduit les Etats membres de l'Union européenne, en ce qui concerne l'homosexualité, « *à œuvrer en faveur de l'égalité des droits, à supprimer toute forme de discrimination dont sont encore victimes les homosexuels* » et « *à lutter contre les préjugés dont ils sont l'objet dans la société* »³⁸⁶. Un consensus sur la tolérance vis-à-vis de l'homosexualité se dessine peu à peu autour des années 2000.

175. En dépit d'une décision défavorable à son projet d'adoption, M. Fretté n'a pas demandé le renvoi devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁷. En revanche une requête similaire avait été adressée en décembre 2002 à la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁸ : Mlle E.B, qui s'était également vu refuser l'agrément nécessaire à l'adoption³⁸⁹ par le président du Conseil général du Jura. Comme M. Fretté, Mlle E.B. s'est tournée vers la Cour

³⁸⁴ Pour les récents sondages en la matière : V. Annexe 8 : La position des Français sur les questions d'homoparentalité.

³⁸⁵ Chiffres issus d'un sondage de l'IFOP réalisé pour *Le Monde et Gay. Com*, paru dans *Le Monde*, le 29/30 juin 2003.

³⁸⁶ Cette résolution n'a pas de portée obligatoire.

³⁸⁷ L'article 43 de la Convention européenne des droits de l'Homme indique que dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

³⁸⁸ Affaire *Mlle B. c/ France*, n° 43546/02, déposée par fax le 2 décembre 2002 et par courrier le 3 décembre 2002 auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

³⁸⁹ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A et B.

alléguant de la violation par la France de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, en raison du traitement discriminatoire dont elle aurait fait l'objet.

Avec son arrêt du 22 janvier 2008³⁹⁰, la Cour va opérer un revirement de jurisprudence, considérant que Mlle E.B a bien fait l'objet d'une différence de traitement et que, contrairement à l'arrêt Fretté, cette distinction qui se rapporte uniquement à l'orientation sexuelle « *constitue une discrimination au regard de la Convention*³⁹¹ » (Titre 2).

³⁹⁰ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHATEL, précité.

³⁹¹ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n°33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n°11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

Titre 2 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle à partir de 2008

176. En 2008, six ans après l'arrêt *Fretté c/France*³⁹², la position de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'adoption par une personne célibataire homosexuelle fait l'objet d'une évolution remarquable : elle condamne la France pour discrimination concernant le refus d'agrément que s'est vu opposé une candidate à l'adoption homosexuelle³⁹³. La CEDH procède à un important revirement de jurisprudence, marquant une rupture significative avec le conservatisme du droit interne, plus particulièrement la position du Conseil d'Etat³⁹⁴. Le droit européen s'ouvre dorénavant à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption.

Avant 2008, la Cour affirmait qu'il y avait bien eu une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle concernant le refus d'agrément de M. Fretté. Mais celle-ci n'était pas discriminatoire dans la mesure où elle poursuivait un « *but légitime* » : la protection de l'enfant. Les autorités profitaient de la « *marge d'appréciation* » dont elles peuvent user en raison de l'absence d'un dénominateur commun parmi les législations des Etats membres et du défaut de consensus au sein de la communauté scientifique.

A partir de 2008, la Cour conclut à nouveau à l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B. Mais cette fois, elle estime que cette différence est discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination prévu à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Portant sur la même question (à savoir l'existence ou non d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le refus d'agrément opposé à un célibataire homosexuel) que celle posée à la Cour dans l'arrêt *Fretté c/France de 2002*, l'arrêt *E.B c/France* du 22 janvier 2008 adopte une solution diamétralement opposée qui a des conséquences directes sur le droit interne. La France est désormais contrainte d'appliquer strictement les règles définies par elle-

³⁹² CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. Fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

³⁹³ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n° 3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

³⁹⁴ La position du Conseil d'Etat consistant à rejeter systématiquement la constitution de la famille homosexuelle monoparentale en refusant d'accorder l'agrément à la personne célibataire homosexuelle est à partir de 2008 juridiquement plus tenable. V. CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, req. n°230533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503. ; CE, 9 oct. 1996, n°168.342, *Département de Paris c/ Frette*, *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. MAUGÜE ; *D.* 1997, Jur. p. 117, note P. MALAURIE ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLO (sous la direction de), coll. « Les Voies du Droit », PUF, 1998, pp. 139-150, précité.

même, en particulier l'article 343-1 du Code Civil qui n'avait jamais prévu d'exclure les célibataires homosexuels de l'adoption. Concrètement, Conseils généraux et services sociaux vont devoir adapter leur pratique, l'article L. 225-2 du Code de l'action sociale et des familles les ayant désignés comme le passage obligé de toute procédure d'adoption. La voie s'ouvre de manière magistrale en France à la constitution de la famille monoparentale sans distinction de l'orientation sexuelle (Chapitre 1).

177. La suite de la procédure engagée par Mlle E.B montre les difficultés des autorités administratives à prendre en compte la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, procédant à une nouvelle demande d'agrément en vue d'adopter, Mlle E.B se voit opposer un refus par le président du Conseil général. Mlle E.B saisit une nouvelle fois le tribunal administratif de Besançon en alléguant que ce refus est motivé en raison de son orientation sexuelle.

Pour motiver son refus, la commission d'agrément s'est appuyée principalement sur deux arguments : le manque d'engagement présumé de la compagne de Mlle E.B et la divergence exprimée entre cette dernière et sa compagne sur l'âge de l'enfant à adopter.

La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, saisie dans un premier temps par Mlle E.B, rend des observations sans équivoque : le refus d'agrément du Conseil général se fonde sur l'orientation sexuelle de la candidate à l'adoption et de sa compagne. La HALDE s'appuie en particulier sur le procès-verbal de la commission d'agrément pour motiver son argumentation.

Le tribunal administratif de Besançon, le 10 novembre 2009³⁹⁵ annule le refus d'agrément opposé à Mlle E.B mais en ne relevant toutefois aucune motivation discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle. Il considère que le président du Conseil général du Jura a procédé à une application inexacte du Code de l'action sociale et des familles.

Le tribunal administratif de Besançon, bien qu'il ne retienne pas l'argumentation de la HALDE, applique de façon implicite la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le refus d'agrément ne peut pas être motivé sur l'orientation homosexuelle du candidat à l'adoption.

La décision du tribunal administratif de Besançon, tout en suscitant des prises de position parfois vives dans l'opinion publique et sur le plan politique, ouvre la voie de l'adoption à une

³⁹⁵ TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299, *AJ fam.* 2009. 489, obs. F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, n° 5, note P. MURAT ; B. BEIGNIER, *Dr. fam.* 2009. Repère 11 ; H. RIHAL, *AJDA*, n°31, p. 1772- 1778 ; V. DONIER, *RDSS*, n° 1, p. 148-154 ; Y. FAVIER, *JPC G*, n° 48, p. 14-24.

personne célibataire homosexuelle. Elle marque dans le même temps l'avènement d'une nouvelle convergence entre le droit européen et le droit interne (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La CEDH reconnaît la famille monoparentale homosexuelle

« (...) les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (...). En conséquence, (...) la Cour estime que la décision litigieuse est incompatible avec les dispositions de l'article 14 combiné avec l'article 8 »³⁹⁶.

178. En 2008, la Cour a eu une deuxième occasion de se prononcer sur la possibilité ou non pour une personne célibataire homosexuelle de constituer une famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption comme le prévoit l'article 343-1 du Code civil à l'occasion de l'arrêt *E.B c/France*³⁹⁷. Suite au refus opposé à sa demande d'agrément en vue de l'adoption d'un enfant dont elle prétendait qu'il était lié à son homosexualité, Mlle E.B a saisi la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête fondée sur les articles 14 et 8 de la Convention, après comme il se doit, avoir épuisé les voies de recours internes³⁹⁸. En 2002 déjà, la Cour avait été saisie d'une requête contre la France dans les mêmes termes à propos de la délicate question de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption dans l'affaire *Fretté*³⁹⁹.

179. Dans son arrêt du 22 janvier 2008⁴⁰⁰, la Cour européenne des droits de l'homme envisage en termes nouveaux la question de la constitution de la famille homosexuelle

³⁹⁶ CEDH, Gr. ch., 22 janvier 2008, req. n°43546/02, *E.B c/ France*, §96 et § 97.

³⁹⁷ CEDH, Gr. ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n°28, obs. CHALTIEL F., précité.

³⁹⁸ L'affaire *E.B* s'était terminée en droit interne par la décision du Conseil d'Etat du 5 juin 2002. V. CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

³⁹⁹ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

⁴⁰⁰ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, req. n°43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. CHALTIEL F., précité.

monoparentale à travers l'adoption. Elle procède à un revirement prévisible⁴⁰¹ de jurisprudence puisqu'elle condamne la France pour violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en raison du refus d'agrément principalement motivé sur les orientations sexuelles de la requérante. La Cour se détache ainsi de la convergence avec le droit interne français qu'elle avait manifesté avant 2008. Elle avait suivi les arguments présentés par le gouvernement français, notamment les risques et les incertitudes que pouvait présenter l'homosexualité des candidats à l'adoption eu égard à l'intérêt de l'enfant. La Cour concluait que les autorités nationales avaient légitimement et raisonnablement pu considérer que l'adoption « *trouvait sa limite dans l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soient remis en causes ses choix personnels* »⁴⁰².

180. A partir de 2008, la Cour ne répond plus aux arguments des autorités françaises. La Cour européenne souligne que « *lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8*⁴⁰³ ». Désormais, la hiérarchie semble inversée, la prise en considération de l'homosexualité du requérant lors de la procédure d'agrément neutralise maintenant le motif de refus tiré de l'intérêt de l'enfant et les considérations sur l'orientation sexuelle constitutives d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention devant entraîner à présent la condamnation de la France.

181. Ce revirement de jurisprudence opéré par la Cour européenne des droits de l'homme va avoir pour conséquence de reconnaître la famille monoparentale sans distinction fondée sur l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire (Section 1). Mais, il va surtout entraîner des conséquences à la fois sur le droit européen avec une nouvelle lecture de la Convention européenne des droits de l'Homme en plus de l'apparition d'un nouveau consensus européen en la matière et sur le droit français dans la mesure où la constitution de la famille homosexuelle monoparentale va dorénavant être reconnue en raison de cette condamnation de la Cour⁴⁰⁴. Une nouvelle convergence progressiste entre le droit européen et le droit français se dessine ainsi en la matière à partir de 2008 (Section 2).

⁴⁰¹ Dans son arrêt *Fretté*, la Cour à une voix près n'avait pas condamné la France pour discrimination. V. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n°137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

⁴⁰² I. POIROT-MAZIERE, « De la gay pride... au Palais-Royal. A propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels », *AJDA*, mai 2002, p. 401, précité.

⁴⁰³ Arrêt. *E.B c/ France*, 22 janvier 2008, req. n°43546/02, §91.

⁴⁰⁴ La Cour européenne des droits de l'homme donne cette fois raison par dix voix contre sept. V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n°28, obs. F. CHALTIEL, précité.

Section 1 - Le fondement de l'ouverture : la famille monoparentale sans distinction de l'orientation sexuelle

182. Mlle E.B considère que les deux principaux motifs pour lui refuser l'agrément — absence de référent *paternel* et *comportement de sa partenaire* — font implicitement référence à son homosexualité et sont constitutifs d'une discrimination. En ce qui concerne le motif tiré de *l'absence de référent paternel*, la Cour considère que ce dernier fait effectivement implicitement référence à l'homosexualité de la requérante pouvant constituer une discrimination en vertu du principe de la non-discrimination. En revanche, la Cour estime que le motif tiré de l'attitude de sa partenaire est « *étranger à toute considération sexuelle* », mais qu'il a été tout même contaminé par l'illégitimité du premier.

183. Ce qui va permettre à la Cour d'établir dans un premier temps une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entraînant l'application du principe de la non-discrimination au regard de ces deux motifs (§1). Dans un second temps, la Cour va vérifier si cette différence de traitement est discriminatoire ou non en appliquant le principe de la non-discrimination de l'article 14 combiné à l'article 8 au sens de la Convention (§2). La reconnaissance de la Cour de l'existence d'une discrimination, en l'espèce, va permettre d'écarter définitivement la prise en compte de la différence de traitement fondée sur le motif de l'homosexualité dans l'accès à l'adoption et de reconnaître ainsi la constitution de la famille monoparentale sans distinction de l'orientation sexuelle.

§ 1 - L'application du principe de la non-discrimination au regard des motifs

184. Les autorités administratives françaises et le Conseil d'Etat⁴⁰⁵ se sont principalement fondés sur deux principaux motifs pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter Mlle E.B : à savoir *l'absence de référent paternel* dans son foyer et *le comportement de sa compagne* dans le projet d'adoption. Concernant le premier motif tiré de *l'absence de référent paternel*, la Cour estime qu'un tel motif établit bien une différence de traitement fondée sur la seule orientation sexuelle de Mlle E.B constitutive d'une discrimination (A).

⁴⁰⁵ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

185. En revanche, quant au second motif tiré du *comportement de la compagne* de Mlle E.B, la Cour estime qu'un tel argument est étranger à toute considération sexuelle de Mlle E.B. Par conséquent, elle considère qu'il ne saurait y voir une discrimination en raison de l'homosexualité de la requérante sur ce point. Cependant, la Cour retient que « *le caractère illégitime de l'un des motifs* », celui de *l'absence de référent paternel*, « *a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* »⁴⁰⁶. Partant dans ce sens, les « *orientations sexuelles de la requérante n'ont cessé d'être au centre du débat* »⁴⁰⁷ et le principe de la non-discrimination au regard des deux motifs trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce à Mlle E.B. (B).

A - L'absence de référent paternel : un motif fondé sur l'homosexualité

186. Le refus d'agrément opposé à Mlle E.B était pour partie fondé sur *l'absence de référent paternel* dans l'entourage de la requérante. La Cour estime que cela ne constitue pas nécessairement une atteinte à la Convention, mais qu'il est permis de s'interroger sur son bien-fondé. En l'espèce, la demande d'agrément étant présentée par un célibataire et non par un couple et sur le rôle que ce motif joue dans le refus d'agrément. La Cour observe que la législation française autorise l'adoption par une personne seule⁴⁰⁸. Elle n'érige donc pas l'altérité sexuelle en condition de l'accueil d'un enfant⁴⁰⁹. Autrement dit, dès lors que l'Etat reconnaît la possibilité d'adopter pour les personnes célibataires, il admet a fortiori qu'un référent, maternel ou paternel au demeurant manque. De plus, exiger de la requérante qu'elle justifie dans son entourage proche, la présence d'un référent de l'autre sexe, risque de « *vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément*⁴¹⁰ » dès lors que la présente affaire ne concerne pas encore une fois une demande d'agrément en vue d'adopter, présentée par un couple, marié ou non, mais par une célibataire.

187. Aux yeux de la Cour, un tel motif aurait donc pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité. La Cour précise d'ailleurs qu'il appartenait au Gouvernement d'apporter la preuve que le motif de *l'absence paternelle* aurait pu être opposé à tout demandeur n'ayant pas de personne de l'autre sexe dans son entourage proche, quelle que soit son orientation sexuelle⁴¹¹. Or, la Cour relève que le gouvernement français « *n'a pas été en mesure de produire des informations statistiques sur le recours à un tel*

⁴⁰⁶ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §80.

⁴⁰⁷ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §88.

⁴⁰⁸ Réf. Article 343-1 du Code civil, précité.

⁴⁰⁹ CAA Bordeaux 24 juin 1997, *RDSS* 1998. p. 172.

⁴¹⁰ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §73.

⁴¹¹ On peut toutefois légitimement se demander si le juge de Strasbourg ne réécrit pas la loi de 1966 en confirmant l'ajout d'une condition supplémentaire non prévue par la loi posant ainsi non plus un problème d'égalité mais de légalité.

motif selon l'orientation sexuelle des demandeurs — déclarée ou connue — seules à même de fournir une image fidèle de la pratique administrative et d'établir l'absence de discrimination dans son utilisation »⁴¹². En d'autres termes, le gouvernement n'a pas été en mesure de prouver que son utilisation au plan interne ne conduisait pas à des discriminations⁴¹³. Le défaut de preuve ainsi fourni par le Gouvernement justifie le caractère discriminatoire du recours permanent du motif de l'absence de référent paternel par la pratique administrative.

188. La Cour ne conteste donc pas l'intérêt d'un recours systématique à l'absence de référent paternel⁴¹⁴, mais bien l'importance que lui accordent les autorités internes s'agissant d'une adoption par une personne célibataire homosexuelle et le caractère excessif de « *son utilisation dans les circonstances de l'espèce* »⁴¹⁵. La Cour souligne que les dispositions pertinentes du Code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe, cette dernière ne dépendant de toute façon pas des orientations sexuelles du parent célibataire adoptif. Dans ce sens, la Cour relève des contradictions. Par exemple, le fait que « *c'est le statut de célibataires qui a été contesté et opposé à la requérante alors même que la loi prévoit expressément le droit pour les célibataires de demander à pouvoir adopter*⁴¹⁶ ». De plus, la requérante présentait, pour reprendre les termes du Conseil d'Etat⁴¹⁷, « *des qualités humaines et éducatives certaines* », ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments nationaux et internationaux⁴¹⁸.

189. La Cour estime ainsi que si ce n'est pas expressément, du moins explicitement le manque de référent paternel reproché à *Mlle E.B* prend en compte l'homosexualité de celle-ci. Il a joué un rôle décisif dans le refus qui lui est opposé et « *l'homosexualité de la requérante a été aussi présente dans les motivations des autorités internes est significatif* »⁴¹⁹. La Cour constate ainsi que

⁴¹² Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 74.

⁴¹³ On constate ici que la Cour ne se prive pas « d'épingler » le gouvernement français dans sa légèreté à démontrer le bien fondé de sa position.

⁴¹⁴ Il est effectivement indéniable que l'absence de référent de l'autre sexe est plus marquée lorsque la candidature à l'adoption est homosexuelle, notamment parce que la personne avec qui vit ou avec qui elle pourrait vivre est du même sexe qu'elle, alors qu'une candidate hétérosexuelle est davantage susceptible de partager sa vie avec une personne de l'autre sexe. Il fallait donc prouver qu'un tel motif pouvait être opposé à n'importe quel célibataire fut-il homosexuel ou hétérosexuel. Obs. faites par A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *JCP G* 2008, II, 10071, précité.

⁴¹⁵ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §87.

⁴¹⁶ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §86.

⁴¹⁷ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

⁴¹⁸ A savoir, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants ou du projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants et la coopération en matière internationale et Convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui prévoit d'ailleurs dans son article 3-1 : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

⁴¹⁹ Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, §85.

« malgré les précautions de la Cour d'appel de Nancy⁴²⁰, puis du Conseil d'Etat⁴²¹ pour justifier la prise en compte des « conditions de vie » de la requérante, force est de constater que les orientations sexuelles de cette dernière n'ont cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elles ont été omniprésentes à tous les niveaux de la procédure administrative et juridictionnelle »⁴²². La Cour conclut que l'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et elle a revêtu un caractère décisif menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter.

La Cour déduit que le motif tiré de l'absence de référent paternel pour refuser l'agrément établit une différence de traitement qui repose de fait sur l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire ; ce motif justifiant l'application du principe de la non-discrimination. En revanche, quant au second motif tiré du comportement de la compagne de Mlle E.B, la Cour adopte une position différente. Un tel motif est étranger à toute considération sexuelle de Mlle E.B et ne peut constituer une discrimination.

B - Le comportement de la compagne de Mlle E.B : un motif étranger à la référence de l'homosexualité

190. Mlle E.B allègue devant la Cour que le motif tiré de la place et de la position de sa compagne dans sa démarche en vue d'adopter est discriminatoire dans la mesure où il fait implicitement référence à son orientation sexuelle. En soutien de sa prétention, elle invoque les articles 343⁴²³ et 343-1 du Code civil qui disposent que l'adoption est ouverte aux époux et à une personne célibataire⁴²⁴. Mlle E.B souligne également qu'elle a reçu l'assistante sociale avec sa compagne et que, par la suite, les différents intervenants dans la phase d'instruction de sa demande d'agrément n'ont jamais demandé à rencontrer sa compagne. Ce motif cache ainsi, selon elle, un rejet fondé uniquement sur son orientation sexuelle, constitutive d'une discrimination en vertu du principe de la non-discrimination.

⁴²⁰ CAA Nancy, 21 décembre 2000, *Mlle B.*, D. 2001, p.1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA, *RTD civ.* 2001, p. 346, obs. J. HAUSER, *AJDA* 2001, p.291, concl. P. ROUSSELLE, *RFDA* 2001, p. 1292, note A. MARCEAU, précité.

⁴²¹ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. Fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

⁴²² Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §88.

⁴²³ Article 343 du Code civil : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

⁴²⁴ Mlle E.B déduit dans ce sens que les concubins ne sont pas visés et, partant ils ne sont pas partie à la procédure d'adoption et ne bénéficient d'aucun statut juridique une fois un enfant adopté. Compte tenu de son droit à être soumise à des règles de droit prévisibles, Mlle E.B réfute un motif de rejet ignoré par la loi elle-même.

191. En l'espèce, la Cour constate sur ce point que les autorités internes ont relevé qu'elle était la compagne ancienne et déclarée de Mlle E.B et qu'elle ne se sentait pas engagée par la demande d'adoption de son amie. Les autorités internes ont ainsi conclu que Mlle E.B n'offrait pas les garanties suffisantes pour accueillir un enfant au sein d'un foyer. La Cour relève ensuite que, contrairement à ce que soutient la requérante, la question de l'attitude de sa compagne, avec qui elle indique vivre une relation stable et durable, n'est pas sans intérêt et sans pertinence pour l'appréciation de sa demande⁴²⁵.

192. Selon la Cour, il est légitime que les autorités administratives s'entourent de toutes les garanties en vue de l'accueil éventuel d'un enfant dans une famille. Elle estime que dès lors que le demandeur ou la demanderesse, bien que célibataire, a déjà constitué un foyer avec un ou une partenaire, la position de ce dernier et la place qu'il occupera nécessairement au quotidien auprès de l'enfant qui viendra vivre dans le foyer déjà formé, commandent un examen spécifique, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, en l'espèce, le détachement de la compagne « *pouvait être interprété comme un élément peu sécurisant pour l'enfant, avec un risque pour lui de se trouver en concurrence, en termes d'affection et de disponibilité, avec la partenaire de la requérante* »⁴²⁶. La Cour considère qu'il serait d'ailleurs pour le moins surprenant que les autorités compétentes, informées de l'existence d'un couple « de fait », feignent d'ignorer une telle donnée dans l'évaluation des conditions d'accueil et de vie futures d'un enfant au sein de son nouveau foyer. Le statut juridique de la demanderesse n'est pas incompatible avec une analyse de sa situation réelle et le constat subséquent de la présence non pas d'un, mais de deux adultes dans le foyer⁴²⁷.

193. Enfin, la Cour note que l'article 4 du décret du 1er septembre 1998⁴²⁸ exige du président du Conseil général qu'il s'assure des conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'importance de ces garanties dont doivent s'entourer les autorités avant d'autoriser une personne à adopter ressort également des instruments internationaux en la matière, qu'il s'agisse de la Convention des droits de l'enfant des Nations Unies du 20 novembre 1989, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 ou du projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants. En l'espèce, le défaut d'investissement de la personne qui vit au foyer de l'adoptante et qui participera, le cas échéant, à l'accueil de l'enfant adopté, pouvait susciter un doute quant à la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Ainsi la Cour considère que ce critère employé par les autorités administratives est légitime pour apprécier la pertinence de l'adoption au regard de l'intérêt de l'enfant.

⁴²⁵ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, §75, 76 et 77.

⁴²⁶ Reprise des arguments du Gouvernement français, en l'espèce, l'arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02 §39.

⁴²⁷ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 76.

⁴²⁸ Décret n°98-771 du 1 septembre 1998 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger.

194. A ce stade de son raisonnement, la Cour conclut que rien ne permet d'établir qu'un tel motif serait fondé sur l'orientation sexuelle comme le prétend la requérante. Il est incontestable, selon la Cour, qu'un tel motif peut tout aussi bien être opposé à une personne installée dans une relation hétérosexuelle. Elle estime ainsi que ce motif, étranger à toute considération sur l'orientation sexuelle de l'intéressée, repose sur une simple analyse de la situation de fait avérée et des conséquences de celle-ci quant à l'accueil d'un enfant. En conséquence, aux yeux de la Cour, il ne peut y avoir de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la requérante sur ce point⁴²⁹.

195. Toutefois, la Cour relève que l'administration a fondé sa décision sur les deux motifs pris dans leur globalité, et « *qu'ils ne sauraient être considérés alternativement, mais doivent au contraire être appréciés cumulativement* ». « *En conséquence, le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision*⁴³⁰ ». La Cour constate effectivement que la situation de Mlle E.B avait fait l'objet d'une appréciation globale par les autorités internes. Autrement dit, elles ne se sont pas fondées sur un motif à titre exclusif, mais sur « l'ensemble » des éléments. Les deux principaux motifs doivent donc être appréciés, selon la Cour, cumulativement. Le caractère illégitime d'un seul à savoir l'absence de *référént paternel* a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision. En retenant le caractère discriminatoire du motif tiré de *l'absence de référént paternel*, la Cour retient ainsi une différence de traitement fondée sur l'homosexualité de la requérante dans sa globalité alors même que le motif tiré de l'attitude de la compagne de Mlle E.B ne permet pas de retenir une référence à l'homosexualité. La théorie de la contamination a fait l'objet de vives critiques notamment dans les opinions dissidentes et concordantes des juges. Dans les opinions dissidentes des juges minoritaires, l'erreur de la Cour se situe en amont : elle n'aurait pas dû juger que la différence de traitement était motivée par l'orientation sexuelle de la requérante. Au soutien de leur opinion, ils rappellent que les autorités administratives françaises ne s'étaient pas fondées exclusivement sur l'absence de « *référént paternel* » (attitude qui peut être assimilée à une différence de traitement en raison de l'orientation sexuelle), mais également sur le fait qu'il existait des doutes sur l'implication de la compagne de la requérante et donc sur l'investissement de chaque

⁴²⁹ Il est étonnant que la Cour n'est pas retenue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sur le motif tiré de l'attitude de la partenaire de Mlle E.B. L'absence de discrimination retenue par la Cour sur le motif de l'attitude de la compagne de Mlle E.B est en effet contestable en l'espèce. La prise en compte de ce motif par les autorités administratives internes peut être considérée comme un moyen détourné pour faire implicitement référence à l'homosexualité de Mlle E.B. Ce qui dérange les autorités administratives internes ce n'est pas le comportement de Mlle E.B vis-à-vis du projet d'adoption mais c'est son homosexualité et surtout la relation stable et durable qu'elle entretient. Autrement dit, c'est le couple homosexuel formé par Mlle E.B et Mlle R. qui dérange les autorités administratives internes. Elles sont conscientes que si Mlle E.B obtient l'agrément pour pouvoir adopter un enfant, celui-ci grandira au sein d'un foyer homosexuel. Autrement dit, une « famille homosexuelle » qui ne représente pas la famille hétérosexuelle traditionnelle française conforme à l'intérêt de l'enfant, raison pour laquelle les autorités administratives internes refusent l'agrément, en l'espèce, à Mlle E.B. La décision de refus d'agrément du président du conseil général du Jura du 26 novembre 1998 reflète bien cette idée. Cette décision est motivée comme suit : « *il existe des craintes que l'enfant ne puisse trouver au sein de ce foyer les différents repères familiaux nécessaires pour permettre la structuration de sa personnalité et de son épanouissement* ».

⁴³⁰ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 80.

membre du foyer par rapport à l'enfant accueilli. Par conséquent, selon les juges minoritaires, il n'était pas concevable de considérer que l'orientation sexuelle de Mlle E.B était le « *motif décisif* » du refus qui lui avait été opposé⁴³¹. Cet argument n'a guère convaincu les juges majoritaires qui ont estimé que le caractère illégitime de l'un des motifs (l'orientation sexuelle) avait pour effet de « contaminer » l'ensemble de la décision⁴³².

La Cour peut alors affirmer que Mlle E.B a bien fait l'objet d'une distinction sur son homosexualité dont elle doit maintenant examiner le but afin d'en vérifier l'éventuel caractère légitime et justifié. Pour cela, la Cour va vérifier si cette différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle est constitutive d'une discrimination en application du principe de la non-discrimination au sens de la Convention.

§ 2 - L'applicabilité du principe de la non-discrimination au regard de la Convention

196. Mlle E.B allègue devant la Cour que son refus d'agrément est fondé sur son orientation sexuelle en tant qu'elle porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée et constitue un traitement discriminatoire au regard du principe de la non-discrimination en application de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. La Cour considère d'abord que le droit de toute personne célibataire de pouvoir adopter prévu par la législation française entre bien dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. Cet article s'applique en l'espèce. La Cour estime en effet que les orientations sexuelles de Mlle E.B ont été omniprésentes à tous les niveaux de la procédure administrative et qu'elle a fait ainsi l'objet d'une différence de traitement fondée sur sa seule orientation sexuelle.

197. La Cour conclut à l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention, mais contrairement à son arrêt *Fretté*⁴³³, elle considère que la distinction fondée sur l'orientation sexuelle pour refuser l'agrément à Mlle E.B, est constitutive d'une discrimination à l'égard du principe de la non-discrimination au sens de la Convention (A). La Cour va opérer un revirement de sa jurisprudence *Fretté* en retenant une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la

⁴³¹ V. Surtout les opinions dissidentes du juge COSTA, du juge MULARONI et du juge LOUCAIDES.

⁴³² V. Aussi A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, *JCP G*, II, 10071, pour qui la théorie de la contamination heurte le principe dégagé par la jurisprudence administrative selon lequel l'illégalité d'un des motifs d'une décision n'emporte pas l'illégalité de cette dernière si l'administration aurait pris la même décision en ne se fondant que sur les autres motifs légaux. V. En ce sens, CE, ass. 12 janvier 1968, n° 70951.

⁴³³ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

Convention. L'effet sera d'écarter la prise en compte de l'homosexualité de la procédure d'adoption, ouvrant ainsi la voie à la reconnaissance de la constitution de la famille monoparentale sans distinction de l'orientation sexuelle (B).

A - L'application retenue de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention

198. La Cour constate que Mlle E.B allègue avoir subi, à toutes les phases de la procédure de demande d'agrément en vue d'adopter, un traitement discriminatoire fondé sur sa seule orientation sexuelle et portant ainsi atteinte à son droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. La Cour rappelle, comme dans l'arrêt *Fretté*, que les dispositions de cet article qui protègent le droit de mener une vie familiale et le respect de la vie privée ne garantissent pas le droit de fonder une famille ou le droit d'adopter. La Cour précise également que le droit au respect d'une « *vie familiale* » ne protège pas le simple désir de fonder une famille⁴³⁴. Il présuppose l'existence d'une famille⁴³⁵, voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer⁴³⁶, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage⁴³⁷, d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie⁴³⁸, ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive⁴³⁹. La Cour rajoute enfin que le droit d'adopter n'est pas davantage octroyé par le droit interne ou par d'autres instruments internationaux, telle que la Convention relative aux droits de l'enfant ou la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

199. La Cour juge, néanmoins, que la notion de « *vie privée* », au sens de l'article 8 de la Convention est un concept large et ne se prête pas à une définition exhaustive⁴⁴⁰. Elle ne doit pas être interprétée de façon restrictive⁴⁴¹. Ainsi, selon les circonstances de l'espèce, le terme de « *vie privée* » comprend un certain nombre de droits, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables⁴⁴², le droit au « développement personnel »⁴⁴³, l'intégrité morale et

⁴³⁴ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 41.

⁴³⁵ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A n° 31, § 31, précité.

⁴³⁶ La CEDH détermine l'existence d'une vie familiale au cas par cas, en se fondant sur les faits de chaque cause. Le critère pertinent en la matière est l'existence de liens effectifs entre les individus. V. CEDH, 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*, req. n°10593/08, § 152, CEDH, 12 juillet 2001, *K et T. c/ Finlande*, req. n°25702/94, § 150.

⁴³⁷ CEDH, 29 juin 1999, *Nylund c/ Finlande*, req. n°27110/95, 1999- VI.

⁴³⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, série A n° 94, p. 32, § 62, précité.

⁴³⁹ CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c/ Roumanie*, req. n°78028/01 et 78030/01, § 148.

⁴⁴⁰ CEDH, 15 mars 2012, *Aksu c/ Turquie*, req. n°4149/04 et 41029/04, §58, CEDH, 3 avril 2012, *Gillberg c/ Suède*, req. n°41723/06, §66, CEDH, 4 décembre 2008, *S.et Marper c/ Royaume-Uni*, req. n°30562/04 et req. n°30566/04.

⁴⁴¹ CEDH, 16 février 2000, *Armann c/ Suisse*, req. n°27798/95, § 65.

⁴⁴² CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A n° 251- B, p. 33, § 29, précité.

⁴⁴³ CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*, req. n°445/99, § 47.

physique de la personne⁴⁴⁴ ou le droit à l'autodétermination en tant que tel⁴⁴⁵. Elle englobe des éléments comme le nom⁴⁴⁶, l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, qui relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8⁴⁴⁷, ainsi que le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir⁴⁴⁸. En l'espèce, la présente affaire ne concerne ni l'adoption par un couple, ni celle qui peut être sollicitée par le ou la partenaire de même sexe que le parent biologique, mais uniquement l'adoption par une personne célibataire. En revanche, si l'article 8 de la Convention ignore cette question, la Cour constate que la législation française accorde expressément aux célibataires le droit de demander l'agrément en vue d'adopter⁴⁴⁹ et établit une procédure à cette fin. Dès lors, la Cour procède à l'élargissement du champ d'application de l'article 8 de la Convention et estime que les circonstances de l'espèce tombent, à n'en pas douter, sous l'empire de cet article⁴⁵⁰.

200. La Cour reprend ici à l'identique les mêmes arguments que dans l'arrêt *Fretté* pour rattacher « *la vie privée* » au fait du litige garanti par l'article 8. Ce rattachement va ainsi permettre à la Cour d'appliquer l'article 14 de la Convention. Mlle E.B allègue avoir été victime d'une discrimination dans l'exercice de son droit accordé par la législation interne en raison de son orientation sexuelle, notion couverte par le principe de la non-discrimination prévu à l'article 14 de la Convention. La Cour relève que sur les deux motifs pris en considération pour refuser l'agrément à Mlle E.B, seul le motif de « *l'absence de référent paternel* » fait implicitement référence à son homosexualité⁴⁵¹. Aux yeux de la Cour, le recours à un tel motif conduit ainsi à un refus arbitraire car totalement illogique et sert donc de prétexte à écarter la demande de Mlle E.B en raison de son homosexualité. La Cour estime donc que l'importance donnée par les autorités administratives à un tel motif se fonde exclusivement sur l'homosexualité de Mlle E.B. En d'autres termes, la Cour ne conteste pas l'intérêt du recours à l'absence de référent paternel par les autorités et les juridictions administratives, mais son caractère excessif de son utilisation dans les circonstances de l'espèce. La Cour fait de nouveau un parallèle avec l'affaire *Fretté*⁴⁵². Elle conclut que le refus d'agrément opposé à Mlle E.B est motivé par son homosexualité en tant que telle. Elle considère donc que Mlle

⁴⁴⁴ CEDH, 3 avril 2012, *Gillberg c/ Suède*, req. n°41723/06, §66, précité.

⁴⁴⁵ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n°2346/02, § 61.

⁴⁴⁶ CEDH, 22 février 1994, série A n°280- B, p. 28, § 24.

⁴⁴⁷ V. Par exemple : CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Unis*, série A n° 45, pp. 18-19, § 41.

⁴⁴⁸ CEDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Unis*, req. n°6339/05.

⁴⁴⁹ Article 343- 1 du Code civil, précité.

⁴⁵⁰ V. F. SUDRE, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale, in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Némésis-Bruylant, « Droit et Justice », n°38, 2002, p. 11.

⁴⁵¹ Réf. Section 1, §1, A de ce chapitre.

⁴⁵² Dans l'affaire *Fretté*, la Cour avait également constaté que les autorités administratives et judiciaires avaient principalement motivé le refus d'agrément par les « choix de vie » du requérant. La Cour avait ainsi conclu que M. Fretté avait fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle, notion couverte par l'article 14 de la Convention.

E.B a fait l'objet d'une différence de traitement fondée sur sa seule orientation sexuelle, notion couverte par l'article 14 de la Convention⁴⁵³. La Cour en déduit que l'article 14 combiné à l'article 8 trouve ainsi à s'appliquer en l'espèce.

A ce stade de son raisonnement, la Cour va examiner si le traitement opéré à la demande d'agrément de Mlle E.B est discriminatoire au regard du principe de non-discrimination posé par la Convention. Contrairement à l'argumentation qui avait été développée dans l'arrêt Fretté, la Cour va constater que le refus opposé à Mlle E.B constitue bien une discrimination, en s'appuyant sur une combinaison des articles 14 et 8 de la Convention, opérant ainsi un revirement de sa jurisprudence. La Cour va ainsi faire évoluer son interprétation de la Convention pour contraindre le droit français à reconnaître la possibilité à une personne célibataire homosexuelle d'adopter pour constituer une famille monoparentale⁴⁵⁴.

B - La violation retenue de l'article 14 combiné 8 de la Convention

201. La Cour constate que la référence à l'homosexualité de Mlle E.B est significative dans les motivations des autorités internes. Elle constate en l'espèce que certains avis ont été rédigés en des termes révélateurs, s'agissant de la prise en compte, de manière déterminante, de l'homosexualité de la requérante. Au soutien de cette prétention, la Cour note l'avis défavorable du 12 octobre 1998 dans lequel le psychologue du service de l'aide sociale à l'enfance a évoqué une « *attitude particulière [de la requérante] vis-à-vis de l'homme dans le sens où il y a refus de l'homme* ». La Cour constate également que le statut de célibataire a été contesté et opposé à la requérante, alors même que la loi prévoit expressément le droit pour les célibataires de demander à pouvoir adopter. Cela ressort, comme le démontre la Cour, dans le compte rendu de la psychologue de l'entretien du 28 août 1998 avec Mlle E.B dans lequel il est expressément dit que « *toutes les études sur la parentalité démontrent qu'un enfant a besoin de ses deux parents* ». D'autre part, le représentant du conseil de famille, de l'association des pupilles et anciens pupilles auprès de la Commission, a fondé, le 28 octobre 1998, son avis défavorable sur le fait qu'il était nécessaire que la famille d'accueil d'un enfant à adopter soit composée « *d'un couple mixte (homme et femme)* ».

202. Le recours systématique à l'absence de « *réfèrent paternel* » conduit la Cour à remettre en cause la légitimité de la prise en compte d'un tel élément qui ne fait que mettre en évidence le

⁴⁵³ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n°33290/96 ; JCP 2000, I, 203, n°11, chron. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

⁴⁵⁴ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 49.

caractère abusif de l'utilisation de l'homosexualité dans les circonstances de l'espèce. La Cour estime ainsi que « *la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus de l'agrément en vue d'adopter* »⁴⁵⁵. La Cour constate que Mlle E.B a bien fait l'objet d'une différence de traitement qui se rapporte exclusivement à son orientation sexuelle. Le motif exclusif de l'homosexualité de Mlle E.B conduit alors la Cour à rechercher, comme elle l'avait d'ailleurs fait dans l'arrêt *Fretté*, si la distinction constitue une discrimination au regard du principe de la non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention.

203. La différence essentielle entre l'affaire *Fretté* et la présente espèce réside dans la reconnaissance par la Cour du caractère discriminatoire de la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de la requérante⁴⁵⁶. La Cour rappelle dans ce sens qu'une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14, « *si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁴⁵⁷. En d'autres termes, la notion de discrimination comprend « *les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable* »⁴⁵⁸. La Cour considère aussi que « *l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes* »⁴⁵⁹. Deux critères cumulatifs caractérisent donc la discrimination : une différence de traitement dans l'exercice des droits et un manque de justification objective et raisonnable.

204. Selon la Cour : « *lorsque les orientations sexuelles sont en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement* »⁴⁶⁰. Elle note que « *les dispositions permanentes du Code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe* »⁴⁶¹. En l'espèce, rajoute la Cour, « *la requérante présentait, pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat, “des qualités humaines et éducatives certaines”, ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents* »⁴⁶². La Cour considère ainsi que « *les raisons avancées par le gouvernement français ne sauraient être*

⁴⁵⁵ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 89.

⁴⁵⁶ Ce changement de position jurisprudentielle de la Cour s'est opéré en faisant une nouvelle interprétation évolutive du principe de la non-discrimination de la Convention. Ce qui justifie ainsi très bien sa position conservatrice d'avant 2008, un refus de discrimination, et sa position progressiste d'après 2008, une reconnaissance de discrimination.

⁴⁵⁷ Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 91.

⁴⁵⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n°9214/80, 9473/81, 9474/81, précité.

⁴⁵⁹ CEDH, 12 février 2008, *Kafkaris c/ Chypre*, req. n°21906/04, § 161.

⁴⁶⁰ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 91.

⁴⁶¹ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 95.

⁴⁶² Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 95.

qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante⁴⁶³ ». La Cour, postérieurement à son arrêt *Fretté*, a sans aucun doute, en l'espèce, sensiblement « durci » son contrôle sur la justification objective et raisonnable à laquelle, de jurisprudence constante, toute différence de traitement doit répondre. Empruntant la démarche qu'il avait jusque là suivie pour les distinctions fondées sur la naissance⁴⁶⁴ ou sur le sexe⁴⁶⁵, le juge européen a étendu aux différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle l'exigence selon laquelle « seules de très fortes raisons » peuvent les justifier dans une législation nationale⁴⁶⁶.

205. La Cour se réclame donc expressément d'une interprétation évolutive⁴⁶⁷, qui ici ne prend pas appui sur quelconque consensus européen⁴⁶⁸. La Cour déduit que l'orientation sexuelle de Mlle E.B a joué un rôle déterminant pour lui refuser l'agrément nécessaire à l'adoption et le recours systématique par les autorités administratives internes à l'absence de référent paternel de la requérante a conduit à opérer une différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle, constitutive d'une discrimination non tolérée au regard du principe de la non-discrimination de la Convention⁴⁶⁹. La Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention et condamne la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elle opère ainsi un revirement de jurisprudence par rapport à sa jurisprudence *Fretté*. A partir de 2008, la Cour donne au principe de la non-discrimination prévue à l'article 14 de la Convention un sens diamétralement différent qui se conforme clairement à une conception plus progressiste consistant dorénavant à retenir une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle quant au refus d'agrément à l'égard d'une personne célibataire homosexuelle. En conséquence, la distinction discriminatoire reconnue à présent par la Cour au regard du principe de la non-discrimination de la Convention ouvre la constitution de la famille monoparentale homosexuelle à travers l'adoption à Mlle E.B, ce qui était fermé avant 2008.

Le revirement de la jurisprudence opéré par la Cour - c'est à dire la reconnaissance du droit d'adoption sans distinction de l'orientation sexuelle – va produire plusieurs conséquences. En droit européen avec une nouvelle interprétation de la Convention et la naissance d'un nouveau consensus. En droit interne, à partir de 2008, la convergence réalisée avec le droit européen va permettre l'ouverture à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale.

⁴⁶³ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 94.

⁴⁶⁴ CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74, série A, n° 31 précité.

⁴⁶⁵ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n°912/80 ; 9473/81 et 9474/81, série A n° 94, précité.

⁴⁶⁶ CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*, *JCP G* 2003, I, 160, n°16, chron. F. SUDRE ; CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche* req. n°40016/98, §42, *JCP G* 2004, I, 107, n°18, chron. F. SUDRE.

⁴⁶⁷ Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 97.

⁴⁶⁸ V. Section 2, §1, B, de ce chapitre.

⁴⁶⁹ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Monto*, req. n°33290/96, § 38, précité.

Section 2 - Les conséquences de cette ouverture : le droit européen et le droit français de nouveau convergents

206. Dans son arrêt *E.B c/France*, la Cour procède à une interprétation évolutive de la Convention dans la mesure où elle insère maintenant clairement le droit d'adoption par une personne célibataire homosexuelle dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. C'est aussi dans cette nouvelle perspective qu'un consensus en matière d'adoption homoparentale apparaît progressivement et s'élargit de façon significative au sein de l'Europe suite à la condamnation de la Cour pour donner naissance en droit européen à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale (§ 1).

207. Cette reconnaissance va avoir ainsi des conséquences sur le droit interne. La condamnation de la Cour oblige la France à faire une nouvelle lecture plus progressiste de l'article 343-1 du Code civil qui prévoit l'adoption par une personne seule. Tout refus d'agrément motivé par des considérations fondées sur l'homosexualité du célibataire adoptant, alors même que la législation française prévoit la possibilité pour une personne célibataire d'adopter, sera dorénavant constitutif d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention. Il revient désormais aux autorités administratives internes de se montrer particulièrement vigilantes quant aux motifs employés. Tout motif qui pourrait, de près ou de loin, être rattaché à l'orientation sexuelle du requérant doit être évité au profit d'argument totalement neutre, sous peine d'être sanctionné par la Cour. Cette nouvelle lecture de l'article 8 de la convention va ouvrir le droit français à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption tout en permettant la convergence du droit européen en la matière (§2).

§ 1 - Les incidences à l'égard du droit européen

208. Le grief de discrimination soulevé par Mlle E.B à permis à la Cour de rattacher définitivement le refus d'agrément à l'adoption au droit garanti par l'article 8 de la Convention. Aux contorsions de l'arrêt *Fretté*, la Cour s'inscrit ainsi dans une démarche évolutive selon laquelle l'accès à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle est dorénavant garanti par l'article 8 de la Convention (A). De plus, la condamnation de la Cour incite d'autres pays européens à ouvrir la possibilité pour les personnes et les couples homosexuels de constituer une famille à travers

l'adoption. Un nouveau consensus européen fait son apparition pour donner naissance à une nouvelle perception progressiste au sein de l'Union européenne en la matière (B).

A - Une nouvelle interprétation de la Convention par la Cour

209. L'arrêt *E.B c/France*⁴⁷⁰ rendu en l'espèce par la Cour rappelle que l'applicabilité du sens du principe de la non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention, selon une jurisprudence bien établie, est en définitive soumise à la seule condition que les faits ou mesures litigieux « tombent sous l'empire » de l'une des dispositions substantielles de la Convention⁴⁷¹. Cette condition décisive est entendue de manière souple par la Cour européenne des droits de l'homme, dès sa décision du 23 juillet 1968 dans l'affaire *linguistique belge*⁴⁷², où elle étend l'interdiction de discrimination de l'article 14 à un droit que l'Etat partie garantit dans son droit interne de manière plus ample que ce que prévoit la Convention. Plus généralement, l'interdiction de la discrimination au sens du principe de la non-discrimination déborde la sphère des droits énoncés par la Convention et, comme le précise désormais le juge de Strasbourg, s'applique « aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger »⁴⁷³.

210. L'arrêt *E.B* fait expressément application de cette technique du « droit additionnel » au droit d'accès à l'adoption⁴⁷⁴. Il suffit à la Cour européenne de constater que si l'article 8 de la Convention ne comporte pas un droit d'accès à l'adoption par une personne célibataire, la France est allée au-delà de ses obligations en créant dans sa législation un tel droit⁴⁷⁵, qui tombe « sous l'empire » de l'article 8⁴⁷⁶. « Droit additionnel » au droit garanti par l'article 8, le droit d'accès à l'adoption tombe alors dans le champ d'application de l'article 14 de la Convention et, en conséquence, la France doit garantir sans discrimination le droit de demander l'agrément en vue d'adopter. En d'autres termes, les autorités administratives internes ne pourront plus dorénavant motiver leur refus d'agrément sur les « conditions de vie » de l'adoptant célibataire sans commettre

⁴⁷⁰ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

⁴⁷¹ CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark*, req. n°8777/79, § 29, *JDI* 1986, p. 1074, obs. P. TAVERNIER, précité.

⁴⁷² CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*, req. n°44418/07, série A, n° 6.

⁴⁷³ V. CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et a. c/ Royaume-Uni*, req. n°65731/01, § 40, *JCP G* 2006, I, 109, n°14, chron. F. SUDRE.

⁴⁷⁴ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 48.

⁴⁷⁵ Article 343-1 du Code civil, précité.

⁴⁷⁶ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 49.

une discrimination. Les personnes célibataires homosexuelles doivent dorénavant être traitées de façon identique pour prétendre, au même titre que n'importe quelle personne célibataire hétérosexuelle, au droit d'adopter en vertu des dispositions légales de l'article 343-1 du Code civil.

211. La Cour inscrit sa décision dans une perspective évolutive en liant en outre le droit d'accès à l'adoption à l'article 8 de la Convention. L'arrêt *E.B* a le mérite de clarifier la situation contrairement à l'arrêt *Fretté*⁴⁷⁷ en identifiant la base juridique fondant l'applicabilité de l'article 8. Notant, à juste titre, que l'affaire en cause concerne, *stricto sensu*, une procédure d'accès à l'adoption et non l'adoption en tant que telle⁴⁷⁸. La Cour rattache le droit d'accès à l'adoption à la « vie privée »⁴⁷⁹, revenant sur sa décision *Fretté*, selon laquelle le refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel « *ne serait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité* » et ne relève pas du champ de la « vie privée »⁴⁸⁰. Cela paraissait contestable dès lors que l'accès à l'adoption mettait bien en cause le droit d'entretenir des relations avec autrui dans le domaine affectif et ressort de la « vie privée », comprise, selon une jurisprudence bien établie, comme englobant « *le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables* »⁴⁸¹.

212. Le droit d'accès à l'adoption rejoint ainsi la nébuleuse « vie privée » qui dans sa formulation la plus récente recouvre « notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports d'êtres humains et le monde extérieur »⁴⁸², sans savoir auquel de ces trois rameaux il se rattache. De l'accès à l'adoption au droit d'adopter, il n'y a qu'un pas. La Cour reconnaît qu'« *en pratique l'agrément est indispensable pour qui veut adopter un enfant* ». Tout en estimant qu'elle n'est pas appelée à trancher la question de savoir si le droit d'adopter doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 pris isolément. La Cour prend ici acte de l'évolution de la législation en Europe vers la reconnaissance d'un tel droit⁴⁸³. En liant ce constat avec le fait que la Convention européenne est un instrument vivant, qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles, les juges européens n'excluent pas la consécration d'un tel droit.

⁴⁷⁷ Dans l'arrêt *Fretté*, la Cour avait, en effet, écarté l'article 8 du champ du litige pour ensuite le rattacher.

⁴⁷⁸ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 48.

⁴⁷⁹ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 43.

⁴⁸⁰ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 48, précité.

⁴⁸¹ V. CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, req. n°13710/88, §29, précité.

⁴⁸² V. CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 71, § 43 de l'arrêt *E.B. c/ France*, req. n°43546/02, précité.

⁴⁸³ Réf. Arrêt *E.B c/France*, req. n°43546/02, § 46.

213. Cette reconnaissance constitue la suite logique de l'admission du droit au respect de la décision de devenir ou de ne pas devenir parent génétique⁴⁸⁴. En effet, le droit de devenir parent doit s'appliquer aussi bien aux techniques de procréation médicalement assistée⁴⁸⁵ qu'à la technique de l'adoption⁴⁸⁶. Il n'en reste pas moins que, classiquement, la Cour écarte la « vie familiale »⁴⁸⁷ dont la mise en œuvre présuppose l'existence d'une famille⁴⁸⁸. Le seul désir de fonder une famille, notamment par la voie de l'adoption, n'est pas protégé par l'article 8 de la Convention au titre de la vie familiale⁴⁸⁹. Une fois l'adoption prononcée, le lien qui en résulte fait l'objet d'une protection attentive de la Cour. Si la Cour n'a pas encore consacré le droit d'adopter, elle considère en revanche que les conséquences de l'adoption relèvent bien du droit à la vie familiale. Le jugement d'adoption est constitutif d'une vie familiale⁴⁹⁰. Le refus de donner l'*exequatur* à un tel jugement rendu à l'étranger, au motif que le droit interne limitait le recours à l'adoption aux seuls couples mariés, constitue une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale de l'enfant et de sa mère⁴⁹¹.

La Cour observe que la question de l'adoption par une personne célibataire fait l'objet d'une certaine harmonisation en Europe qui limite la marge d'appréciation des Etats⁴⁹². Un nouveau consensus européen en matière d'adoption homosexuelle fait son apparition au sein de l'Union européenne. Des pays européens ont décidé de franchir le pas après la condamnation de la Cour en

⁴⁸⁴ V. CEDH, 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Unis*, n° 6339/05, §§71-72, précité, CEDH Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume*, req. n°44362/04, *JCP G* 2008, I, 110, n°8, obs. F. SUDRE, qui considère que le refus opposé à un détenu et son épouse de recourir à l'insémination artificielle constitue une atteinte au droit à la vie privée.

⁴⁸⁵ Mais, l'accès aux procréations médicalement assistées est actuellement réservé aux couples, mariés ou non, hétérosexuels. V. Article L. 152-2 du Code de la santé public.

⁴⁸⁶ Réf. à l'opinion dissidente du juge MULARONI sur l'arrêt *E.B. c/ France*, req. n°43546/02.

⁴⁸⁷ Réf. Arrêt *E.B. c/ France*, req. n°43546/02, §§ 41-42.

⁴⁸⁸ V. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n°6833/74, série A, n° 31 § 31, précité.

⁴⁸⁹ Réf. Arrêt *Fretté*, req. n°36515/97§ 32 et Réf. Arrêt *E.B. c/ France*, req. n°43546/02, § 41.

⁴⁹⁰ V. CEDH, 22 juin 2004, *Pini, Bertani et a. c/ Roumanie*, req. n°78028/01 et 78030/01, précité.

⁴⁹¹ V. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.L. c/ Luxembourg*, req. n°76240/01, *RTD civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD. La Cour était également confrontée à la question de l'accès des personnes célibataires à l'adoption. En l'espèce, un jugement d'adoption avait été valablement prononcé à l'étranger. La Cour considère, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant que le refus du Luxembourg d'accorder l'*exequatur* à un jugement péruvien, au motif que le droit luxembourgeois limitait le recours à l'adoption aux seuls couples mariés, constituait une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale de l'enfant et de sa mère. Le jugement d'adoption péruvien auquel s'ajoutent les liens personnels existant entre la mère adoptive et l'enfant, fonde incontestablement une vie familiale. La Cour observe dans cet arrêt que la question de l'adoption par une personne célibataire se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe et limite la marge d'appréciation des Etats. Il faut en déduire qu'au regard du consensus existant, les Etats membres du Conseil de l'Europe pourraient être bientôt contraints de reconnaître, le droit pour les personnes célibataires d'adopter, sans que l'accès à l'adoption soit différent selon l'orientation sexuelle du candidat. L'existence de ce consensus met en évidence que certains pays européens ont déjà évolué en la matière. Ils ont donc franchit le pas vers la reconnaissance d'une égalité de droits entre personnes célibataires homosexuelles et hétérosexuelles en matière d'adoption. En d'autres termes, les autres Etats membres du Conseil de l'Europe qui n'ont pas encore évolués sur la question en excluant toujours les personnes célibataires homosexuelles de l'adoption doivent prendre acte de la décision de la Cour européenne et de l'évolution de leur voisins européens en la matière pour modifier éventuellement leur législation dans le sens d'une égalité de droits sous peine de faire l'objet d'une condamnation, comme la France, de la part de la Cour.

⁴⁹² CEDH, 13 décembre 2007, *Emonet c/ Suisse*, req. n°39051/03, *JCP G* 2008, I, 110, n°9, obs. F. SUDRE, qui condamne la rupture du lien familiale entre une mère et son enfant consécutée à l'adoption de ce dernier par le concubin de la mère.

faveur d'une évolution progressiste allant dans le sens d'une ouverture à la famille homosexuelle en droit européen.

B - L'apparition d'un consensus européen en matière d'adoption homosexuelle

214. Le gouvernement français avait pour avancer les mêmes arguments que dans l'arrêt *Fretté* pour refuser l'agrément à Mlle E.B. A savoir l'absence de consensus en matière d'adoption par une personne homosexuelle et la division de la communauté scientifique sur cette question. Depuis, le contexte international a profondément changé. A partir de 2008, et postérieurement à l'arrêt *Fretté*, de nouveaux pays européens ont ouvert l'adoption aux homosexuels marquant la naissance d'un nouveau consensus européen progressiste en la matière. Après le Danemark et les Pays-Bas qui ont été les deux seuls pays avant 2008 à permettre l'adoption aux personnes de même sexe, ce sont-la Suède en 2002, le Royaume-Uni et l'Espagne en 2005, l'Islande et la Belgique en 2006, puis la Norvège en 2008 qui ont ouvert l'adoption homosexuelle. Cette liste de pays européens a continué à s'élargir, car la décision de la Cour de 2008 s'est appliquée également aux quarante-sept pays membres du Conseil de l'Europe selon laquelle il n'est plus possible de refuser une adoption sur le seul motif que le demandeur est homosexuel⁴⁹³.

215. Les principaux pays membres du Conseil de l'Europe qui ont modifié leur législation postérieurement à la décision de la Cour de 2008 dans le sens d'une ouverture à l'adoption homosexuelle sont entre autres l'Autriche, l'adoption homoparentale était interdite alors que l'adoption par le beau-parent au sein d'un couple non marié hétérosexuel était autorisée. Cette situation a conduit à la condamnation de l'Autriche par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹⁴. À la suite de cet arrêt, la législation autrichienne a été modifiée de sorte que l'adoption de l'enfant du partenaire hors mariage est désormais aussi ouverte au partenaire de même sexe⁴⁹⁵. L'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe est maintenant possible en Allemagne depuis 2013, à Malte depuis 2014, au Luxembourg depuis 2015, au Portugal depuis 2016⁴⁹⁶ et en Finlande où l'adoption homoparentale ne sera effective qu'après le vote final de l'Eduskunta et l'entrée en vigueur du mariage homosexuel pour 2016-2017. La France a opéré une évolution progressiste en ce sens avec la reconnaissance de l'adoption homoparentale avec la promulgation de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage homosexuel⁴⁹⁷. Selon la législation française, l'adoption conjointe ne

⁴⁹³ V. Annexe 4 : Le mariage homosexuel en Europe.

⁴⁹⁴ Cour EDH, Gr. Ch., *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n°19010/07.

⁴⁹⁵ Le 14 janvier 2015, la Cour Constitutionnelle a déclaré l'interdiction de l'adoption homoparentale illégale. V. AFP, « L'Autriche permet aux couples homosexuels d'adopter dans les mêmes conditions », *Libération*, le 22 janvier 2015

⁴⁹⁶ V. « Le Portugal autorise l'adoption pour les couples homosexuels », *Têtu*, le 11 février 2016.

⁴⁹⁷ V. Annexe 6 : La Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

peut être demandée que par un couple marié⁴⁹⁸. De fait les couples de personnes de même sexe se sont vu refuser une telle adoption jusqu'à la légalisation du mariage de personnes de même sexe⁴⁹⁹. Le 17 mai 2013, la loi autorisant les personnes de même sexe à se marier a été promulguée par le Président de la République François Hollande, ouvrant ainsi la voie à la constitution de la famille homoparentale à travers l'adoption.

216. L'apparition de ce nouveau consensus européen en matière d'adoption par les personnes de même sexe s'inscrit incontestablement dans un mouvement de lutte contre les discriminations en raison de l'orientation sexuelle et il s'oriente aussi vers une reconnaissance progressive d'une égalité de droits entre hétérosexuels et homosexuels notamment en matière de mariage et d'adoption. La légalisation de l'adoption homosexuelle par ces nombreux pays européens est un très bon exemple qui démontre que cette adoption est possible et n'est pas en soi un danger pour l'intérêt de l'enfant. Cette reconnaissance européenne est donc une aide précieuse pour combattre les préjugés homophobes principalement mis en avant, avant 2008, pour refuser l'adoption à une personne célibataire en raison de son orientation sexuelle.

217. Ainsi, les arguments avancés à la fois, par les autorités administratives internes confirmés par le Conseil d'Etat et le gouvernement français, avant 2008, sur les éventuels incertitudes et risques de l'homosexualité sur l'intérêt de l'enfant, ne tiennent plus à partir de 2008. Ces arguments constituent maintenant, aux yeux de la Cour, une distinction se rapportant uniquement à des considérations sur l'orientation sexuelle de la requérante, constitutive d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention. Cette position de la Cour ne permet plus au gouvernement et aux autorités françaises, de se limiter à l'existence d' *un but légitime* en évoquant la division de la communauté scientifique ou les éventuels dangers de l'homosexualité sur l'intérêt de l'enfant qui ne constituent donc plus des *raisons particulièrement graves et convaincantes*⁵⁰⁰. Le rejet des arguments du gouvernement français par la Cour confirme finalement qu'il n'existe pas de raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une telle différence de traitement entre les adoptants célibataires homosexuels et les adoptants célibataires hétérosexuels⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Réf. à l'article 343 du Code civil, précité.

⁴⁹⁹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 et 2.

⁵⁰⁰ La Cour suggère ici que les services sociaux et le gouvernement français doivent dorénavant apporter concrètement la preuve que l'orientation sexuelle de l'adoptant peut être préjudiciable aux besoins et à l'intérêt de l'enfant sous peine maintenant de commettre une discrimination en raison de l'orientation sexuelle en vertu du principe de la non-discrimination de la Convention.

⁵⁰¹ La position de la Cour européenne des droits de l'homme peut se relier ici aux conclusions des nombreuses études comme celle de Stéphane Nadaud qui démontrent que l'homosexualité est sans incidences sur le développement physique et psychologique de l'enfant. V. S. NADAUD, « *Approche psychologique et comportementale des enfants vivants en milieu homoparental* », précité. Une autre étude australienne récente publiée dans la revue *BMC Public Health* le 21 juin 2014, démontre que les enfants de parents de même sexe seraient en aussi bonne santé et aussi heureux que les enfants d'hétérosexuels, voire plus. Réalisée par des chercheurs de l'Université de Melbourne en

Les arguments discriminatoires envers l'homosexualité s'estompent progressivement à partir de 2008. Grâce au revirement de jurisprudence de la Cour de 2008 fondé sur la reconnaissance du critère discriminatoire de l'orientation sexuelle dans le refus d'agrément, l'homosexualité ne devient plus un obstacle au droit d'adoption. En d'autres termes, il y a une position européenne en la matière qui s'est radicalement inversée. D'une position conservatrice européenne fondée sur la fermeture à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale avant 2008, une position progressiste européenne se dessine maintenant reposant sur l'ouverture de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à partir de 2008. Une évolution progressiste dont le droit interne français va devoir se conformer pour rétablir une convergence adéquate avec le droit européen en la matière.

§ 2 - Les incidences sur le droit interne

218. La condamnation de la France par la Cour va obliger le juge et les autorités administratives internes françaises à changer leurs pratiques en matière de refus d'agrément opposé à une personne célibataire homosexuelle. Maintenant, ils doivent prendre garde de ne jamais faire référence, de manière explicite ou implicite, à l'orientation sexuelle d'un candidat adoptant, que ce soit au stade de la demande d'agrément ou au stade du prononcé de l'adoption, sous peine de commettre une discrimination. La condamnation de la Cour oblige la France à faire une nouvelle lecture plus progressiste sur sa législation concernant l'adoption individuelle prévue à l'article 343-1 du Code civil. En d'autres termes, tout refus d'agrément motivé par des considérations fondées sur l'homosexualité du célibataire adoptant, alors même que le droit français prévoit la possibilité pour une personne célibataire d'adopter, sera dorénavant, constitutif d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention (A).

219. Cette nouvelle lecture progressiste de cet article va donc permettre l'ouverture en droit français de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption et permettre en même temps une nouvelle convergence progressiste avec le droit européen. Effectivement, la condamnation de la France par la Cour conduit au moins implicitement, mais certainement à reconnaître un droit d'adoption en droit français sans distinction de l'orientation

Australie, l'étude montre que ces enfants pourraient être en meilleure santé, et connaître une meilleure cohésion familiale, 6% de plus par rapport à la moyenne nationale pour les deux. Et en ce qui concerne la santé mentale, le comportement, la confiance en soi, ils seraient tout à fait comme les autres enfants. Le problème majeur pour ces enfants reste le regard des autres. Deux tiers d'entre eux seraient toujours stigmatisés. A noter aussi en 2013, une autre étude réalisée par l'Université de Cambridge affirmait que les enfants d'homosexuels vivaient aussi bien, voire mieux, que les autres. V. M. LE BRETON, « *Enfants d'homos : une étude australienne montre qu'ils seraient 'en meilleurs santé et plus heureux' que les autres* », *Le HuffPost*, le 7 juillet 2014.

sexuelle de l'adoptant célibataire. La Cour rétablit ainsi un égal accès entre personnes célibataires hétérosexuelles et homosexuelles dans la procédure d'adoption (B).

A - Une nouvelle lecture plus progressiste de l'adoption individuelle en droit français

220. Il y a six ans, dans son affaire *Fretté*⁵⁰², elle avait estimé que la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle du requérant était avérée, mais elle poursuivait un but légitime : « protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption ». Avant 2008, les services administratifs internes et le juge considèrent que le droit d'adoption par une personne célibataire homosexuelle trouvait sa limite dans l'intérêt de l'enfant. Le droit d'adoption par une personne célibataire homosexuelle était ainsi limité au droit de l'enfant dans la mesure où cette orientation sexuelle présentait un risque pour l'intérêt de l'enfant. Ce qui traduisait bien une convergence conservatrice du droit interne confirmé par le droit européen reposant sur la fermeture de la constitution de la famille homosexuelle à travers l'adoption.

221. Cette évolution progressiste est le reflet d'une absence de clarté du droit français en matière d'adoption par les personnes célibataires homosexuelles. Les services administratifs et le juge doivent appliquer un droit français qui reconnaît bien l'adoption à une personne célibataire, mais ne précise pas clairement, si cette personne peut être homosexuelle ou hétérosexuelle⁵⁰³. Le silence de la loi française entourant la question de savoir si les personnes célibataires homosexuelles peuvent adopter ou non pose de sérieux problèmes. L'impartialité des services administratifs et du juge administratif en faisant référence aux « choix de vie » du ou de la requérante, est sérieusement remise en question. Mais, la condamnation de la Cour remédie incontestablement à cette ambiguïté du droit français sur la question d'un droit ou non pour une personne célibataire homosexuelle d'adopter un enfant pour constituer une famille monoparentale.

222. La Cour, dans sa décision *E.B.*, ne fait qu'obliger la France à appliquer son propre droit. La position ferme du Conseil d'Etat a fini par être combattue par la Cour qui a démontré que le législateur français ouvre l'adoption à toute personne âgée de plus de 28 ans, sans autre condition,

⁵⁰² CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

⁵⁰³ Néanmoins, cette absence de clarté du droit français s'explique par le fait que lorsque la loi n°66-500 du 11 juillet 1966 a inséré l'article 343-1 dans le Code civil relatif à l'adoption individuelle, il paraissait évident que le législateur français accorde cette adoption à une personne célibataire forcément hétérosexuel et non homosexuel. A cette époque là, l'homosexualité était en effet considérée comme une orientation sexuelle ignorée et tabou. Dire que l'adoption individuelle homosexuelle est donc juridiquement exacte même s'il est plus conforme à la réalité de dire que cette question n'a nullement été envisagée lors de l'adoption de la loi n°66-500 du 5 juillet 1966. L'adoption individuelle ne pouvait donc être que-hétérosexuelle et donc inutile de le préciser dans le texte lui-même.

n'excluait nullement les célibataires homosexuels et contient en germe la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption. A juste titre la Cour a estimé que les termes des rejets constituaient une discrimination basée sur l'orientation sexuelle. En d'autres termes, le droit français n'a pas besoin de modifier sa législation en matière d'adoption par une personne célibataire. La décision de la Cour incite seulement le juge et les autorités administratives à faire une nouvelle lecture plus progressiste de l'article 343-1 du Code civil. Dorénavant, tout refus d'agrément motivé sur les orientations sexuelles du candidat provoquera une condamnation de la France par la Cour. Le juge et les autorités administratives françaises sont donc nécessairement contraints à évoluer sur ce point et éviter toute référence à l'homosexualité⁵⁰⁴.

Cette nouvelle lecture progressiste de cet article concernant l'adoption individuelle, incitée par la condamnation de Cour, va permettre l'ouverture en droit français de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption.

B - L'ouverture française de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption

223. La décision de Mlle E.B de porter l'affaire devant la Cour a des conséquences importantes : la décision actuelle garantit que le droit français autorisant l'adoption à un parent célibataire n'a plus la possibilité d'exclure des personnes qui veulent adopter en se fondant uniquement sur son orientation sexuelle sous peine de commettre une discrimination. Ce revirement de jurisprudence effectué par la Cour peut éventuellement s'expliquer par l'évolution des mentalités françaises et européennes concernant l'homosexualité en tant que telle⁵⁰⁵.

224. Effectivement, à partir de 2008, la société française évolue et son regard sur l'homosexualité change de façon significative. A la veille de la Marche des fiertés en juin 2008, les Français ont été interrogés par l'IFOP pour *LeJDD.fr*⁵⁰⁶. Le sondage fait apparaître pour la première fois une majorité de Français en faveur de l'adoption chez les couples homosexuels (51 % contre 49 % opposés). Neuf ans après l'adoption de la loi sur le PACS, les Français interrogés se montrent également très majoritairement favorables au mariage homosexuel (62 %). Ce résultat confirme

⁵⁰⁴ Ceci étant, il est nécessaire de nuancer. En outre la condamnation de la France par la Cour ne signifie pas pour autant que toute demande d'agrément faite par un candidat homosexuel sera maintenant nécessairement acceptée. Elle indique seulement que le refus éventuel opposé à un candidat homosexuel devra être motivé de façon à ce qu'il ne soit pas interprété comme étant un traitement discriminatoire liée à l'orientation sexuelle du candidat. La décision de refus devra donc être habilement rédigée et surtout motivée. Ainsi, la motivation qui se fondera sur l'absence de référent de l'autre sexe du fait de l'homosexualité du candidat ne résistera pas, à priori, à l'analyse de la Cour. En revanche, la décision qui refusera l'agrément au motif que la condition relative à l'intérêt de l'enfant n'est pas rempli s et ce, indépendamment de l'homosexualité du requérant, n'encourra pas la critique.

⁵⁰⁵ V. Annexe 8 : La position des Français sur les questions d'homoparentalité et V. Annexe 2 : Evolution des droits des homosexuels dans l'Union Européenne.

⁵⁰⁶ V. Y-M CANN, « Couples homosexuels : Les français sont pour l'adoption », *le JDD*, 27 juin 2008.

l'évolution progressive et constante enregistrée au sein de l'opinion au cours de la dernière décennie concernant le sujet en tant que tel. Deux ans après l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les sondages montrent que jamais autant de Français ne se sont déclarés favorables au mariage pour tous : 68 %. Sur la question de l'adoption par des couples homosexuels, les Français sont davantage divisés, même si pour la première fois une courte majorité se dégage pour la soutenir (53 %) ⁵⁰⁷. Avec cette loi, la bataille pour l'égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels n'est certes pas terminée, mais elle a bien avancé ⁵⁰⁸.

225. Néanmoins, cette garantie semble difficile à mettre en œuvre. Effectivement, suite à cette victoire devant la Cour des droits de l'Homme, Mlle E.B. a refait une demande d'agrément préalable à l'adoption le 28 avril 2008. Elle s'est une nouvelle fois heurtée à un refus du président du Conseil général du Jura ⁵⁰⁹. Mlle E.B. a saisi, une nouvelle fois, le tribunal administratif de Besançon d'une demande d'annulation de la décision, ainsi que la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (la HALDE) et le service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le tribunal administratif de Besançon a annulé, le 10 novembre 2009 ⁵¹⁰, la décision du président du Conseil général du Jura et déclaré illégal le refus d'agrément en vue de l'adoption opposé à Mlle E.B.

Ce jugement, qui clôt une procédure de douze ans ⁵¹¹, tire les leçons de la condamnation prononcée le 22 janvier 2008 par la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de la France. L'homosexualité de Mlle E.B. ne doit pas fonder un motif de refus d'agrément en vue d'une adoption dès lors que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire dans le cadre d'une adoption individuelle prévue à l'article 343-1 du Code civil ⁵¹². La décision du Tribunal de Besançon du 10 novembre 2009 ouvre ainsi la voie de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption. La nouvelle convergence progressiste en la matière prend ainsi tout son sens à la fois en droit européen, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

⁵⁰⁷ V. P. RICHE, « Deux ans de mariage pour tous en France : un bilan terrifiant », *Le Nouvel Observateur*, le 23 avril 2015.

⁵⁰⁸ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a ouvert le mariage et l'adoption aux couples homosexuels mais elle a aussi relancé les deux débats de la PMA et de la GPA actuellement interdites en France dont l'ouverture vers une légalisation au nom de la l'égalité des droits est vivement réclamé par les homosexuels. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 et 2.

⁵⁰⁹ V. L. DAUSSY, « Nouveau refus d'adoption pour une lesbienne », *Le Figaro*, 3 février 2009 ; C. BONAL, « Un couple homosexuel se voit de nouveau refuser l'adoption », *Libération*, 3 février 2008.

⁵¹⁰ TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299, *AJ fam.* 2009. 489, obs. F. CHENEDE; *Dr. fam.* 2010, n° 5, note P. MURAT – Adde B. BEIGNIER, « Adoption et homosexualité », *Dr. Fam.* 2009. Repère 11 ; H. RIHAL, « La voie sans issue » du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels », *AJDA*, n°31, p. 1772-1778 ; V. DONIER, « Le rejet d'une demande d'agrément pour l'adoption ne peut être fondé sur l'orientation sexuelle de l'adoptant », *RDSS*, n°1, p. 148-154 ; Y. FAVIER, « Annulation du refus d'agrément et couple de même sexe : une polémique sans objet », *JCP G*, n°48, p. 14-24.

⁵¹¹ Mlle E.B. avait en effet déposé sa première demande d'agrément pour adopter un enfant auprès des services du conseil général du Jura en 1998.

⁵¹² Article précité.

l'homme, mais aussi en droit interne, dans la décision du tribunal administratif de Besançon du 10 novembre 2009 en annulant le second refus opposé à Mlle E.B. (Chapitre 2).

Chapitre 2 - La famille homosexuelle monoparentale reconnue en France par application de la jurisprudence de la CEDH

« Le motif retenu par le président du conseil général du Jura relatif au positionnement de la compagne de la requérante au regard du projet d'adoption n'était pas susceptible de fonder la décision litigieuse (...) ; que l'existence d'une existence au sein du couple quant à l'âge de l'enfant à adopter ne ressort ni du rapport de la psychologue ni de celui de l'assistance sociale ; divergence que ces professionnelles n'auraient pas manqué de relever si elle leur était apparue (...). Il ressort que les motifs retenus par le président du Conseil général du Jura n'étaient pas susceptibles de justifier légalement la décision de rejet de la demande d'agrément pour l'adoption présentée par Mlle E.B. et que les conditions d'accueil offertes par la requérante sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté (...), la requérante est donc fondée à demander l'annulation de la décision du 26 janvier 2009 par laquelle le président du Conseil général du Jura a rejeté sa demande d'agrément en vue de l'adoption »⁵¹³.

226. Forte de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme rendue le 22 janvier 2008⁵¹⁴, Mlle E.B a déposé une nouvelle demande d'agrément auprès du Conseil général du Jura. Par une décision du 26 janvier 2009, le président du Conseil général a émis un avis défavorable, utilisant pour rejeter une seconde fois sa demande d'agrément, deux principaux motifs. A savoir

⁵¹³ V. TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299.

⁵¹⁴ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

l'existence de « *différences notables* » qui apparaissent dans leur projet d'adoption entre Mlle E.B et son amie, notamment en ce qui concerne l'âge de l'enfant⁵¹⁵, mais aussi sur le fait que la compagne de la requérante « *montre peu d'engagements affectifs vis-à-vis de cet enfant et occupe un rôle de tiers dans cette relation mère-enfant* ». Le président du Conseil général a estimé que ces éléments « *laissent à penser que l'enfant accueilli ne trouverait pas dans votre foyer l'équilibre attendu dans un accueil familial* ». Il en conclut que la demande de la requérante « *ne présente pas actuellement les garanties suffisantes (...) pour préserver l'intérêt de l'enfant* »⁵¹⁶.

227. Alors que la décision ne faisait à aucun endroit référence à son homosexualité, Mlle E.B considère qu'elle était, en réalité, fondée sur son orientation sexuelle et donc discriminatoire en dépit des enquêtes favorables de l'administration et de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant la France pour discrimination sexuelle. Mlle E.B a alors saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE)⁵¹⁷ qui, comme la loi du 30 décembre 2004⁵¹⁸ l'y autorise, a décidé de présenter des observations devant le Tribunal⁵¹⁹. Il ressort de ses observations

⁵¹⁵ Le premier refus d'agrément opposé à Mlle E.B qui faisait part des « *capacités éducatives et affectives* » de Mlle E.B était principalement motivé par « *l'absence de référent paternel* » au sein du foyer. En l'espèce, le président du Conseil général s'est bien gardé de reprendre cet argument dans le nouveau refus car la Cour européenne, dans son arrêt du 22 janvier 2008, s'est appuyée sur ce fait pour juger discriminatoire et donc illicite le premier refus d'agrément opposé à Mlle E.B. C'est pour cette raison que le second refus de la part de l'entité administrative fustige entre les deux femmes sur « *l'âge de l'enfant à adopter* ». En l'espèce, le président du Conseil général tire toutes les conséquences de la décision de la Cour européenne de 2008.

⁵¹⁶ Me C. MECARY, avocate de Mlle E.B, a dénoncé le caractère « *politique* » de la décision prise par le président divers droite du conseil général, J. RAQUIN, en dépit des avis très favorables de la psychologue et de l'assistance sociale qui ont instruit le dossier. « *Soit les travailleurs sociaux sont incompétents et il faut les licencier, soit ils sont compétents et la décision s'impose, c'est vraiment une décision politique* ». Cette décision « *bafoue l'arrêt la Cour européenne du 22 janvier 2008* » a-t-elle déclaré avant de s'indigner en rappelant : « *qu'après l'arrêt de la CEDH, le président du Conseil général déclarait publiquement dans la presse : ' Je privilégie l'adoption par un homme et une femme ' ou encore ' Je privilégierais un couple homosexuel '* ». V. « *Une homosexuelle autorisée à adopter* », *Le JDD*, 13 octobre 2009 et « *Adoption et homosexualité, le bras d'honneur du Conseil général du Jura à la Cour européenne des droits de l'homme* », *Yagg*, le 2 février 2009.

⁵¹⁷ La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité, également connue sous son acronyme HALDE, était une « *autorité administrative indépendante* » française créée en 2005 et dissoute en 2011. Elle était compétente pour se saisir « *de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie* », créée par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, elle a été complétée par le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 qui fixe l'organisation générale et administrative et les procédures applicables. La HALDE a été dissoute le 1^{er} mai 2011; et ses missions ont été transférées au Défenseur des droits.

⁵¹⁸ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. L'article 13 de cette présente loi dispose : « *Les juridictions civiles, pénales ou administratives peuvent, lorsqu'elles sont saisies de faits relatifs à des discriminations, d'office ou à la demande des parties, inviter la Haute autorité ou son représentant à présenter des observations. La Haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions. Dans ce cas, cette audition est de droit* ».

⁵¹⁹ Le président avait invoqué le recours en annulation de cette délibération n° 2009-350 du 5 octobre 2009 et il avait demandé au Tribunal administratif de Besançon de se dessaisir du dossier au profit du Conseil d'Etat. Or, comme l'explique Me C. MECARY, avocate de Mlle E.B., la délibération de la HALDE n'est pas une décision faisant grief : elle est insusceptible d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. « *Le président du Conseil général, conseillé par un avocat au Conseil d'Etat (donc un spécialiste de cette juridiction) ne peut ignorer qu'une délibération de la HALDE n'est pas une décision faisant grief. En l'espèce, le président du Conseil général a tenté par tous les moyens de retarder l'échéance. Le dessaisissement de l'affaire au profit du Conseil d'Etat n'est pas anodin car ce dernier au vu de sa jurisprudence antérieure dans cette affaire confirmera certainement une nouvelle fois le refus que le Tribunal administratif qui a déjà annulé une première fois. V. « *Affaire E.B. : les coups bas du conseil général du Jura* », *Yagg*, 9 octobre 2009.*

que la haute autorité donne entièrement raison à Mlle E.B car elle estime que la décision du président du Conseil général est discriminatoire au regard des articles 8 et 14 de la Convention, car elle est implicitement fondée sur l'orientation sexuelle⁵²⁰.

228. Le 13 octobre 2009, le tribunal administratif de Besançon examinait le second refus délivré à Mlle E.B. Le tribunal administratif de Besançon a suivi fidèlement les conclusions du rapporteur public⁵²¹ puisqu'il a ordonné par un jugement du 10 novembre 2009⁵²² au Conseil général du Jura de délivrer « *dans un délai de 15 jours* », à compter de la notification du jugement, « *sous astreinte de 100 euros par jour de retard* » l'agrément pour l'adoption à Mlle E.B. Pour annuler le refus d'agrément, le tribunal administratif de Besançon décide pourtant de ne pas suivre les dénonciations de Mlle E.B et les observations de la HALDE qui dénonçaient expressément le caractère discriminatoire des deux motifs du président du Conseil général fondés sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B.

229. Le tribunal administratif se contente de procéder à un contrôle normal sur la motivation apportée à ce second refus et considère que les deux principaux motifs retenus par le président du Conseil général ne permettaient pas de « *justifier légalement la décision de rejet de demande d'agrément* », car « *les conditions d'accueil offertes par la requérante sur le plan familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant* ». Le tribunal administratif conclut ainsi que le président du Conseil général fait une inexacte application des dispositions légales du Code de l'action sociale et des familles. Il annule le refus d'agrément opposé à Mlle E.B mais il ne relève toutefois aucune motivation discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle de celle-ci.

230. La décision du tribunal administratif de Besançon applique implicitement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 2008⁵²³ en ne retenant pas expressément le critère discriminatoire des deux motifs pris par le président du Conseil général. Le

⁵²⁰ La Cour européenne des droits de l'homme a également adopté ce même point de vue dans sa décision du 22 janvier 2008. V. « Exclusif : La HALDE retoque le Conseil général du Jura dans l'affaire Emmanuelle B. », *Yagg*, le 5 octobre 2009.

⁵²¹ Le rapporteur public avait demandé au Tribunal administratif de Besançon d'annuler la décision du président du Conseil général, ainsi que l'octroi à Emmanuelle B. d'un agrément sous 15 jours à compter de la notification du jugement avec une astreinte de 100 euros par jour de retard et le remboursement de 2000 euros pour les frais d'avocat. V. en ce sens les conclusions du rapporteur public A. PERNOT sur TA de Besançon 10 novembre 2009, *Mlle E.B.*, *BJCL* 2009, n° 8/9, p. 521. A rappeler aussi que le Commissaire du Gouvernement est devenu le « Rapporteur Public » depuis le décret n°2009-14 du 7 janvier 2009.

⁵²² TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299, *AJ fam.* 2009. 489, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2010, n° 5, note P. MURAT ; B. BEIGNIER, *Dr. fam.* 2009. Repère 11 ; H. RIHAL, *AJDA*, n°31, p. 1772- 1778 ; V. DONIER, *RDSS*, n° 1, p. 148-154 ; Y. FAVIER, *JPC G*, n° 48, p. 14-24, précité.

⁵²³ La Cour considère dorénavant que le refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle est constitutif d'une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention. V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

tribunal administratif suit bien, dans ce sens, le droit européen. L'homosexualité de l'adoptant célibataire ne peut plus à présent à elle seule justifier un refus d'agrément sous peine de commettre une discrimination (Section 1).

231. La décision du tribunal administratif de Besançon ouvre ainsi implicitement la voie de l'adoption à une personne célibataire homosexuelle et permet un nouvel alignement du droit interne sur le droit européen. L'issue favorable de l'affaire de Mlle E.B, après onze ans de procédure, a été de nature à redonner espoir aux homosexuels qui souhaitent solliciter un agrément en vue de l'adoption d'un enfant, ce qui sera d'ailleurs conforté par la jurisprudence postérieure. La forte médiatisation de la décision du tribunal administratif a entraîné la relance du débat, de manière générale du droit d'adoption par le couple homosexuel, et de façon plus particulière, la question de la constitution de la famille homoparentale en droit français (Section 2).

Section 1 - La décision du tribunal administratif de Besançon : le respect implicite de la jurisprudence européenne

232. Le tribunal administratif de Besançon constate que le président du Conseil général motive son refus par le fait qu'il existe « *des différences notables dans le projet d'adoption, notamment au niveau de l'âge de l'enfant* » à adopter et que la compagne de Mlle E.B montre, selon elle, « *peu d'engagement* » pour cette démarche. Dans sa décision du 10 novembre 2009, le tribunal administratif de Besançon considère que les deux motifs pris en considération par le président du Conseil général pour refuser l'agrément à Mlle E.B ne sont pas fondés sur l'orientation sexuelle de cette dernière. Il est donc possible de comprendre la décision en appliquant une double grille de lecture. Une première en entrant dans le raisonnement du tribunal administratif qui ne mentionne pas la discrimination (§1) et une seconde qui permet de déceler, comme la HALDE a pu le dire, une discrimination persistante sur l'orientation sexuelle en application de la jurisprudence *E.B c/France* de la Cour européenne des droits de l'homme de 2008⁵²⁴ (§2).

⁵²⁴ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n°43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

§ 1 - Des motifs non discriminatoires insusceptibles de fonder le refus selon le tribunal administratif : une première lecture

233. Selon la lecture suscitée par le tribunal administratif, on constate que le président du Conseil général a refusé une nouvelle fois l'agrément à Mlle E.B en se fondant sur deux motifs distincts. Un manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption (A) et aux divergences entre les deux femmes concernant l'âge de l'enfant à adopter (B). Le tribunal administratif va essentiellement s'appuyer sur les rapports de la psychologue et de l'assistance sociale qui émettent un avis favorable à l'obtention de l'agrément pour déduire que ces deux motifs adoptés par le président du Conseil général ne sont pas suffisants pour justifier légalement le refus d'agrément. Le Tribunal administratif, en application traditionnelle de son contrôle normal sur les refus d'agrément⁵²⁵, estime que le président du Conseil général a simplement fait une inexacte application des dispositions légales du Code de l'action sociale et des familles⁵²⁶ pour octroyer l'agrément à Mlle E.B.

A - le motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption

234. Le tribunal administratif relève que le président du Conseil du Jura a refusé l'agrément à Mlle E.B en se fondant sur un premier motif concernant le manque d'implication de la compagne dans le projet de l'adoption. Il constate que le président du Conseil du Jura a rejeté la demande d'agrément de Mlle E.B par une décision motivée ainsi : « *Votre positionnement respectif à l'égard de l'enfant n'est pas le même. Vous exprimez une véritable attente de l'arrivée de cet enfant dont vous voulez être la mère alors que la position de Mlle R. à l'égard de cet enfant reste ambiguë. Elle montre peu d'engagement affectif vis-à-vis de cet enfant et occupe un rôle de tiers dans cette relation mère-enfant* » et que le président du Conseil du Jura a ainsi déduit que « *ces divergences seraient de nature à compromettre les conditions d'accueil de l'enfant* ».

235. Pour procéder à la vérification de ce motif avancé par le président du Conseil général, le tribunal administratif va effectuer une analyse détaillée des rapports de la psychologue et de l'assistance sociale. Il remarque, s'agissant de ce premier motif, que le rapport de la psychologue

⁵²⁵ Le contrôle normal ou entier du juge administratif sur les motifs des décisions de refus d'agrément des candidats à l'adoption d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger a été précisé par trois arrêts de section rendus le 4 novembre 1991. V. CE, Sect., 4 nov. 1991, *M. et Mme H., Président du Conseil général des Yvelines c/ Mlle., M. et Mm C.* (3 espèces), *AJDA* 1992, p. 67, précité.

⁵²⁶ Réf. Articles L. 225-17 ; L.225-2 et R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles, précité.

indique que « *Le couple témoigne d'une réelle complémentarité. Si elles partagent des valeurs communes, chacune affiche sa singularité. Mlle B. apparaît comme le sujet ayant le plus besoin de materner alors que Mlle R. se positionne davantage à travers une fonction éducative et socialisante. Les rôles de chacun s'harmonisent autour d'un projet réfléchi. L'enfant semble véritablement au cœur de leurs préoccupations [...]. Elles désirent toutes les deux un enfant [...]. Après réflexion commune, chacune s'est déterminée sur la fonction parentale qu'elles allaient exercer auprès de leur enfant* ».

236. Le tribunal administratif constate ensuite que le rapport de l'assistance sociale va dans le même sens : « *Mlle B. affirme que ces démarches d'aller chercher l'enfant, de l'accueillir, de l'élever se feront en couple, car il s'agit d'une volonté commune. Mlle B. sera la mère, Mlle R. la belle-mère, les deux femmes disent réfléchir à un statut pour la belle-mère. Mlle R. précise qu'elle fera des démarches pour reconnaître l'enfant comme étant également le sien [...]. Le couple semble présenter une disponibilité pour l'enfant et une réflexion sur la vie qu'elles lui proposeront. Mlle B. dit être consciente que tout n'est pas prévisible et qu'elle pourra avoir besoin de soutien [...]. Mlle R. se positionne en tiers dans la relation mère-enfant. Elles se disent prêtes à gérer l'accueil d'un enfant dans leur situation de couple atypique et également dans les habitudes qu'elles ont mises en place* »⁵²⁷.

237. Au vu de ces rapports, le tribunal administratif va se rallier à la prise de position favorable de l'assistance sociale et de la psychologue. Selon lui, il semble d'abord logique que Mlle R. ne se positionne pas en tant que seconde mère de l'enfant et ne prétende pas non plus remplacer la figure paternelle. Il constate que son positionnement « éducatif » vis-à-vis de l'enfant qui se rapproche d'un positionnement paternel sans le travestir paraît effectivement cohérent et suffisant. Le tribunal administratif souligne enfin que Mlle R. a déjà envisagé la possibilité d'avoir vis-à-vis de l'enfant un statut de belle-mère et si le rapport de l'assistante sociale relève effectivement que Mlle R. se positionne « en tiers » dans la relation mère-enfant, le rapport n'en tire aucune conclusion négative. Le tribunal administratif juge ainsi qu'au vu de ces éléments l'engagement de Mlle R. semble réel et les fonctions de chacun des membres du couple suffisamment définies.

238. Néanmoins, le tribunal administratif remarque que c'est au stade de la commission d'adoption que la divergence dont il est question est apparue. Il constate effectivement que le

⁵²⁷ Ces rapports de l'assistance sociale et de la psychologue tiennent compte de la portée de l'arrêt de la Cour européenne. Ils ne font plus référence à l'homosexualité de la requérante pour lui refuser l'agrément. L'homosexualité n'est plus contraire à l'intérêt de l'enfant, en conséquence, elle n'est plus un obstacle au droit d'adoption.

procès-verbal de la commission d'agrément est assez sévère⁵²⁸. Mais il remarque surtout que ce procès-verbal n'apporte pas sur ce point d'éléments qui permettraient de relativiser les rapports psychologiques et sociaux puisqu'il retient lui aussi le positionnement « éducatif » de Mlle R. vis-à-vis de l'enfant. Le tribunal administratif conclut qu'à défaut le Conseil général du Jura doit apporter sur ce point des éléments qui permettraient de relativiser les deux avis favorables rendus par une psychologue et une assistante sociale. L'avis de la commission d'agrément n'est pas suffisant pour justifier de ce premier motif de la décision contestée. Le tribunal administratif considère finalement que le premier motif tiré de l'éventuel décalage de positionnement respectif vis-à-vis de l'enfant à adopter n'est pas susceptible de fonder légalement un refus d'agrément à Mlle E.B.

Pour le second motif tiré concernant l'âge de l'enfant à adopter, le tribunal administratif va effectuer la même analyse excluant toute référence à une quelconque discrimination et conclure que ce motif n'est pas à même de justifier légalement un refus d'agrément à Mlle E.B.

B - Le motif tiré de la divergence quant à l'âge de l'enfant

239. Le tribunal administratif de Besançon relève que le président du Conseil du Jura a refusé l'agrément à Mlle E.B en se fondant sur un deuxième motif tenant à la divergence entre les deux femmes concernant l'âge de l'enfant à adopter. Il relève que le président du Conseil du Jura a rejeté cette demande en raison de ce second motif par une décision motivée ainsi : « (...) *sur le plan familial, des différences notables apparaissent dans votre projet d'adoption et notamment au niveau de l'âge de l'enfant. Ainsi vous indiquez que vous ne vous opposez pas à l'accueil d'un enfant de huit ans. Mlle R. quant à elle souhaite accueillir un enfant plus jeune pour une meilleure adaptation et exclut la possibilité d'accueillir un enfant de plus de quatre ans* ». Le président du Conseil du Jura a déduit que « *ces divergences seraient de nature à compromettre les conditions d'accueil de l'enfant* ».

240. Pour procéder à la vérification de ce motif avancé par le président du Conseil général, le tribunal administratif va effectuer une analyse détaillée des rapports de la psychologue et de l'assistance sociale. Il relève ainsi, s'agissant de ce second motif, que : « *l'exigence d'une divergence au sein du couple quant à l'âge de l'enfant à adopter ne ressort ni du rapport de la psychologue ni de celui de l'assistance sociale, divergence que ces professionnels n'auraient pas*

⁵²⁸ Les conclusions du rapporteur public fait état de ce procès-verbal de la commission d'agrément qui relève bien qu'« un décalage apparaît entre Mlle B. et Mlle R. Mlle B. semble très investie dans ce projet, alors que le positionnement de Mlle R. reste ambiguë. Celle-ci laisse apparaître très peu de signes d'émotion à l'évocation de l'enfant, parlant plutôt de l'importance de sa réussite scolaire et souhaitant pouvoir le former ».

manqué de relever si elle leur était apparue ». En l'espèce, le tribunal administratif énonce notamment le rapport de la psychologue qui relève que « *tenant compte de leurs âges respectifs, elles ne désirent pas un nourrisson, mais espèrent un enfant encore assez jeune, voire même une fratrie de deux* ». Il note donc que la psychologue a donné un avis « *favorable à la demande d'agrément en vue d'adoption d'un enfant le plus jeune possible, ou pour une fratrie de deux* ». Le tribunal administratif relève aussi que le rapport de l'assistance sociale indique que « *Mlle E.B souhaite adopter un enfant ou deux s'il s'agit d'une fratrie, dont l'âge se situe entre 6 mois et 10 ans. Elle est consciente que son âge ne lui permettra probablement pas d'accueillir un enfant de moins de 3 ans [...]. Toutefois quand elle imagine, rêve de l'enfant, il a entre 8 et 9 ans* ». Il retient, en l'espèce, que l'assistance sociale, dont le rapport est moins enthousiaste que celui de la psychologue, a également donné un avis favorable à l'agrément pour « *l'accueil d'un enfant entre 6 mois et 10 ans en adoption internationale* ». Le tribunal administratif conclut qu'au regard des rapports des services sociaux, ceux-ci ne font pas état d'une éventuelle divergence entre les deux femmes quant à l'âge de l'enfant à adopter.

241. Le tribunal administratif constate que pour retenir un tel motif, le président du Conseil général du Jura ne s'est fondé que sur le procès-verbal de la réunion du 9 janvier 2009 de la commission d'agrément⁵²⁹, « *réalisé par ses services, dont Mlle E.B et sa compagne, qui produisent par ailleurs leur propre compte rendu, soutiennent qu'il ne reflète pas la réalité des propos tenus alors qu'il n'est pas contesté en défense que l'échange sur ce sujet, (...), il est uniquement établi que, pour l'adoption d'un enfant de huit ans seul, la décision de Mlle E.B. et de sa compagne, qui nécessiterait discussion, n'est pas encore arrêtée* ». En conséquence, le tribunal administratif juge une nouvelle fois que cette divergence « *n'est pas à elle seule de nature à justifier un refus d'agrément alors que les rapports réalisés par la psychologue et l'assistante sociale sont favorables à la demande d'agrément pour l'adoption présentée par Mlle E.B. et que le couple formé par Mlle E.B. et sa compagne, dont la démarche en vue d'adoption s'inscrit dans la durée, présente une solidité certaine* ».

242. Le tribunal administratif conclut que le second motif tiré de l'éventuelle divergence quant à l'âge de l'enfant à adopter n'est pas susceptible de fonder un refus d'agrément à Mlle E.B. autrement dit, le tribunal administratif de Besançon juge finalement que les deux motifs retenus par le président du Conseil général pour refuser l'agrément à Mlle E.B sont insuffisants. Il considère au regard des pièces du dossier que ces divergences étaient en réalité minimales ou surinterprétées, que

⁵²⁹ Le procès-verbal de la réunion du 9 janvier 2009 de la commission d'agrément est retranscrit dans les conclusions du rapporteur public, précité.

les conditions offertes par le couple étaient largement satisfaisantes et mises en avant par les deux rapports de l'assistance sociale et de la psychologue.

243. Effectivement, le tribunal administratif constate que ces deux rapports concluent de façon positive à la demande de délivrance de l'agrément : « *Mlle E.B. et Mlle R. semblent former un couple uni et complémentaire, ouvert sur l'extérieur, au sein duquel la parole circule librement. Malgré un modèle de couple différent, le contexte socioculturel et familial élargi est harmonieux. Si le début de l'entretien a réveillé leur inquiétude, rapidement elles se sont exprimées avec authenticité. C'est ainsi qu'elles ont pu faire part de leur cheminement et évoquer leur désir d'être dans le juste accueil. Sans idéalisation excessive, elles placent l'enfant au centre de leurs préoccupations. Elles s'inscrivent dans une vraie dynamique de devenir parents adoptifs et d'un désir d'enfant par l'intermédiaire de l'adoption. Avis favorable [...]* ». « *Les conditions matérielles et financières d'accueil sont satisfaisantes, que Mlle E.B. et Mlle R. ont inscrit leur relation de couple dans la durée, vivant ensemble depuis 18 ans à la date du dépôt de leur demande d'agrément* »⁵³⁰.

244. En d'autres termes, le tribunal administratif retient, en l'espèce, la stabilité de la relation qui dure depuis dix-huit ans et sa solidité, pour faire application des seuls critères dégagés par le Code de l'action sociale et des familles. Il retient ainsi que les conditions offertes par la requérante sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté⁵³¹. Il conclut que le président du Conseil général du Jura a fait une application inexacte des dispositions du Code de l'action sociale et des familles⁵³² et que la requérante est donc fondée à demander l'annulation de la décision du 26 janvier 2009 par laquelle le président du Conseil général du Jura a rejeté sa demande d'agrément en vue de l'adoption.

245. Le tribunal administratif annule le refus d'agrément de Mlle E.B en faisant application de son contrôle normal sur la motivation apportée à ce refus pour vérifier que les conditions d'accueil de Mlle E.B sont conformes à l'intérêt de l'enfant. Au terme de son analyse détaillée des rapports des assistantes sociales et des psychologues, il considère que les deux motifs de refus retenus par le président du Conseil général ne sont pas fondés. Le tribunal administratif en ne retenant pas dans son argumentation les observations de la HALDE, ne signifie pas qu'il rejette ces conclusions, mais simplement qu'il souhaite uniquement se positionner sur le contrôle des règles posées par le Code de l'action sociale et des familles. En n'abordant pas la question de la

⁵³⁰ Ces rapports de l'assistance sociale et de la psychologue tiennent compte de la portée de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 janvier 2008.

⁵³¹ Le Tribunal administratif semble ici confirmer l'idée selon laquelle « un couple homosexuel » stable et durable composé de deux femmes présentes des conditions d'accueils conforme à l'intérêt de l'enfant sans que soit remise en question leur homosexualité sur les besoins de l'enfant.

⁵³² Réf. Articles L. 225-17 ; L.225-2 et R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles, précité.

discrimination pourtant centrale dans l'argumentation de Mlle E.B, il prend ainsi le parti d'une banalisation de la procédure d'agrément, car détachée de toute considération liée au sexe des adoptants. On ne saurait mieux être dans la droite ligne de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 janvier 2008.

Une autre raison amène le tribunal administratif de Besançon à ne pas reposer son argumentation sur les observations de la HALDE. Il ne souhaite manifestement pas entrer en contrariété avec la jurisprudence du Conseil d'Etat. En examinant sous l'angle des discriminations la décision de refus, un risque existe de voir le Conseil d'Etat ne pas suivre en ce sens et d'appliquer sa position traditionnelle en la matière⁵³³. Ainsi, le tribunal administratif oriente sa décision sur un défaut de motivation du refus et non une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cela ne signifie pas qu'il n'y a pas eu discrimination. Pour cette raison, il est intéressant de procéder à une autre lecture de l'examen de la motivation du refus au regard du principe de non-discrimination en suivant en cela les observations de la HALDE.

§ 2 - Des motifs discriminatoires selon la HALDE : une seconde lecture

246. Mlle E.B allègue devant le tribunal administratif de Besançon que la « motivation réelle » de son nouveau refus d'agrément tient à sa seule orientation sexuelle. Dans ses observations⁵³⁴ fournies au tribunal administratif, la HALDE se range du côté de la plaignante en affirmant également que les termes de la décision du président du Conseil général, éclairés par ceux du compte rendu de la Commission d'agrément, se fondent sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B pour lui refuser une seconde fois l'agrément⁵³⁵. Selon les observations de la HALDE, les deux principaux motifs effectivement avancés par le président du Conseil général pour fonder sa nouvelle décision de refus en 2009, à savoir le manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption (A) et la divergence quant à l'âge de l'enfant à adopter (B), laissent présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la requérante, contraire au principe de la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵³³ CE, 9 oct. 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette, Defrénois* 1997, art. 36951, obs. J. MASSIP, *JCP G* 1997, II, n° 22766, concl. C. MAUGUE, *D.* 1997, Jur., p.117, note P. MALAURIE, *RTD civ.* 1997, p. 408, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 1997, comm. n°6, note P. MURAT ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLO (sous la direction de), PUF, coll « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150, précité et CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

⁵³⁴ Réf. à la délibération n° 2009-350 du 5 octobre 2009, précité.

⁵³⁵ V. « La HALDE juge discriminatoire le refus d'adoption opposé à une homosexuelle », *AFP*, 6 octobre 2009.

A - Le motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption

247. Dans ses observations, la HALDE relève que le premier motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption avancé par le président du Conseil général, pour fonder sa nouvelle décision de refus d'agrément, laisse présumer l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle de Mlle E.B. Effectivement, il est clairement reproché, en l'espèce, à Mme R, son manque d'implication dans le processus d'adoption renvoyant implicitement à l'orientation sexuelle de celle-ci. Les termes de la décision du président du Conseil général en témoignent ainsi : « *la position de Mme R à l'égard de l'enfant reste ambiguë* » ; « *peu d'engagement affectif* » ; « *rôle de tiers dans la relation mère-enfant* ».

248. Dans le procès-verbal de la Commission d'agrément, il est explicitement tenu rigueur à Mme R de ne pas apparaître aussi souvent que Mlle E.B dans les rapports social et psychologique et de « *ne pas avoir signé le questionnaire* » nécessaire à l'instruction de la demande. En revanche, l'étude des rapports de l'assistance sociale et de la psychologue montre que Mme R a participé à l'ensemble des entretiens nécessaires à l'instruction de la demande d'agrément. Ils évoquent au contraire à plusieurs reprises l'existence d'un « *couple* », un « *couple réellement complémentaire* », formé par deux femmes qui « *expriment bien qu'elles désirent toutes les deux un enfant* ». En l'espèce, le fait que Mme R soit moins intervenue que sa compagne dans ces échanges résulte sans nul doute du fait qu'elle n'est pas la candidate « *officielle* » à l'adoption, la loi n'offrant pas cette possibilité aux couples homosexuels⁵³⁶. De plus, à supposer même que Mme R n'ait pas signé le questionnaire, elle l'a néanmoins rempli en rayant les mentions « *Monsieur* » pour les remplacer par « *compagne* » à chaque page dudit questionnaire⁵³⁷. Ces considérations qui font implicitement référence à l'orientation sexuelle de Mlle E.B, se rapproche à la décision de refus du 26 novembre 1998 dont les termes étaient, à ce titre, éloquentes : « *La place qu'occuperait votre amie dans la vie de l'enfant, n'est pas suffisamment claire : même si elle ne semble pas opposée à votre projet, elle n'apparaît pas non plus s'y être impliquée, créant une situation préjudiciable à l'acquisition des repères pour un enfant* »⁵³⁸.

⁵³⁶ L'adoption par les couples est en effet exclusivement réservée aux couples hétérosexuels mariés avant la loi n° 2013-404 17 mai 2013. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A et B.

⁵³⁷ Il aurait été loisible au Conseil général de faire régulariser cette formalité.

⁵³⁸ Cet argument avait pourtant été jugé non pertinent par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 22 janvier 2008 concernant Mlle E.B. V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, req. n°43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité. Il est d'ailleurs aussi jugé légitime par le rapporteur public d'intégrer et d'évaluer tous les éléments ayant un impact sur les conditions d'accueil de l'enfant, ce qui justifie la prise en compte de l'engagement affectif de Mlle R.

249. La pratique consistant à pointer l'absence d'engagement, d'implication et de présence du partenaire de l'adoptant est courante dans une procédure d'agrément. La prise en compte de cet élément allant parfois jusqu'à faire obstacle à une adoption réalisée à titre individuel. Cette pratique n'en est pas moins contraire aux dispositions du Code civil qui ouvrent aux célibataires la possibilité de demander l'agrément en vue d'adopter⁵³⁹. Mais, l'analyse de la jurisprudence révèle que cette pratique reflète implicitement une discrimination en raison de l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire. Cette pratique a un impact défavorable sur les célibataires homosexuels candidats à l'adoption. Parce qu'elle est plus souvent invoquée à leur encontre. Ou parce qu'elle ne produit pas les mêmes effets à leur égard.

250. Bien que les services sociaux considèrent que le célibat n'empêche pas de développer les qualités requises pour adopter un enfant, force est de constater qu'ils se rallient le plus souvent à la perception psychologique classique suivant laquelle les bonnes conditions d'accueil impliquent l'existence d'un couple parental composé d'un homme et d'une femme⁵⁴⁰. L'analyse du contentieux en matière de refus d'agrément montre que l'implication d'une compagne ou d'un compagnon hétérosexuel est étudiée au cas par cas, et assez souplement, par le juge qui est amené à se demander si le candidat à l'adoption est susceptible de proposer une image de référent paternel ou maternel à l'enfant accueilli⁵⁴¹. Mais la même analyse des contentieux montre aussi que l'homosexualité d'un candidat célibataire à l'adoption entraîne de fait l'absence d'un référent de l'autre sexe, justifiant ainsi le refus d'agrément, l'argument de « l'absence d'implication » de la compagne étant alors avancé⁵⁴². Ainsi, une célibataire hétérosexuelle, vivant seule, mais qui affirme ne pas s'opposer à ce qu'il y ait, dans l'avenir, un « référent paternel » pour l'enfant obtient l'agrément⁵⁴³. Une célibataire hétérosexuelle, vivant en concubinage, mais dont le compagnon, du fait de sa profession, connaîtra des périodes d'absences prolongées (en Afrique), obtient également l'agrément⁵⁴⁴. En revanche une célibataire homosexuelle, vivant en « couple » et conduisant manifestement la démarche d'adoption de concert avec sa compagne, se verra refuser l'agrément⁵⁴⁵.

⁵³⁹ Réf. Article 343-1 du Code civil.

⁵⁴⁰ D. BORILLO et TH. FORMOND, « Homosexualité et discriminations en droit privé », La Documentation française, Paris 2007, p.181.

⁵⁴¹ CE, 1^{re} et 4^e ss-sect. réunies, 18 février 1994, *Mme Francous*, Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA, vol. II, n°142912; *Recueil Lebon* 1994, 79, précité.

⁵⁴² Réf. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, req. n°43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL et CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précités.

⁵⁴³ CE, 1^{re} et 4^e ss-sect. réunies, 27 octobre 1995, *Département de Saône-et-Loire*, *Juridisque Lamy Conseil d'État et CAA*, vol. II, n° 161788, précité.

⁵⁴⁴ CE, 23 mai 2001, *Département de la Seine-et-Marne*, n° 206457.

⁵⁴⁵ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat

251. Par ailleurs, certains éléments résultant de l’instruction menée par la Haute Autorité dans ce dossier, illustrent particulièrement ce point de vue. Parmi les demandes formulées en 2008 et 2009 auprès de ce même Conseil général en vue de l’obtention d’un agrément en tant que célibataire, deux décisions favorables méritent d’être rapportées⁵⁴⁶. En premier lieu, un agrément a été délivré en janvier 2009 à une femme, Mme P, dont le compagnon n’avait pas fait de demande conjointe à l’agrément : alors même que dans le cadre d’un couple hétérosexuel ayant la possibilité de se marier, le droit autorise l’adoption conjointe, contrairement à la situation de Mmes B et R. Le Conseil général n’a pas tenu rigueur à ce couple de l’hésitation du conjoint quant à une implication plus franche dans le projet. En second lieu, un autre agrément a été délivré en juillet 2008 à une femme hétérosexuelle, Mlle D qui, au vu des rapports élaborés dans le cadre de l’instruction de sa demande d’agrément et de ses propres termes, « *souhaite partager un jour une vie commune et partager, dans l’amour, un projet parental [avec un homme]* » : là non plus, il n’est pas tenu rigueur à la candidate à l’adoption de cette absence d’altérité et de référent parental autre. Comme si le caractère potentiel d’une vie commune avec un homme suffisait à donner les garanties qu’un couple homosexuel, déjà existant, ne donnait pas.

252. Alors même qu’il est légitime d’apprécier les qualités du concubin de l’adoptant susceptible de s’occuper de l’enfant, conformément à l’intérêt de ce dernier, et ce, même dans le cadre d’une démarche individuelle d’adoption, il ne saurait être reproché à ce même concubin, qui n’a pas le droit d’adopter⁵⁴⁷, son manque d’implication dans la démarche. Cela reviendrait à dénier à une personne célibataire tout droit à une demande d’agrément, ainsi que l’a affirmé la Cour dans son arrêt du 22 janvier 2008⁵⁴⁸, *E. B. c/France*, concernant l’affaire portée par la requérante. Les observations de la HALDE relèvent ce constat : « *il est légitime de tenir compte des qualités du concubin dans la mesure où celui-ci sera également amené à accueillir l’enfant, il est en revanche plus paradoxal de lui reprocher son manque d’implication alors que juridiquement, ce concubin n’a pas le droit d’adopter* ». En d’autres termes, la HALDE ne fait pas grief au président du Conseil général de s’être assuré que la personne partageant la vie de Mlle E.B, présentait, elle aussi, certaines qualités nécessaires à l’accueil d’un enfant. Elle considère néanmoins anormal de lui reprocher son manque d’engagement puisque les textes ne lui réservent aucune place dans la procédure.

concernant les agréments en matière d’adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

⁵⁴⁶ Les observations de la HALDE, précisent que, sur les quatre demandes d’agrément en vue d’adopter sollicitées en tant que célibataires auprès du Conseil général, seule Mlle E.B s’est vue opposer un refus.

⁵⁴⁷ Les couples pacés qu’ils soient hétérosexuels ou homosexuels ne peuvent pas adopter. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A et B.

⁵⁴⁸ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

253. L'argument du manque d'implication de la compagne de Mlle E.B n'est pas directement révélateur de la prise en compte de l'orientation sexuelle de la réclamante. Mais, il fait bien référence implicitement à l'homosexualité du candidat célibataire dont la conséquence est le refus automatique de l'agrément⁵⁴⁹. Son examen n'est cependant pas réalisé isolément, sans appréciation globale d'un autre élément qui sert à fonder la décision du président du Conseil général. Un élément prépondérant davantage lié aux caractéristiques de la famille de la réclamante, considérée comme atypique⁵⁵⁰. Dans le procès-verbal de la commission d'agrément, apparaît une question posée dans le cadre de l'audition à Mmes B et R et qui a délibérément été retranscrite pour justifier le refus : « *Comment feront-elles face aux difficultés susceptibles d'être rencontrées par l'enfant du fait de l'adoption, mais peut-être aussi en lien avec leur couple ?* ». Si la première partie de la question est totalement étrangère à toute référence à l'orientation sexuelle de la réclamante et vise à vérifier légitimement que la candidate ne minimise pas les effets de l'adoption sur un enfant, la seconde partie interroge directement les intéressées sur les conséquences de l'orientation sexuelle de leur couple au regard de l'intérêt de l'enfant.

254. Si l'on se réfère à la retranscription de la réponse de la réclamante dans le procès-verbal de la commission, cette référence ne souffre d'aucune ambiguïté quant au sous-entendu implicite à l'homosexualité du couple compte tenu des termes de la retranscription de la réponse de la réclamante dans le procès-verbal de la commission. Mlle E.B indique qu'elle et sa compagne « *pourraient trouver aussi de l'aide auprès d'une association de gays et lesbiennes, sans militantisme, pour qu'il sache qu'il n'est pas le seul à avoir deux mamans ou deux papas* ». Il est ainsi difficile de ne pas rapprocher la prise en compte de telles considérations, propres à l'orientation sexuelle de Mlle E.B, de celles qui avaient également fondé la décision du même président du Conseil général en 1998.

Les termes mêmes du compte rendu de la commission de 1998 montrent que les considérations liées à l'orientation sexuelle de la réclamante étaient, en réalité, prépondérantes. La décision du président du Conseil général fondée sur le motif du manque d'investissement de la compagne de Mlle E.B dissimulait bien une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention. Il en va de même pour le second motif tiré de la divergence quant à l'âge de l'enfant à adopter, où les termes de la décision du président mettent en évidence une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B.

⁵⁴⁹ C'était d'ailleurs également le cas pour le motif de « *l'attitude du comportement de Mlle E.B* » lors du premier refus opposé par le président du Conseil général du Jura à Mlle E.B. Motif que la Cour européenne n'a pas retenu comme critère discriminatoire mais comme motif légitime conforme à la finalité de l'adoption à savoir l'intérêt de l'enfant.

⁵⁵⁰ Autrement dit la « famille homosexuelle ».

B - Le motif tiré de la divergence quant à l'âge de l'enfant

255. Dans ses observations, la HALDE laisse sous-entendre que le second motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption avancé par le président du Conseil général, dissimule l'existence d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle de Mlle E.B. En l'espèce, le président du Conseil général et le compte rendu du procès-verbal de la commission font état de ses divergences entre Mlle E.B et sa compagne sur le projet d'adoption. Les observations de la HALDE dénoncent le caractère surprenant de ce motif : « *Compte tenu du contexte dans lequel s'inscrit cette seconde demande d'agrément, sollicitée par un couple vivant ensemble depuis plus de 20 ans, ayant amorcé une démarche en vue d'adopter il y a plus de 10 ans, cet argument paraît pour le moins surprenant* ». Effectivement, cet argument avancé par le président du Conseil général et le compte rendu de la commission est particulièrement douteux et laisse supposer une référence implicite à l'homosexualité des femmes. A supposer même qu'une divergence existe encore entre les deux femmes, il convient de rappeler que seule Mlle E.B est candidate à l'agrément, l'adoption par les couples étant réservée aux conjoints mariés. Le fait que la divergence sur l'âge de l'enfant à adopter (entre 6 mois et 4 ans pour Mme R et entre 3 et 4 ans, pouvant aller jusqu'à 10 ans pour Mlle E.B, relevée dans le procès-verbal de la Commission) serait de nature à « *compromettre les conditions d'accueil de l'enfant* » semble disproportionné au regard du but recherché par l'enquête menée. A savoir la préservation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'adoption.

256. D'ailleurs, tant le rapport social que le rapport psychologique dont la finalité ultime est justement d'apprécier les conditions d'accueil de l'enfant, n'y voient aucune difficulté en soulignant « *la complémentarité et la stabilité du couple, uni dans son désir d'enfant* », raison pour laquelle ils émettent un avis favorable à la délivrance de cet agrément. En d'autres termes, le motif tiré de la divergence des deux femmes concernant l'âge de l'enfant à adopter est un motif fallacieux⁵⁵¹ qui n'émane absolument pas des services sociaux, mais bien du président du Conseil général et de la commission d'agrément. La divergence d'opinions entre d'un côté les services sociaux qui émettent un avis favorable à l'agrément, et de l'autre le président du Conseil général et la commission qui émettent un avis défavorable montre incontestablement que l'homosexualité est le seul véritable motif du refus d'agrément de la part du président du Conseil général⁵⁵². L'incohérence et la faiblesse

⁵⁵¹ C'est ce que précise Me C. MECARY : « *Un motif fallacieux qui n'émane absolument pas des services sociaux.* » « Refus d'adoption : vers un désaveu du Conseil général du Jura », *Têtu*, 13 octobre 2009.

⁵⁵² Comme le souligne très bien Me C. MECARY : « *A ce stade là, le président du Conseil général savait qu'il ne pouvait invoquer l'homosexualité d'Emmanuelle. Donc il est allé inventer de toutes pièces deux motifs totalement fallacieux, juste pour ne pas avouer le motif inadmissible.* » « *Son attitude (Jean Raquin, président du Conseil général du Jura, divers droite), était politique et homophobe.* » « Après l'humiliation, un immense soulagement », *Libération*, 12 novembre 2009.

des arguments avancés par le président du Conseil général pour justifier la prise en compte de ce motif voire les deux motifs semblent dévoiler une forme d'acharnement de ce dernier à dissimuler le vrai motif du refus, à savoir l'homosexualité des deux femmes Mlle E.B et Mlle R⁵⁵³. En conséquence, alors même que le président du Conseil général ne fait pas directement mention de l'orientation sexuelle de Mlle E.B, sa décision de refus d'agrément qui ne se différencie en rien de l'avis formulé par la Commission d'agrément, semble sans aucun doute se fonder sur le critère de l'orientation sexuelle⁵⁵⁴ pour justifier son second refus d'agrément à Mlle E.B.

257. La décision du président du Conseil général a été prise, comme le soulignent très bien les observations de la HALDE, en violation des articles 8 et 14 de la Convention. La Cour européenne a rappelé dans sa décision du 22 janvier 2008⁵⁵⁵ qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime. Dans le cas d'espèce, il résulte des rapports social et psychologique que Mlle E.B réunissait les capacités éducatives et affectives nécessaires à l'adoption d'un enfant⁵⁵⁶. Il en résulte qu'au regard de l'examen réalisé par la psychologue et l'assistante sociale, la décision de délivrance d'agrément serait conforme aux exigences tenant à l'intérêt de l'enfant. Le refus d'agrément, en l'espèce, ne poursuit pas un but légitime. Partant, l'orientation sexuelle est entrée en compte dans l'appréciation finale de la commission d'agrément et du Conseil général et ce, au détriment de l'examen des qualités propres que détenait la réclamante.

258. La Cour a constaté, dans le même arrêt, concernant le refus d'agrément opposé à la réclamante, Mlle E.B, que « *lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant des droits tombant sous l'empire de l'article 8 de la Convention* ». Or, force est de constater que les motifs retenus par le président du Conseil général, en l'espèce, concernant le « *positionnement respectif à l'égard de l'enfant* » qu'auraient Mmes B et R, de même que les « *divergences au niveau de l'âge de l'enfant* » ne pouvaient constituer une « *raison particulièrement grave et*

⁵⁵³ C'est d'ailleurs ce que dénonce Me C. MECARY : « *Tous les arguments sortis avec acharnement par le Conseil général du Jura ne servent qu'à dissimuler le véritable motif du refus, l'homosexualité d'Emmanuelle, et l'homophobie du Conseil* ».

⁵⁵⁴ Dans la mesure où la première décision de refus d'agrément opposé à Mlle E.B par le Conseil général, en 1998, a été jugé discriminatoire par la Cour en 2008, celui-ci ne pouvait plus faire mention de l'orientation sexuelle de l'intéressée, sous peine de censure par le juge.

⁵⁵⁵ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

⁵⁵⁶ En témoigne notamment l'enquête psychologique rendue le 10 octobre 2008 aux termes de laquelle : « *Mmes B et R semblent former un couple uni et complémentaire, ouvert sur l'extérieur, au sein duquel la parole circule librement. Malgré un modèle de couple différent, le contexte socioculturel et familial élargi est harmonieux (...). Sans idéalisation excessive, elles placent l'enfant au centre de leurs préoccupations. Elles s'inscrivent dans une vraie dynamique de devenir parents adoptifs et d'un désir d'enfant par l'intermédiaire de l'adoption* ».

convaincante » pour justifier un tel refus. Aussi légitime soit la préoccupation des services sociaux concernant la situation de fait de la réclamante en étudiant l'implication de sa compagne dans sa démarche, la prise en compte implicite de l'orientation sexuelle de la réclamante a une incidence sur la légalité de ladite décision. Ainsi que l'a affirmé la Cour dans l'arrêt du 22 janvier 2008 précité, « *le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision* ». Par conséquent, il ressort de ce qui précède qu'une forte présomption de discrimination à raison de l'orientation sexuelle pèse sur la décision du Conseil général. Or, ce dernier n'est pas parvenu, au cours de l'instruction, à apporter des éléments suffisamment convaincants pour établir que sa décision de refus d'agrément ne se fondait pas, en réalité, sur l'orientation sexuelle de la réclamante. Mais, la décision du tribunal administratif ne s'est pas orientée sur le terrain même de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle pour annuler le second refus d'agrément opposé à Mlle E.B.

Cette décision fait néanmoins implicitement application de la jurisprudence de la Cour européenne de 2008 et du droit interne pour consacrer une ouverture à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption.

Section 2 - La décision du tribunal administratif : une ouverture implicite à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption

259. La décision du tribunal administratif de Besançon ouvre la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle. Elle tend à considérer que l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire ne peut, à elle seule, justifier un refus, surtout dans la mesure où l'article 343-1 du Code civil reste muet quant à la nécessité d'un référent d'un autre sexe. La décision du tribunal administratif de Besançon ne fait que se conformer à la jurisprudence européenne de 2008 pour effectuer une nouvelle application plus progressiste de la législation française en matière d'adoption par une personne célibataire. Tout refus motivé par l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire est dorénavant constitutif d'une discrimination au sens de la Convention (§1). Mais, la portée de la décision du tribunal administratif est plus grande. La médiatisation de la décision du tribunal administratif de Besançon a permis de relancer le débat tant politique que sociétal de la question de l'homoparentalité de façon générale et de façon plus précise de relancer la question de l'ouverture

de l'adoption par le couple homosexuel pour aller vers la reconnaissance de la constitution de la famille homoparentale (§2).

§ 1 - La reconnaissance implicite de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption

260. La décision du tribunal administratif de Besançon, qui clôt une procédure de douze ans, tire les leçons de la condamnation prononcée par la Cour européenne à l'encontre de la France. Effectivement, dans son arrêt du 22 janvier 2008⁵⁵⁷, la Cour a rappelé que la législation française autorise l'adoption par une personne célibataire avant de conclure que les autorités administratives internes ne pouvaient donc pas prendre en considération l'orientation sexuelle de Mlle E.B pour lui refuser l'agrément sans commettre une discrimination au regard de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. Le tribunal administratif de Besançon prend acte de cette jurisprudence européenne dans sa décision du 10 novembre 2009⁵⁵⁸. Il considère implicitement que l'orientation sexuelle de Mlle E.B ne peut plus, à elle seule, justifier un refus d'agrément de la part du président du Conseil général dans la mesure où le droit français prévoit expressément à l'article 343-1 du Code civil la possibilité pour une personne célibataire d'adopter sans distinction de l'orientation sexuelle (A). La jurisprudence de la Cour de 2008 incite donc le droit français à faire implicitement une nouvelle lecture plus progressiste de sa législation en la matière. L'article 343-1 du Code civil, même s'il reste muet quant à l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire, ouvre la possibilité pour une personne célibataire homosexuelle d'adopter et de constituer ainsi une famille homosexuelle monoparentale (B).

A - Une application implicite de la jurisprudence de la CEDH de 2008

261. La décision du tribunal administratif de Besançon se conforme à la jurisprudence de la Cour dégagée le 22 janvier 2008⁵⁵⁹, en dépit de l'absence de référence expresse à une quelconque

⁵⁵⁷ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

⁵⁵⁸ TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299, *AJ fam.* 2009. 489, obs. F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, n° 5, note P. MURAT ; B. BEIGNIER, *Dr. Fam.* 2009. Repère 11 ; H. RIHAL, *AJDA*, n°31, p. 1772- 1778 ; V. DONIER, *RDSS*, n° 1, p. 148-154 ; Y. FAVIER, *JPC G*, n° 48, p. 14-24, précité.

⁵⁵⁹ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; D. 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

discrimination. A la suite du refus d'agrément opposé par le Conseil d'Etat le 5 juin 2002⁵⁶⁰, Mlle E.B. avait décidé de porter l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme. Mlle E.B avait allégué devant la Cour avoir subi durant toutes les phases de la procédure d'adoption, un traitement discriminatoire fondée sur sa seule orientation sexuelle, portant ainsi atteinte à son droit au respect de sa vie privée, en application des dispositions des articles 14 combiné à l'article 8 de la Convention. En d'autres termes, Mlle E.B avait fait valoir qu'elle avait subi une différence de traitement fondée sur son homosexualité, en tant que telle, ce qui constituait, selon elle, une discrimination.

262. La Cour avait, d'abord, jugé, dans l'affaire *Fretté*⁵⁶¹, que cette différence de traitement était bien motivée par l'orientation sexuelle du requérant, mais que celle-ci n'était pas constitutive d'une discrimination en vertu de l'article 14 de la Convention, car elle poursuivait un « *but légitime* » à savoir la protection de l'enfant. Selon elle, les autorités françaises n'avaient fait qu'user de la « *marge d'appréciation* » en raison de l'absence d'un dénominateur commun parmi les législations des Etats membres et du défaut de consensus au sein de la communauté scientifique. La Cour n'avait pas alors condamné la France pour discrimination suite au refus d'agrément opposé à *Fretté*. Dans sa décision du 22 janvier 2008⁵⁶², elle a opéré un revirement de jurisprudence en condamnant cette fois-ci la France pour discrimination en raison du refus d'agrément principalement motivé sur les orientations sexuelles de Mlle E.B. Effectivement, la Cour a conclu que la différence de traitement constaté se rapporte uniquement à son orientation sexuelle et constitue une discrimination. Elle a reconnu que le droit français permet bel et bien l'adoption d'un enfant par un célibataire. Le refus d'agrément ne peut donc pas être motivé, selon la Cour, en raison de l'orientation sexuelle, notion couverte par l'article 14 de la Convention. En l'espèce, la Cour avait estimé que le motif tiré de « *l'absence de référent paternel* » faisait implicitement référence à l'homosexualité de Mlle E.B et son influence sur l'appréciation de la demande d'agrément avait revêtu un caractère décisif dans la décision de refus d'agrément par le président du Conseil général.

263. La Cour avait déduit que le caractère illégitime de ce motif condamnait l'ensemble de la décision. Elle avait ainsi conclu à la condamnation de la France pour discrimination en raison du refus d'agrément motivé sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B. Cette condamnation européenne

⁵⁶⁰ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

⁵⁶¹ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* 2002, p.8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

⁵⁶² CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

oblige les autorités administratives internes françaises à changer leurs pratiques en matière de refus d'agrément opposé à une personne célibataire homosexuelle. Dorénavant, elles doivent prendre garde de ne jamais faire référence, de manière explicite ou implicite, à l'orientation sexuelle d'un candidat adoptant. La décision de la Cour du 22 janvier 2008 permet ainsi de rétablir un égal accès à l'adoption entre adoptant célibataire hétérosexuel et adoptant célibataire homosexuel. Mlle E. B., à l'issue de cette décision, a présenté une nouvelle demande d'agrément. Sa demande est encore rejetée par le président du Conseil général. Mlle E.B saisit, une nouvelle fois, le tribunal administratif pour obtenir l'annulation du refus d'agrément. La nouvelle jurisprudence européenne va contraindre le tribunal administratif à procéder à une nouvelle lecture du droit français en matière d'adoption par un célibataire homosexuel, leur permettant désormais, à l'instar de Mlle E.B, d'obtenir un agrément en vue d'adopter un enfant.

B - Une nouvelle lecture plus progressiste de la législation française en matière d'adoption individuelle

264. Cette évolution européenne oblige le tribunal administratif à faire une nouvelle lecture plus progressiste du droit français en la matière⁵⁶³. La loi française prévoit en effet expressément la possibilité pour une personne célibataire, quelle que soit son orientation sexuelle, d'adopter seule. Elle ouvre ainsi la voie de l'adoption par une personne célibataire homosexuelle et permet en même temps la constitution de la famille homosexuelle monoparentale. La décision du tribunal administratif applique bien la jurisprudence de la Cour selon laquelle refuser un agrément en raison de l'orientation sexuelle du célibataire adoptante c'est commettre une discrimination au regard de l'article 14 de la Convention. Dorénavant, plus aucun célibataire ne peut se voir refuser sa demande d'agrément en raison de son homosexualité par les présidents de Conseils généraux. Les personnes célibataires homosexuelles peuvent au même titre que n'importe quel célibataire hétérosexuel avoir une chance obtenir l'agrément en vue d'adopter⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Ce qui avait déjà été la voie suivie : V. TA Paris, 25 janv. 1995, *D.* 1995, II, 647, note D. BOULANGER, *LPA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J-Y PLOUVIN et TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *RDA* 2000 n° 51, p. 14, *Dr. fam.* 2000, chr. 8, « La famille homosexuelle par adoption ? », note P. MURAT, précité, avant d'être écartée par le Conseil d'Etat : V. CE, 9 octobre 1996, n° 168.342, *Département de Paris c/ Frette*, *JCP* 1997, II, 22766, concl. C. MAUGUE ; *Dalloz* 1997, Jur. p. 117, note P. MALAURIE ; D. BORILLO, T. PITOIS, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 1996 », in *homosexualité et droit*, D. BORILLON (sous la direction de), PUF, collection « Les Voies du Droit », 1998, pp. 139-150 et CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503.

⁵⁶⁴ Toutefois, il s'agit que d'un jugement administratif, ce qui pourrait laisser penser que cette solution pourrait être infirmée par une Cour administrative d'appel, voire le Conseil d'Etat. Cependant, le président du Conseil général du Jura a fait part dans la presse de son intention de ne pas faire appel de la décision du Tribunal administratif. Il a ainsi

265. Cette garantie semble bien être, cette fois-ci, à l'ordre du jour. Effectivement, postérieurement à la décision du tribunal administratif de Besançon, une femme qui a ouvertement révélé son homosexualité et qui s'est déclarée vivant en couple homosexuel, s'est vu délivrer un agrément par le président du Conseil général de l'Essonne⁵⁶⁵ qui lui permettra, dans un délai de cinq ans, d'adopter un enfant. Le Président, JEROME GUEDJ, a déclaré faire de cette décision « *un acte militant que je revendique, car ça contribue à l'évolution du débat sur l'homoparentalité, c'est au nom de l'égalité des droits*⁵⁶⁶, *il faut que les mentalités évoluent*⁵⁶⁷ ». Pour lui, « *c'est important d'afficher avec force et principe cette position, pour que derrière la pratique évolue* ». L'agrément « *a été délivré par rapport à l'intérêt de l'enfant* » et cette femme « *répondait aux exigences en matière de profil psychologique et d'environnement familial* » a poursuivi le Président du Conseil général. La jeune femme est en couple depuis plusieurs années et vit avec la fille de sa compagne. Elle a également passé avec succès les entretiens psychologiques et répondu aux attentes de l'assistance sociale, ajoute le quotidien Libération.

266. Cette décision a bien évidemment été saluée par les associations qui militent en faveur de l'homoparentalité. Ainsi, pour JOCELYNE FILDARD, co-présidente de la Coordination lesbienne en France, cette décision « *symbolique* » est une « *avancée* ». « *Cette femme a été courageuse en se déclarant homosexuelle pour sa demande d'agrément, cela entraîne une réelle visibilité qui aura peut-être un effet boule de neige* », espère-t-elle. Même sentiment pour REMY MARIE, président d'Angel 91, l'association nouvelle des gays et lesbiennes. « *Le pacs a créé une égalité des droits, nous allons dans le bon sens, mais il reste encore beaucoup à faire* », prévient-il⁵⁶⁸. La décision du président du Conseil général de l'Essonne se conforme ainsi à la fois à la jurisprudence de la Cour européenne de 2008, mais également le jugement du tribunal administratif de Besançon. Une personne célibataire homosexuelle peut adopter un enfant au même titre que

refusé de suivre la recommandation de G. BAILLY, son prédécesseur, de faire appel de la décision du Tribunal administratif, préférant se conformer au jugement. Dans un communiqué, ce dernier a affirmé qu'il « *respecte l'Etat de droit et appliquera donc le jugement du tribunal administratif* ». « *Il estime que les questions posées à travers cette affaire relèvent en réalité du débat politique national* » et « *invite le Législateur à s'en saisir* ». V. « Le gouvernement reste opposé à l'adoption par des homosexuels », *Le Monde*, 10 novembre 2009 ; « Adoption homosexuelle : le Conseil général donnera son accord à Emmanuelle B. », *AFP*, 10 novembre 2009. Il reste néanmoins à voir si le Conseil d'Etat confirmera cette décision à l'occasion d'une affaire similaire qui se portera devant lui.

⁵⁶⁵ V. « Essonne : une homosexuelle obtient du Conseil général un agrément pour adopter », *Libération*, 8 juillet 2011.

⁵⁶⁶ Cette décision intervient au moment où la question de l'homoparentalité agite la classe politique. Une proposition de loi socialiste visant en effet à autoriser le mariage homosexuel avait été rejetée par l'Assemblée en juin 2011 la gauche votant pour tandis qu'une très large partie de la majorité UMP-Nouveau Centre s'y est opposée. A partir de là, le PS en a fait un de ses chevaux de bataille pour la campagne présidentielle de 2012 que la droite, excepté quelques-uns, reste majoritairement opposée à l'union (donc à l'adoption) pour les couples de même sexe. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

⁵⁶⁷ Fin juin 2011, un sondage *Ifop* pour *Dimanche Ouest-France* indiquait que le mariage homosexuel recueille désormais l'assentiment d'une large majorité de Français (63%), tout comme l'adoption par les couples homosexuels (58%). Mais l'électorat de droite reste plus rétif, avec 41% de personnes favorables au mariage et 37% à l'adoption. V. « 63% des français favorables au mariage homosexuel », *Libération*, 25 juin 2011.

⁵⁶⁸ V. « Essonne : une homosexuelle obtient du conseil général un agrément pour adopter », *Libération*, 8 juillet 2011, précité.

n'importe quelle personne célibataire hétérosexuelle sans distinction de son orientation sexuelle⁵⁶⁹. Les Conseils généraux semblent ainsi se conformer à la jurisprudence européenne de 2008.

Cette décision du président du Conseil général de l'Essonne a eu un impact médiatique beaucoup moins fort que le jugement du tribunal administratif de Besançon. Ce dernier avait entraîné de nombreuses réactions et interrogations sur sa portée. Il s'agissait aussi d'une procédure longue, spectaculaire pour le grand public avec ses rebondissements à même de focaliser attention et passion.

§ 2 - Vers une consécration de la famille homoparentale à travers l'adoption ?

267. Il y a douze ans maintenant, le même Tribunal de Besançon annulait la décision du président du Conseil général du Jura d'accorder à Mlle E.B l'agrément qu'elle sollicitait en vue de l'adoption. Après plusieurs recours devant les juridictions d'appel⁵⁷⁰ et une condamnation de la France par la Cour européenne⁵⁷¹, un nouveau refus du président du Conseil général du Jura a donné lieu à une nouvelle décision du tribunal administratif de Besançon enjoignant à nouveau la délivrance de l'agrément. En onze ans aurons-nous donc seulement appris qu'un refus d'agrément ne doit pas être motivé par l'homosexualité du demandeur⁵⁷² ? Ce sera finalement bien peu, car on le savait au moins depuis les commentaires de l'arrêt *Frette*⁵⁷³. En dépit du fort retentissement médiatique qu'a connu la décision du tribunal administratif de Besançon, elle demeure un cas d'espèce qui n'a nullement clôturé le débat de l'adoption homosexuelle, voire l'a parfois amplifié. La récente décision du tribunal administratif de Besançon d'accorder l'agrément à une

⁵⁶⁹ Cette décision du président du Conseil général de l'Essonne montre incontestablement que l'obtention de l'agrément pour les personnes célibataires homosexuelles est une véritable loterie dans laquelle certaines tirent le bon numéro en pouvant déposer leur demande auprès d'un président du Conseil général tolérant et ne tenant pas compte de la situation de couple et d'autres tirent le mauvais numéro en déposant leur demande auprès d'un président du Conseil général, fermé aux évolutions de la société. Cette discrimination qui dépend de l'orientation politique du président du Conseil général est arrivée à son terme en application de la jurisprudence de la Cour européenne auquel se rallie le jugement du Tribunal administratif de Besançon.

⁵⁷⁰ V. CAA Nancy, 21 décembre 2000, *Mlle B.*, *D.* 2001, p.1575, « De l'adoption par une personne homosexuelle », note R. PIASTA, *RTD civ.* 2001, p. 346, obs. J. HAUSER, *AJDA* 2001, p.291, concl. P. ROUSELLE, *RFDA* 2001, p. 1292, note A. MARCEAU et CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, n°230.533, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FROMBERT *RTD civ.* 2002, p. 496, obs. J. HAUSER, *RTD civ.* 2002, p. 611, obs. R. LIBCHABER, *AJDA* 2002, p. 615, concl. P. FOMBEUR, *Dr. fam.* 2003, comm. 24. Pour la jurisprudence antérieure : H. RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS* 1997, p. 503, précité.

⁵⁷¹ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

⁵⁷² Sur cette question, voir les excellentes remarques faites par B. BEIGNIER dans le repère qui annonçait cet arrêt. V. B. BEIGNIER, « Adoption et homosexualité », *Dr. Fam* 2009, repère 11.

⁵⁷³ V. A. DEBET, « La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption » : *Dr. fam* 2002, chron. 19. spéc. p. 11, précité.

homosexuelle, vivant en couple, a d'abord mis à jour toutes les difficultés pour un célibataire de constituer une famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption (A).

268. Ce droit d'obtenir l'agrément pour une personne célibataire a entraîné des zones de flou dans notre système d'adoption. Pourquoi les agréments pour deux personnes vivants en couple sont-ils réservés aux seuls mariés ? Pourquoi les couples liés par un PACS ou vivants en concubinage doivent-ils faire une demande en tant que célibataire ? Les homosexuels ont-ils réellement le droit d'adopter ? Toutes ces interrogations suscitées par le jugement du tribunal administratif de Besançon n'ont été qu'une bonne occasion pour relancer le débat à la fois politique et social de la question générale de l'homoparentalité et de manière plus précise, la question de la constitution de la famille homoparentale à travers l'adoption par le législateur français ? (B).

A - Les difficultés pour un célibataire de constituer une famille monoparentale à travers l'adoption

269. La décision du tribunal administratif révèle ouvertement toute l'ambiguïté de notre système actuel d'adoption par une personne célibataire. L'adoption par une personne seule prévue par la loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 masque difficilement une réalité, celle d'un projet de couple. Depuis longtemps, de manière générale, en dehors des couples homosexuels, dans les agréments donnés à des célibataires, le fait que ceux-ci vivent en couple est le plus souvent vu comme un point positif⁵⁷⁴. Il y a donc un lien étroit entre agrément pour adopter et vie de couple. La même constatation peut être faite avec les couples homosexuels. L'importance que revêt la place de la compagne ou du compagnon dans le processus d'agrément et la nécessité d'avoir un minimum de communauté de vues entre les deux membres du couple montre que le projet, dans sa réalité, n'est plus simplement l'adoption par une personne seule et, en l'espèce, le rapport de l'assistance sociale le révèle très ouvertement, notamment lorsqu'il souligne que « *Mlle R. (la compagne de la personne sollicitant l'agrément) précise qu'elle fera les démarches pour reconnaître l'enfant comme étant également le sien* ».

270. Du coup, maintenant qu'est très clairement acquise la nécessité de l'absence de discrimination pour les personnes homosexuelles dans la délivrance de l'agrément, la question de l'adoption par deux personnes de même sexe vivant en couple pour constituer une famille homoparentale n'a pas manqué de se poser directement⁵⁷⁵, tant il est évident qu'il existe une

⁵⁷⁴ V. P. SALVAGE, *Droit de la famille*, Dalloz Action, P. MURAT (ss dir.), 2008, n° 223.53, p. 670.

⁵⁷⁵ L'adoption par deux personnes de même sexe n'est pas juridiquement reconnue au moment où la décision du Tribunal administratif de Besançon est rendue en novembre 2009. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le

contradiction entre les éléments pris en compte lors de l'agrément et les possibilités de construction juridique postérieure. Lorsqu'il s'agit du projet de deux personnes vivants en couple pour accueillir un enfant, c'est ce projet global qui est aujourd'hui évalué dans la procédure d'agrément, alors qu'il peut déboucher que sur l'adoption par un seul. Pour caricaturer : on est agréé à deux et on adopte seul ! Les termes actuels de la procédure d'agrément sont en complet porte-à-faux par rapport aux possibilités légales d'adoption qui réservent l'adoption à plusieurs aux seuls couples mariés⁵⁷⁶ et donc, *a contrario*, ferment celle-ci à des personnes non mariées entre elles, des couples de concubins et des partenaires d'un PACS hétérosexuels comme homosexuels.

271. Cette puissante contradiction entre les conditions concrètes de l'agrément et les conditions légales de l'adoption oblige à se demander s'il ne faut pas, comme d'autres pays tels la Belgique et les Pays-Bas, ouvrir l'adoption à tous les couples, du moins aux partenaires du PACS⁵⁷⁷. Il faut bien admettre qu'il y a une hypocrisie certaine à agréer une personne sur les bases d'un critère dont chacun sait pertinemment qu'il ne pourra trouver aucune traduction au stade de l'adoption. Une telle situation est kafkaïenne et débouche sur des frustrations et la revendication d'outils inutilement complexes, là où il n'est pas dit que l'adoption, comme institution de protection de l'enfance, n'ait pas un rôle à jouer au moins dans certaines situations. Mais, *de lege feranda*, une telle évolution supposerait d'abandonner l'adossement de l'adoption au modèle de la filiation par procréation⁵⁷⁸ : ce serait une évolution dans notre système de filiation élective. En tout cas, il paraît à peu près certain que l'adoption est en train de « craquer » de toutes parts et que ce ne sont pas les quelques replâtrages évoqués dans les projets en cours⁵⁷⁹ qui redonneront à l'institution sa cohérence profonde.

272. Pour conclure, il est parfois proposé de supprimer l'adoption par une personne seule⁵⁸⁰ : si ce type d'adoption pose effectivement quelquefois des problèmes au regard de la satisfaction de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit bien d'une personne vivant seule, on peut toutefois penser dans le contexte actuel qu'une telle proposition ne ferait que rendre encore plus évidente la question de

mariage aux couples de personnes de même sexe est intervenue et elle a opéré une évolution progressiste du droit interne en ouvrant à la fois le mariage et l'adoption aux couples homosexuels. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁷⁶ Article 346 du Code civil : « Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ».

⁵⁷⁷ Voir par exemple, la proposition n° 168 autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité. Tel est le sens de cette proposition de loi déposée par plusieurs sénateurs le 16 décembre 2009 dont l'ambition était de mettre un terme à cette contradiction qui caractérise aujourd'hui l'état du droit.

⁵⁷⁸ V. sur la question, C. NEIRINK, « Une famille homosexuelle ? » in *Mariage-conjugalité. Parenté-parentalité*, H. FULCHIRON (ss dir.), Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 142 et s.

⁵⁷⁹ V. *Dr. fam.* 2009, alertes 42, obs. M. BRUGGEMAN.

⁵⁸⁰ V. Par exemple, Groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques, Rapp., *Le droit de la famille*, F. TERRE, ss dir. : Puf, Cahiers des sciences morales et politiques, 2002, p. 69. Une modification de la loi n°66-500 du 11 juillet 1966 fermerait ainsi les portes de l'adoption aux homosexuels, aux couples pacsés et aux concubins, qui ne peuvent aujourd'hui recueillir un enfant qu'en tant qu'individu-et non à deux.

l'ouverture à tous les couples de l'adoption par deux personnes⁵⁸¹. Sous quelque angle qu'on prenne le problème, on en revient aujourd'hui à la même question : ne s'agit-il pas de maquiller sous l'adoption une fausse imitation de l'engendrement ? Y-a-t-il de sérieuses raisons d'empêcher de manière générale un couple quel qu'il soit d'adopter, dès lors qu'est établie la capacité de ce dernier à éduquer un enfant qui a besoin d'une famille de remplacement ?

273. Finalement, le jugement du tribunal administratif de Besançon ne résout rien, bien au contraire, il nous met au pied du mur. Il permet de souligner les incohérences de notre droit sans les résoudre sur la base de l'autorité de la jurisprudence européenne qui impose à la France, au nom du principe de non-discrimination, de reconstruire un ensemble plus cohérent en matière d'adoption par une personne célibataire homosexuelle. Autrement dit, il s'agit d'effacer de notre droit tout ce qui demeure, d'expresse et d'implicite, faisant référence à la discrimination pour pouvoir à présent établir un ensemble de règles conforme à l'évolution sociale concernant la famille homosexuelle monoparentale.

Ce faisant, la décision du tribunal administratif de Besançon relance surtout le débat à la fois politique et social de la question de l'adoption par les couples homosexuels juridiquement non reconnue en droit français avant la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous⁵⁸².

B - La question du droit d'adoption pour le couple homosexuel

274. Les gros titres des journaux ont principalement présenté cette décision comme une avancée substantielle dans la reconnaissance du droit d'adoption pour le couple homosexuel. En réalité, ce n'est pas le cas⁵⁸³. Le tribunal administratif de Besançon réaffirme seulement une jurisprudence administrative⁵⁸⁴ et européenne⁵⁸⁵ bien assise selon laquelle l'homosexualité d'un homme et d'une femme ne doit pas être un motif pour refuser l'agrément en vue d'une adoption. Dès lors que l'adoption par un célibataire est ouverte par la loi, tenir compte de manière abstraite et générale de l'orientation sexuelle du candidat pour l'exclure de l'agrément revient à introduire un

⁵⁸¹ Pour une position favorable à l'ouverture de l'adoption par un couple homosexuel et défavorable en revanche à l'ouverture de l'AMP, V. Rapp. Finale des participants aux états généraux de la bioéthique, 1^{er} juillet 2009, spéc. p.42 : www.etatsgenerauxdelabioethique.fr.

⁵⁸² La décision du Tribunal administratif de Besançon ne vaut pas droit pour les couples homosexuels d'adopter ce qui a été la vraie revendication et l'ouverture de la seule loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

⁵⁸³ V. « Homosexualité et adoption : rien de nouveau sous le soleil », *Le Monde*, 11 novembre 2009.

⁵⁸⁴ Réf. à : TA Besançon, 24 février 2000, *Melle B.*, *RFDA* 2000 n° 51, p. 14, *Dr. Fam.* 2000, Chr. 8, « *La famille homosexuelle par adoption ?* », note P. MURAT, *RLDC* 2010/67, n° 3689 et TA Paris, 25 janv. 1995, *D.* 1995, II. 647, note D. BOULANGER, *LPA*, n° 78, 30 juin 1995, p. 20, note J-Y PLOUVIN, précité.

⁵⁸⁵ Réf. CEDH, gr. ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et Fr. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

critère discriminatoire qui a très peu de rapport avec le fond du problème : la personne concernée présente-t-elle l'aptitude à accueillir et éduquer un enfant à adopter⁵⁸⁶ ?

275. Mais cette erreur d'analyse de la presse concernant la décision du tribunal administratif de Besançon a eu pour principale conséquence la relance du débat politique et social de la question de la constitution de la famille homoparentale à travers l'adoption. Alors qu'il s'agissait seulement d'une adoption par une personne célibataire homosexuelle, en son nom personnel. Au lendemain de la décision rendue par le tribunal administratif de Besançon, un climat s'est réellement tendu entre les personnes politiques et les associations pour la défense des droits des homosexuels⁵⁸⁷ quant à la possibilité d'une ouverture prochaine d'un droit d'adoption aux couples homosexuels. Le gouvernement FILLON, en novembre 2009, avait vivement réagi sur la décision du tribunal administratif de Besançon et avait rappelé par l'intermédiaire de son porte-parole LUC CHATEL qu'une modification de la loi n'apparaissait pas à l'ordre du jour : « *Le président de la République lui-même s'est exprimé sur le sujet*⁵⁸⁸. *Nous ne sommes pas favorables à l'adoption d'enfants par les couples homosexuels* »⁵⁸⁹. La secrétaire d'Etat chargée de la famille, de l'époque, NADINE MORANO, avait également déclaré qu'« *il n'y a pas de projet pour réformer l'adoption en faveur des couples homosexuels. C'est un engagement du président de la République* », tout en nuancant qu'« *il faudra ouvrir le débat, pourquoi pas lors de la prochaine élection présidentielle en 2012* » et « *sortir de l'hypocrisie qui existe en France* ».

276. En d'autres termes, la majorité de Droite, à cette époque, à l'exception de quelques personnalités isolées comme M. HERVE MORIN, ministre de la Défense ou de l'ancien ministre des Sports JEAN-FRANCOIS LAMOUR, reste hostile ou réticente à l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe, car elle est convaincue que l'altérité des sexes est ce qui doit fonder un couple et une famille traditionnelle française. Par exemple, en 2006, plus de 300 députés et sénateurs de droite signaient un « *Manifeste pour la défense du droit fondamental de l'enfant d'être accueilli et de pouvoir s'épanouir dans une famille composée d'un père et d'une mère* ». Il ne faut pas, selon eux, prendre « le risque de rendre la généalogie [de l'enfant] incohérente et de l'exposer

⁵⁸⁶ V. B. BEIGNER, « Adoption et homosexualité », *Dr fam.* 2009, repère 11, précité.

⁵⁸⁷ Le journal *Le Monde* expose dans son article du 11 novembre 2009 les principales et autres réactions des différents partis politiques et les réactions des associations pour la défense des droits des homosexuels. V. « L'autorisation d'adopter pour une homosexuelle ravive le débat politique », *Le Monde*, 11 novembre 2009.

⁵⁸⁸ Le président NICOLAS SARKOSY s'est d'ailleurs clairement exprimé sur la question en pleine campagne présidentielle de 2012 dans un entretien accordé au *Figaro Magazine*. Le chef de l'État a confié qu'il n'était « pas favorable » au mariage homosexuel : « *En ces temps troublés où notre société a besoin de repères, je ne crois pas qu'il faille brouiller l'image de cette institution sociale essentielle qu'est le mariage* ». Le président explique, en particulier, qu'un tel mariage : « *ouvrirait la porte à l'adoption* » par les couples de même sexe, l'une des raisons pour lesquelles il n'y est pas favorable, dit-il. Et d'ajouter : « *Je sais qu'il existe, de fait, des situations particulières avec des hommes et des femmes qui assument parfaitement leur rôle parental. Mais elles ne m'amènent pas à penser qu'il faudrait inscrire dans la loi une nouvelle définition de la famille* ». « Le non de Sarkozy au mariage gay et à l'adoption pour le couple homosexuel », *Le Figaro*, 9 février 2012.

⁵⁸⁹ V. « Un couple d'homosexuelles pourra adopter un enfant », *Le Point*, 10 novembre 2009.

dangereusement à des difficultés d'identification et de structuration de sa personnalité », « L'intérêt de l'enfant »⁵⁹⁰.

277. En revanche, les partis de gauche ont largement salué la décision prise par le tribunal administratif de Besançon et inscrit le débat sur l'égalité des droits des couples homosexuels dans le droit d'adoption. Le député socialiste PATRICK BLOCHE affirme que *« la société est prête à accepter que des couples homosexuels adoptent des enfants. La loi doit être modifiée »*. M. BLOCHE parle d'une *« jurisprudence qui oblige le législateur à prendre ses responsabilités. Quand le législateur le veut, il peut être en phase avec la société. Le pacs en est l'exemple fort »*, a ajouté celui qui fut rapporteur de la loi sur le pacs il y a exactement dix ans. Le député-maire N. MAMERE (Verts) qui, en 2004, avait symboliquement célébré un mariage entre deux hommes dans sa mairie de Bègles en Gironde⁵⁹¹, salue *« une grande victoire. C'est le rêve que le droit est en train de rejoindre la société. Le combat mené par des avocats et un certain nombre d'entre nous est maintenant une réalité reconnue par le droit »*. *« C'est un pas très important qui vient d'être franchi. Nous espérons surtout que ce symbole deviendra réalité pour les couples homosexuels qui demandent la reconnaissance de leur droit de parents »*, ajoute-t-il. Le Parti socialiste avait d'ailleurs déposé en 2006 une proposition de loi visant à aménager les conditions d'exercice de la parentalité⁵⁹² et en 2008 deux propositions de loi pour ouvrir l'adoption et le mariage homosexuel⁵⁹³. A gauche, la question de l'adoption homosexuelle faisait largement consensus.

278. Un fort consensus avait été partagé par les associations pour la défense des droits des homosexuels qui avaient salué la décision du tribunal administratif de Besançon. GayLib, mouvement proche de l'UMP, *« regrette qu'il ait été nécessaire d'en arriver à une décision de justice pour faire reconnaître la capacité des homosexuels à adopter. Puisque cette capacité est reconnue, nous demandons à ce que l'agrément en vue d'une adoption puisse être accordé également aux partenaires d'un pacs. Dans le cadre de l'intérêt de l'enfant, ce qui est valable pour un seul futur parent doit devenir possible pour un couple. Dès lors, rien ne s'oppose à l'adoption par le second parent (parent social homosexuel) pour les enfants, ne disposant aujourd'hui que d'une seule filiation »*. Le porte-parole de l'inter-associative Inter-LGBT, PHILIPPE CASTEL, avait salué la décision du tribunal administratif de Besançon et du Conseil général du Jura qui s'est engagé à appliquer ce jugement en déclarant : *« Il était temps, une autre décision aurait couvert le*

⁵⁹⁰ V. « coup de bambou sur un tabou », *Libération*, 12 novembre 2009.

⁵⁹¹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

⁵⁹² Proposition de loi AN n° 3218. Cette proposition de loi faisait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 février 2006 qui a reconnu la délégation partage de l'autorité parentale de la mère naturelle à sa compagne. V. Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, §1, A et B.

⁵⁹³ Propositions de lois AN n° 585 et n° 586. Ces deux propositions de lois faisaient suite à la décision de la Cour européenne du 22 janvier 2008 qui a condamnée la France pour discrimination en raison du refus d'agrément fondée sur l'orientation sexuelle de Mlle E.B.

conseil général de ridicule ». « *A un moment, il faut arrêter l'hypocrisie, même si ce sont des célibataires qui produisent la demande d'agrément, la réalité est que ces célibataires vivent souvent en couple, et parfois en couple homosexuel* ». « *Si un couple homosexuel offre des garanties pour l'accueil d'un enfant, je crois qu'il est temps pour le gouvernement ou les parlementaires d'autoriser par la loi le couple homosexuel adoptant* », conclut M. CASTEL. Par contre, pour l'APGL (Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens), des progrès restent à faire. « *Ce n'est pas suffisant. Si Emmanuelle B. a obtenu l'agrément pour adopter, c'est seulement en tant que célibataire* », insiste FRANCK TANGUY, porte-parole de l'association qui bataille depuis 1986 pour une légitimation sociale et juridique de l'homoparentalité. La loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, réformée le 5 juillet 1996, autorise l'adoption « *par toute personne âgée d'au moins 28 ans* ». Pour adopter, les couples homosexuels sont donc contraints de jouer aux célibataires — ce qu'ils sont légalement — et de taire leur homosexualité. « *Il y a deux types de citoyens en France : les hétérosexuels et les homosexuels, qui sont de l'homophobie de l'État. Il faut changer la loi pour qu'un couple de même sexe soit autorisé à adopter* », avait soutenu FRANCK TANGUY⁵⁹⁴.

279. La plupart des associations homosexuelles jouaient la carte de l'Europe en 2008⁵⁹⁵ et espéraient que nos voisins ayant légiféré en faveur de l'adoption par les couples de personnes du même sexe inspirent le législateur français. Leur demande avait été appuyée par le député PS PATRICK BLOCHE. HELENE MANDROUX, maire PS de Montpellier avait lancé un appel des maires « *pour l'ouverture du mariage aux couples du même sexe* »⁵⁹⁶. Elle avait souligné à cette occasion que « *l'homosexualité est aujourd'hui une réalité sociologique dans toutes les couches de la société* » et qu'« *il n'est pas concevable que notre pays refuse durablement la même protection et les mêmes droits à certains couples du fait de leur orientation sexuelle* ». « *En une décennie, les mentalités ont évolué. La loi doit évoluer elle aussi* », avait constaté la maire de Montpellier, tout en précisant que sa prise de position se plaçait uniquement sur le « *terrain de l'égalité des droits* ». Un autre argument avait été avancé par l'inter associative lesbienne, gaie, bi et trans : 57 % des Français seraient favorables à l'adoption par des couples homosexuels selon un sondage de l'institut BVA qui avait été réalisé au lendemain du feu vert donné par le tribunal administratif de Besançon à l'adoption d'un enfant par une femme célibataire homosexuelle⁵⁹⁷.

280. La médiatisation de la décision du tribunal administratif de Besançon confirme, avec l'aide précieuse de la jurisprudence de la Cour européenne de 2008 que loi n° 66-500 du 11 juillet 1966, en permettant l'adoption par des célibataires, n'a nullement interdit l'adoption par des

⁵⁹⁴ V. « Un couple d'homosexuelles pourra adopter un enfant », *Le Point*, 10 novembre 2009.

⁵⁹⁵ V. Annexe 2 : Evolution des droits des homosexuels dans l'Union Européenne.

⁵⁹⁶ V. « Un appel de maires en faveur du mariage homosexuel », *Libération*, 15 novembre 2009 ou encore « La maire de Montpellier veut que le mariage s'ouvre aux homosexuels », *Le Monde*, 10 novembre 2009.

⁵⁹⁷ V. « Adoption par des couples homosexuels : 57% des français y sont favorables », *Le Point*, 13 novembre 2009.

célibataires homosexuels vivant en « couple ». Dire que cette loi a permis l'adoption par des personnes célibataires homosexuelles est donc juridiquement exact même si, en pratique, il est plus conforme à la réalité de dire que cette question n'a nullement été envisagée par le législateur à cette époque. En tout état de cause, le jugement du tribunal administratif de Besançon et la décision de la Cour européenne de 2008 ont le mérite de rendre justice à Mlle E.B qui se battait depuis onze ans avec sa compagne pour adopter un enfant. Ce couple de femmes homosexuelles ont été parmi les premières, avec M. Fretté, à ne pas dissimuler leur homosexualité pour demander leur droit d'adoption afin de constituer une famille monoparentale. Une honnêteté récompensée, mais qui leur a valu de longues années de lutte juridique. L'obtention de l'agrément ne représentait que le début de la procédure d'adoption. La compagne de Mlle E.B s'était confiée en 2010 sur les nouvelles difficultés et sur les inquiétudes face au temps qui passe lors d'une interview : « *En toute franchise, on fait les démarches parce qu'il faut qu'on aille au bout, et puis après on verra en fonction de ce qu'il en est réellement. Si on obtient un enfant dans quatre ans, c'est sûr qu'il sera trop tard et à ce moment-là on renoncera, peut-être, à ce projet (...). C'est profondément scandaleux qu'on ait perdu 12 ans (...)*⁵⁹⁸. *Les démarches qu'on avait entreprises à 34 ans, maintenant on les retrouve à 46 ans* »⁵⁹⁹. L'agrément de Mlle E.B obtenu en novembre 2009 était valable jusqu'en novembre 2014 (soit 5 ans). Malheureusement, elle n'a pas pu adopter. Mlle E.B a donc renoncé à ce jour à son projet d'avoir un enfant⁶⁰⁰.

281. Ces deux décisions interdisent dorénavant aux présidents de Conseil général de motiver leur refus d'agrément en raison de l'orientation sexuelle de l'adoptant célibataire sous peine de commettre une discrimination. Les présidents des Conseils généraux qui continueront à refuser devront, au cas où le couple est stable et déterminé, trouver des motifs très précis tenant à une réelle différence d'implication entre les membres du couple ou des divergences de conceptions quant à l'âge, à la nationalité ou au handicap éventuel de l'enfant à adopter. Qui plus est, les rapports des travailleurs sociaux, des psychologues et psychiatres, pourtant salariés du département, seront dorénavant examinés « à la loupe » par les juridictions administratives du fond et le crédit accordé au procès-verbal de la commission d'agrément sera limité, surtout si l'affaire passionne les médias comme celle d'Emmanuelle B. Au cas où, un appel serait interjeté puis un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, celui-ci devra inéluctablement modifier sa jurisprudence, ne pouvant désormais plus se contenter d'une référence aux « *conditions de vie* » de l'intéressé.

⁵⁹⁸ Douze ans entre la première demande d'agrément en 1997 et la délivrance de l'agrément en 2009.

⁵⁹⁹ Dans une interview accordée à *France Info* le 2 août 2010.

⁶⁰⁰ Une information confirmée par l'avocate de la requérante, Me C. MECARY, contactée personnellement par mail le 12 avril 2016.

282. Finalement, le jugement du tribunal administratif de Besançon et la décision de la Cour européenne des droits de l'homme mettent surtout en relief une lacune du droit français, à savoir que les couples de concubins et de pacsés ne sont pas autorisés à adopter ensemble. Cette lacune est un non sens sociologique, car aujourd'hui plus d'un couple sur deux est un couple de concubins ou de pacsés et il n'existe plus aucune référence à une filiation légitime, laquelle renvoyait au mariage. Cette notion de filiation légitime a été abrogée par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁶⁰¹, portant réforme de la filiation. Le législateur français pourrait s'emparer de la question en amendant l'article 343-1 du Code civil et en limitant ainsi la possibilité d'adoption aux célibataires hétérosexuels ou ne vivant pas en couple (le risque serait d'encourager la dissimulation de l'homosexualité du candidat adoptant et d'être condamné une nouvelle fois pour discrimination par la CEDH), soit reconnaître tout simplement la possibilité d'adopter à l'ensemble des personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité (PACS) ou étant en situation de concubinage. Dans ces conditions une égalité complète au sein de ces différents couples serait établie, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, dans leur droit d'adopter pour constituer une famille et d'en finir définitivement avec la question de la discrimination⁶⁰².

L'effet « *boule de neige* »⁶⁰³ de la décision du tribunal administratif de Besançon a surtout concerné les couples homosexuels ayant pour projet de constituer une famille homoparentale. L'évolution progressiste du droit interne et du droit européen dans le sens d'une ouverture à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à partir de 2008 a conduit inéluctablement à faire évoluer concrètement ce droit d'adopter pour les couples homosexuels. Les avancées formulées par la CEDH sont désormais réelles et vont amener les Conseils généraux à assouplir les conditions nécessaires à l'adoption. Pour autant la constitution d'une famille monoparentale est encore difficile. En 2008, d'une part PMA et GPA sont encadrées par des limites ou des interdictions, mais d'autre part le mariage homosexuel n'est pas d'actualité. Il faudra attendre le débat public précédent l'élection présidentielle de 2012 pour que ce qui ne constituait qu'une revendication devienne l'une des promesses de campagne de l'un des principaux prétendants à la présidence de la République.

La délégation partagée de l'autorité parentale, mais surtout la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, vont constituer des pas décisifs vers la reconnaissance de la constitution d'une famille homoparentale. Des évolutions comme autant d'étapes significatives d'une mutation du droit de la famille qui s'est singulièrement accélérée

⁶⁰¹ Loi n°2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption.

⁶⁰² V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 et 2.

⁶⁰³ Pour reprendre l'expression de JOCELINE FILDARD, co-présidente de la Coordination lesbienne en France, souligne que cette décision « *symbolique* » est une « *avancée* ». V. « Essonne : une lesbienne obtient du conseil général un agrément pour adopter », *Libération*, 8 juillet 2011, précité.

depuis la dernière décennie du 20^e siècle. Les débats qui s'engageront pendant la discussion, le vote, mais également dans le sillage de la nouvelle loi, sont sans aucun doute les prémices de profonds bouleversements pour les décennies à venir (Partie 2).

**Partie 2 - La constitution de la famille
homoparentale : le tournant français de 2013**

283. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 constitue un tournant pour le droit de la famille en France. Cette loi, qualifiée par certains de véritable tsunami⁶⁰⁴ est l'aboutissement de la prise en considération des revendications des homosexuels à constituer une famille.

En effet, avant 2013 le droit français ne permet pas au couple homosexuel de constituer une famille homoparentale. La société reste fondamentalement sur une définition de la famille qui a peu évolué depuis deux siècles, le Code civil ayant privilégié la conception d'une famille dont le but est la procréation et par conséquent composée de personnes de sexe différent. Jusqu'au début des années 2000, les prises de position des autorités religieuses, relayées par une opinion publique peu encline aux évolutions et des décideurs politiques majoritairement hésitants, voire hostiles, semblent figer toute volonté progressiste.

Le droit français n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe. De plus, la PMA est réservée aux seuls couples hétérosexuels et la GPA est totalement interdite en France. Pour cette dernière, les prises de position qui vont dans le sens d'une autorisation même encadrée sont extrêmement marginales.

L'adoption simple par les couples homosexuels n'est pas non plus envisageable compte tenu de l'interprétation stricte par la jurisprudence de l'article 365 du Code civil. Toutefois la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ouvre les possibilités de la délégation partagée aux couples homosexuels qui souhaitent adopter, la Cour de cassation ayant admis une ouverture sur ce plan pour la première fois en 2006⁶⁰⁵.

Ce consensus en apparence pétrifié sur la non-reconnaissance de la famille homosexuelle est conforté par le droit européen, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence marque encore peu de signes d'évolution. Sur la question du mariage entre personnes du même sexe, l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* de 2010⁶⁰⁶ semble refléter une position attentiste de la Cour qui préfère laisser la main aux Etats pour qu'ils fassent évoluer leurs législations respectives.

Pourtant les fils commencent à se dénouer, comme si l'acceptation de l'homosexualité se construisait peu à peu, en marge de débats passionnés et parfois violents. Tout se passe

⁶⁰⁴F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC*, n° 98, novembre 2012, p. 55.

⁶⁰⁵Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, *Deffrénois* 2006, art. 38415, note J. MASSIP.

⁶⁰⁶CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET.

comme si la société française allait bientôt être prête à accepter une évolution majeure de la conception de la famille : la reconnaissance du mariage et de l'adoption homosexuelle (Titre 1).

284. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 est votée dans un climat parlementaire tendu, rehaussé par une contestation d'une partie de la population très attachée à la constitution de la famille traditionnelle et qui se fait entendre jusque dans la rue.

Non seulement la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvre le mariage aux couples de même sexe, mais elle permet de clarifier les règles de la loi applicable en cas de mariage et d'adoption internationale.

Cette loi dite du « *mariage pour tous* » ne peut être réduite à ce simple vocable qui l'a popularisée, voire aussi caricaturée. En effet, le volet adoption, tout aussi essentiel pour ses rédacteurs, produit des conséquences importantes dans notre droit de la famille puisqu'aussi bien l'adoption homoparentale que la parentalité homosexuelle sont désormais possibles.

Mais les débats semblent détournés du sujet principal puisque, parfois par crainte, parfois par tactique politique, la PMA et la GPA s'invitent pendant la discussion parlementaire mais aussi pendant les mois qui suivent la promulgation de la loi.

Tout se passe comme si la loi de 2013 avait aussi épuisé les capacités de la société à évoluer. Après le vote de la loi une pause est nécessaire dans la réforme du droit de la famille.

Les débats ont mis en évidence la présence de deux blocs rigoureusement campés sur des conceptions différentes de la famille. Si après 2013, relativement rapidement l'opinion publique accepte le mariage homosexuel, une autre partie de la population non seulement reste arc boutée sur des conceptions traditionnelles tout en étant convaincue que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 n'est que le « cheval de Troie »⁶⁰⁷ d'une ouverture en direction de la PMA et de la GPA (Titre 2).

⁶⁰⁷ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leurs accès à la parenté », *RLDC*, n° 105, juin 2013, p. 40-42.

Titre 1 - La constitution de la famille homoparentale

avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013

285. Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les tendances conservatrices de la société française l'emportent largement sur les tendances plus progressistes. La famille homoparentale n'est pas reconnue car heurtant le modèle classique de la famille et de la filiation où un enfant naît obligatoirement de l'union physique d'un homme et d'une femme. Dès lors, la constitution de la famille homoparentale est encore gênée par de nombreux freins. Les méthodes de fécondation assistée ne sont pas accessibles aux couples homosexuels. Le recours à la procréation médicalement assistée est destiné aux seuls couples hétérosexuels et dans des situations médicalement spécifiées⁶⁰⁸. Quant à la gestation pour autrui, la France l'a rigoureusement interdite en particulier pour empêcher l'exploitation du corps de la femme⁶⁰⁹. L'adoption conjointe, toujours avant le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, n'est autorisée que pour les couples mariés et donc de sexes différents.

La loi française est le reflet d'une conception traditionnelle de la famille, héritée d'une définition du mariage portée par le Code civil de 1804. Une conception peu contestée devant les tribunaux, jusqu'en 2004 où un mariage homosexuel célébré à la mairie de Bègles permet à la Cour de cassation de préciser sa position sur ce plan⁶¹⁰.

La Cour européenne des droits de l'homme – qui a eu avec l'arrêt *SCHALK et KOPF* l'opportunité de se prononcer si l'interdiction du mariage homosexuel constituait une discrimination a répondu par la négative⁶¹¹.

La religion catholique – si l'on se réfère à certains textes fondateurs de l'Ancien Testament, rarement désavoués et seulement atténués à une période récente – a toujours exprimé une forte hostilité à l'égard de l'homosexualité. Pour autant, peu à peu, la société évolue. Les études sociologiques qui s'accumulent, pour une grande part réalisées aux Etats-Unis, vont faire plier certains préjugés selon lesquels les enfants élevés dans les familles

⁶⁰⁸ V. Annexes 7 : Le droit de la famille en schémas. PMA.

⁶⁰⁹ V. Annexes 7 : Le droit de la famille en schémas. GPA.

⁶¹⁰ TGI Bordeaux, 1^{ère} Ch. civ., 26 juill. 2004, *JCP G* 2004, II, 10 169, note G. KESSLER; *RTD civ.* 2004, p. 719, note J. HAUSER; *D.* 2004, somm. 2965, note J.J. LEMOULAND; *D.* 2004, somm. 2392, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

⁶¹¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

homosexuelles sont confrontés à des risques qui n'existent pas dans les familles traditionnelles.

La classe politique évolue aussi mais plus lentement, les clivages entre la droite et la gauche façonnant les positions à l'intérieur de chaque camp. Si à gauche sans surprise, les prises de position, de manière unanime, vont dans le sens d'une reconnaissance de la famille homosexuelle. A droite les positions ne sont pas homogènes et se partagent entre une frange clairement conservatrice et une frange, certes minoritaire, qui ne souhaite pas remettre en cause la loi de 2013, la considérant ainsi comme un acquis (Chapitre 1).

Il existe deux manières d'adopter un enfant, l'adoption simple et l'adoption conjointe⁶¹². Cette dernière n'étant envisageable que pour un couple marié, il ne reste aux couples homosexuels, avant le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, que la solution de l'adoption simple.

L'article 365 du Code civil définissant les règles relatives à l'autorité parentale dans le cadre de l'adoption simple, l'enjeu pour les couples homosexuels candidats à l'adoption est de faire une interprétation suffisamment large de cet article pour l'appliquer à leur situation particulière. En 2007, la Cour de cassation, en dépit de quelques tribunaux de première instance qui ont autorisé l'adoption simple par un couple homosexuel, a fait une lecture littérale de cet article, bloquant ainsi les ambitions des couples homosexuels⁶¹³.

En 2010, le Conseil constitutionnel intervient sur l'interprétation à donner à l'article 365 du Code civil par l'intermédiaire d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été posée, notamment pour déterminer s'il ne serait pas en contradiction avec le droit de mener une vie familiale⁶¹⁴. Le Conseil constitutionnel privilégie une lecture traditionnelle de la famille, ne voyant pas de contradiction entre l'interprétation donnée par l'article 365 du Code civil et la Constitution.

⁶¹² V. Annexes 7 : Le droit de la famille en schémas. L'adoption.

⁶¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 04-15.676 et n° 06-15.647, (2 arrêts), Bull. civ. I, n° 70 et 71, *D.* 2007, 1047, note D. VIGNEAU ; *JCP G* 2007. II. 10068, note. C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2007, p. 325 obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2007, 791, obs. J. MASSIP, *AJ fam.* 2007.182, obs. F. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs. B. BEIGNIER et Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2007, n° 06-21.369, Bull. civ. I, n° 392 ; *Dr. fam.* 2008, n°28, note P. MURAT ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. MASSIP ; *AJ fam.* 2008. 75, obs. F. CHENEDE.

⁶¹⁴ QPC n° 2010-39 du 6 octobre 2010, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. NEIRINCK ; *AJDA* 2011, p. 529, note MAZIAN ; *Dr. fam.* 2010, p. 489, obs. C. MECARY ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, Repère 10, note V. LARRIBAU-TERMAYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY.

Le 15 mars 2012⁶¹⁵, la Cour européenne des droits de l'homme, qui se prononce sur une requête identique à celle dont a fait l'objet le Conseil constitutionnel en France, considère là encore que l'interprétation de la loi française, en l'occurrence l'article 365 du Code civil, ne génère pas de discrimination.

Face à cette situation a priori bloquée pour les candidats homosexuels à l'adoption, une alternative existe : la délégation partagée de l'autorité parentale qui permet aux père et mère de l'enfant de partager une partie ou la totalité de l'autorité parentale. Si ce système a surtout été conçu pour permettre de donner une place au beau-parent, les couples homosexuels ont vu la possibilité d'organiser leur situation. Une vision validée par la Cour de cassation qui a autorisé cette technique juridique à l'égard d'un tiers⁶¹⁶ (Chapitre 2).

⁶¹⁵ CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *D.* 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 798, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RDT civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 306, obs. J. HAUSER.

⁶¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LÉMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, *Defrénois* 2006, art. 38415, note J. MASSIP.

Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le couple homosexuel

« Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire (...) »⁶¹⁷.

286. Avant l'adoption de la loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous, le droit français ne reconnaît pas la famille homoparentale : le couple homosexuel ne peut pas constituer de famille. D'une part, les méthodes de fécondations assistées sont inaccessibles aux couples homosexuels. La procréation médicalement assistée strictement réglementée par le législateur français est en effet exclusivement réservée à des fins médicales et aux couples hétérosexuels ce qui exclut clairement les couples homosexuels. De même, le couple homosexuel ne peut pas recourir à la gestation pour autrui car celle-ci est expressément interdite en droit français et par la jurisprudence française que le couple soit hétérosexuel ou homosexuel. D'autre part, le couple homosexuel ne peut pas non plus constituer une famille à travers l'adoption. L'impossibilité légale d'adopter conjointement un enfant pour le couple homosexuel résulte du seul fait que le législateur français et la jurisprudence française réservent ce droit aux seuls couples hétérosexuels mariés. Or, le mariage de couples de même sexe avant la réforme de 2013 est interdit ce qui ne leur permet pas de recourir à l'adoption conjointe prévue aux articles 343⁶¹⁸ et 346 du Code civil⁶¹⁹. Une impossibilité légale française de se marier confortée par le droit européen dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en optant pour une position traditionnelle selon laquelle : *« aucun consensus ne se dégage parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question du mariage homosexuel, et qu'il appartient à chaque Etat de choisir d'autoriser ou non un couple homosexuel à se marier »*. L'interdiction du mariage aux couples de même sexe ne contredit donc pas les dispositions européennes à

⁶¹⁷ Réf. Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113.

⁶¹⁸ L'article 343 du Code civil énonce que : *« L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans »*.

⁶¹⁹ L'article 346 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : *« nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux »*.

savoir les articles 12 et 8 combinés à l'article 14 de la Convention, confortant ainsi la fermeture du droit français en la matière (Section 1).

287. La question de la constitution de la famille homoparentale a fait l'objet d'un grand débat juridique, politique, religieux et sociétal en France avant l'entrée en vigueur de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe dans lequel deux tendances se sont nettement dégagées. Une première tendance conservatrice très attachée à la conception traditionnelle de la famille : père, mère et enfant. Dans ce sens, l'homosexualité est considérée comme l'orientation sexuelle qui remet en cause ce modèle familial hétérosexuel traditionnel par excellence et se montre ainsi clairement défavorable à la reconnaissance de la famille homoparentale. Une deuxième tendance progressiste manifeste au contraire une position favorable à la reconnaissance de la famille homoparentale et s'inscrit dans un mouvement d'une égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels (Section 2).

Section 1 - Une impossibilité légale

288. Le couple homosexuel se retrouve dans une impossibilité légale de constituer une famille homoparentale pour deux principales raisons. La première raison évidente repose sur l'inaccessibilité à la procréation médicalement assistée fermée aux couples homosexuels. En effet, cette technique dont la finalité prévue par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique⁶²⁰ est exclusivement médicale est réservée aux seuls couples hétérosexuels. Le recours à l'AMP pour des raisons de convenances personnelles est interdit ce qui exclut l'accès aux couples homosexuels. De la même façon, la gestation pour autrui est interdite pour les couples homosexuels mais aussi hétérosexuels. C'est un procédé médical jugé effectivement illicite au regard du droit français et de la jurisprudence au nom du principe de l'état des personnes et de l'indisponibilité du corps humain. En France, le couple homosexuel ne peut donc médicalement pas accéder à la constitution de la famille homoparentale (§1). La seconde raison essentielle est fondée sur l'interdiction du mariage aux couples de même sexe. Avant la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage pour tous, les couples homosexuels n'ont pas la possibilité de se marier. L'adoption conjointe prévue aux articles 343⁶²¹ et 346 du Code civil⁶²² est exclusivement réservée aux seuls couples mariés, autrement dit, les couples hétérosexuels.

⁶²⁰ L'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoit que la PMA a pour finalité : « de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ».

⁶²¹ L'article 343 du Code civil énonce que : « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans », précité.

⁶²² L'article 346 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que : « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux », précité.

La différence de traitement entre les deux sortes de couples est légitimement justifiée par la finalité du mariage : la procréation. Le couple homosexuel ne peut pas procréer alors que le couple hétérosexuel le peut. Ils ne sont pas dans une situation identique ce qui n'impose pas qu'ils soient traités de manière identique et exclut par là même l'existence d'une discrimination au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme (§2).

§ 1 - L'inaccessibilité aux méthodes de fécondation assistée au couple homosexuel

289. La constitution d'une famille pour le couple homosexuel est impossible dans la mesure où les méthodes de fécondation assistée sont inaccessibles. En effet, la procréation médicalement assistée est une technique de fécondation strictement réglementée en droit français par les lois dites « bioéthiques » dont la finalité au sens de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique est « *de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* ». Le recours à l'assistance médicale à la procréation l'exclut ainsi pour des raisons de convenances personnelles et les termes « *homme et la femme formant le couple* » utilisés par l'article L. 2141-2 alinéas 2 du Code de la santé publique la réservent uniquement aux couples hétérosexuels. Les couples de même sexe ne peuvent pas bénéficier d'une procréation médicalement assistée pour constituer une famille homoparentale (A). De même, la gestation pour autrui est fermement interdite par le législateur français en posant le principe selon lequel : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* »⁶²³ et confirmée par la jurisprudence française en considérant que le procédé de la GPA est un « *détournement de l'institution de l'adoption* » et « *contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* »⁶²⁴. Les couples homosexuels ne peuvent pas non plus constituer une famille homoparentale à travers la gestation pour autrui (B). Cette possibilité leur est donc juridiquement impossible quelque soit le choix de la méthode de fécondation assistée.

⁶²³ Réf. Article 16-7 du Code civil, « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », précité.

⁶²⁴ V. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1991, Jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *JCP G* 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *Défrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité.

A - La procréation médicalement assistée fermée aux couples homosexuels

290. L'assistance médicale à la procréation assistée⁶²⁵ a été réglementée par deux lois du 29 juillet 1994⁶²⁶, dites « *bioéthiques* » élaborées sous l'égide du Professeur JEAN-FRANCOIS Mattéi. Ces lois étaient expérimentales puisqu'elles devaient être révisées par le Parlement dans un délai de 5 ou 7 ans selon les cas, compte tenu des évolutions des mentalités et progrès de la science. Les lois de 1994 ont été ainsi modifiées avec du retard par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique⁶²⁷. Cette loi a été aussi modifiée par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique⁶²⁸. La mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation assistée en France est strictement encadrée quant à sa finalité et limitée quant à ses bénéficiaires.

291. La finalité exclusivement médicale de la procréation médicalement assistée est demeurée la même depuis les premières lois bioéthiques de 1994. L'article 2141-2 al. 2 du Code de la santé publique dispose : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué*⁶²⁹ ». Elle ne peut donc être utilisée que dans deux

⁶²⁵ L'assistance médicale à la procréation médicalement assistée est réglementée par le Code de la santé publique. Le terme AMP est défini par l'article L.2141-1 du Code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique : « *L'assistance médicale s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, la conservation des gamètes, des tissus germinaux et des embryons, le transfert d'embryons et d'insémination artificielle. La liste des procédés biologiques utilisés en assistance médicale à la procréation est fixée par arrêté du ministre chargé de la santé après avis de l'Agence de la biomédecine* ». Ce texte a été légèrement revu par cette loi. Contrairement aux dispositions antérieures, il n'est plus fait référence à toute technique d'effet équivalent mais renvoyé à une détermination par arrêté des techniques admises.

⁶²⁶ Les lois de bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 relatives au respect du corps humain et celle n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁶²⁷ Le retard s'explique entre autre par la matière délicate à réformer. Face à un manque de recul, il existe de nombreux sujets polémiques. Par exemple, le transfert d'embryon après le décès du père (l'insémination avec le sperme du conjoint décédé est interdite de même que le transfert d'embryon *post mortem* même si lors de la révision des lois de bioéthiques en 2011 l'Assemblée nationale avait adopté en 1^{ère} lecture un texte l'autorisant à des conditions strictes) et la GPA donnent lieu à des appréciations divergentes, l'accès des homosexuels et des célibataires à l'AMP fait l'objet de débats passionnés (V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 et 2), de même que l'âge au-delà duquel l'accès à l'AMP doit être fermé (Réf. à l'article L.2141-2 Code la santé publique : le couple doit être « *en âge de procréer* ». La pratique médicale l'admet en général jusqu'à 43 ans pour les femmes, et environ 58 ans pour les hommes. Cette pratique fait l'objet de critiques grandissantes car l'âge de 43 ans pour les femmes est jugé trop bas, discriminatoire et résultant en partie de stéréotypes de genre).

⁶²⁸ Sur la question de l'AMP, l'un des points marquants du texte est la suppression du délai de deux ans pour recourir à cette technique médicale. En effet, avant 2011, la loi exigeait que les liens du couple montrent sa solidité et sa stabilité : le couple devait être marié ou rapporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans. Ces conditions ont été supprimées. Désormais, l'article L. 2141-2 alinéa 2 du Code de la santé publique ne pose plus d'exigence quant aux liens qui doivent unir les membres du couple.

⁶²⁹ La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique a supprimé la référence antérieure à une « *demande parentale* », et a ainsi renforcé sa conception purement thérapeutique de l'assistance médicale à la procréation, en rejetant l'idée de procréations médicalement assistées pour des raisons sociales, voire convenance. Une telle position explique aussi bien les règles relatives aux couples aux couples qui peuvent en bénéficier ou qui sont amenés à faire don de gamètes ou d'embryons que la soumission des PMA aux règles

situations qui doivent être médicalement diagnostiquées c'est-à-dire en cas de d'infertilité pathologique et en cas de risque de transmission à l'enfant ou un membre du couple d'une maladie particulièrement grave⁶³⁰. Le recours à l'AMP pour des raisons de convenance personnelle est prohibé. Ce texte est aussi sans ambiguïté quant aux bénéficiaires. L'AMP est interdite en France pour une personne seule qu'elle soit hétérosexuelle ou homosexuelle⁶³¹, elle est exclusivement réservée au couple et cela peu importe que ce dernier soit marié, pacsé ou concubin. L'utilisation des termes « *l'homme et la femme formant le couple* » par l'article L.2141-2 alinéa 3 du Code de la santé publique, l'altérité demeure bien une condition essentielle de l'accès à la procréation médicalement assistée. A ce titre, le droit français ne reconnaît pas le couple homosexuel dans le cadre des procréations médicalement assistées⁶³². Il a voulu exclure de l'assistance médicale à la procréation les couples homosexuels femmes et marquer ainsi de cette façon très nette la vocation familiale traditionnelle française à travers la procréation médicalement assistée⁶³³. L'assistance médicale à la procréation pratiquée en France repose donc sur un diagnostic médical de nature à apporter une solution pour permettre la réalisation du projet parental du couple hétérosexuel⁶³⁴.

292. L'encadrement de la procréation médicalement assistée est particulièrement strict⁶³⁵. C'est pour cette raison que les couples de femmes se rendent dans les pays qui ont une législation plus libérale en matière de procréation médicalement assistée afin de satisfaire leur désir d'enfant, ce que leur refuse la loi française⁶³⁶. Cette pratique est à l'origine de

générales des dons d'organes : gratuité et anonymat.

⁶³⁰ En visant le risque de transmission d'une maladie à un membre du couple, le but est de répondre spécialement au désir d'enfant des couples dont l'un des membres est atteint du SIDA.

⁶³¹ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A.

⁶³² La procréation médicalement assistée est aussi fermée aux femmes célibataires hétérosexuelles ou homosexuelles. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, il avait été envisagé un moment d'abandonner cette interdiction. Mais, la proposition, finalement, n'a pas été retenue. V. A. MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'impulsion de la parenté et de la filiation », *Dr. fam.* 2010, Etude 21.

⁶³³ La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité et au concubinage, n'a pas modifié cette situation.

⁶³⁴ S'agissant des transsexuels, si la personne a changé de sexe à l'état civil, le couple peut être composé d'un homme et d'une femme. Dans la mesure où le transsexualisme est considéré comme une pathologie indépendante de la volonté, l'infertilité d'un couple comprenant un transsexuel est une infertilité pathologique et aucun obstacle juridique au recours à l'AMP n'apparaît.

⁶³⁵ Les articles L. 2162-5 du Code de la santé publique et 511-24 du Code pénal punissent de 5 ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation « à des fins autres que celles définies à l'articles L. 2141-2 du Code de la santé publique ».

⁶³⁶ L'analyse des textes étrangers montre que la France fait partie des pays qui limitent le plus strictement l'accès à l'assistance médicale à la procréation. V. « L'accès à l'assistance médicale à la procréation », Etudes réalisées par le Sénat dans le cadre des travaux de législation comparée, n° LC 193, janvier 2009. Dans la plupart des pays européens, la procréation médicalement assistée avec don de gamètes ou d'embryon est soit interdite et la procréation médicalement assistée homologue, seule permise, est réservée aux couples de sexe opposé (Allemagne, Italie, Suisse, Turquie), soit permise mais au bénéfice exclusivement des couples hétérosexuels là encore (Croatie, France, Hongrie, Luxembourg, Pologne, Pays scandinaves).

l'expression « *enfant du Thalys*⁶³⁷ ». En Belgique, la procréation médicalement assistée est accessible à toutes les femmes depuis 2007⁶³⁸. Au Royaume-Uni, la procréation médicalement assistée est possible pour les couples de femmes depuis 2009. En Espagne, les femmes homosexuelles, célibataires ou en couple, peuvent recourir à l'assistance médicale à la procréation pour concevoir un enfant⁶³⁹. C'est aussi le cas pour le Danemark, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, la Finlande, la Suède et l'Autriche⁶⁴⁰ où les couples de femmes homosexuelles peuvent recourir à la procréation médicalement assistée⁶⁴¹. Le choix des couples homosexuels femmes de recourir à l'insémination artificielle se justifie par le désir de porter un enfant et d'utiliser ce procédé plutôt que la « *coparentalité* »⁶⁴². Ainsi, les femmes n'ont pas à partager l'autorité parentale avec un homme avec lequel elles n'ont pas de relations intimes.

293. Ouvrir l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels femmes impliquerait de faire évoluer la place de cette technique médicale dans le but d'accéder à une demande sociale et de permettre en même temps de concrétiser un projet social : la constitution de la famille homoparentale. Ce que le législateur refuse actuellement de faire⁶⁴³ car cela impliquerait qu'il renonce, pour différentes raisons, à une grande partie des règles posées dans les lois « *bioéthiques* ». La première raison : la PMA a pour finalité comme le prévoit l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique de remédier à l'infertilité accidentelle dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Le droit français a fait de la procréation médicalement assistée un remède à l'infertilité accidentelle

⁶³⁷ On parle de bébés *Thalys*, du nom du train reliant Paris à Bruxelles que les femmes empruntent pour concrétiser leur désir d'avoir un enfant.

⁶³⁸ En Belgique, on évalue aujourd'hui à 2000 le nombre de bébés français nés dans ces conditions. L'affluence est telle qu'aujourd'hui les 18 centres qui pratiquent la PMA en Belgique ont du mal à répondre à la demande. Il y a des listes d'attente. Le processus reste long et évidemment coûteux, puisque les frais de transport sont importants. V. « Des bébés conçus en Belgique et Espagne », *Le Parisien*, 15 janvier 2013.

⁶³⁹ On dénombre plus de 100 cliniques privées dans ce pays accueillant des Françaises, qui représentent jusqu'à 10% de la clientèle. V. « Des bébés conçus en Belgique et Espagne », *Le Parisien*, 15 janvier 2013, précité.

⁶⁴⁰ En Autriche, la Cour constitutionnelle a décidé, en janvier 2014, d'étendre aux lesbiennes l'accès à la PMA. V. dans ce sens : « En Autriche, la justice ouvre la PMA aux couples de femmes », *La Croix*, 22 janvier 2014.

⁶⁴¹ Ailleurs dans le monde, les Etats-Unis, le Canada, l'Argentine, Israël ou encore l'Afrique du Sud autorisent la PMA pour toutes les femmes en âge de procréer.

⁶⁴² C'est-à-dire la situation dans laquelle les membres d'un couple homosexuel décident de concevoir un enfant avec une personne de sexe opposé, mais sans recourir aux techniques officielles. Et selon la teneur de l'accord passé avec le couple homosexuel, le tiers qui intervient dans la conception de l'enfant choisira de s'impliquer ou non dans la vie de celui-ci. On constate d'ailleurs qu'à l'heure actuelle les petites annonces passées par des couples homosexuels pour recourir à la « *co-parentalité* » sont nombreuses sur les sites spécialisés. Cet engouement des couples homosexuels pour la « *co-parentalité* » est d'ailleurs, sans doute, l'une des résultantes de la prohibition posée à leur égard par le législateur français de recourir à toute technique d'assistance médicale à la procréation. Aujourd'hui nombre d'organismes tentent de faciliter ce type de rencontres, avec notamment l'apparition de sites internet fonctionnant comme des agences matrimoniales : Par exemple : le 1^{er} site de petites annonces de recherche de coparent (hétéroparentalité et homoparentalité) : www.coparents.fr ou encore le site de rencontre de coparents proposé par l'APGL : <http://projetcopar.apgl.fr/>.

⁶⁴³ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'a pas changé le statut de la PMA. Elle reste interdite aux couples de lesbiennes et aux femmes célibataires et même si elle fait actuellement l'objet de fortes revendications qui n'ont pas encore été satisfaites. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §2.

diagnostiquée par les médecins. L'assistance de la procréation médicalement assistée changerait donc de nature en cessant alors d'être thérapeutique. Ce ne serait plus une réponse médicale à l'infertilité, mais un moyen de satisfaire le désir d'enfant des couples homosexuelles femmes⁶⁴⁴. La seconde raison : la PMA est destinée comme l'indique l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique à « *remédier à l'infertilité d'un couple* ». Elle est ainsi initialement destinée à contourner l'infertilité de couples hétérosexuels « *en âge de procréer* »⁶⁴⁵, mariés ou non⁶⁴⁶. Les lois « bioéthiques » françaises ont donc fermé l'accès aux couples homosexuels femmes car elle ne saurait devenir « *un mode alternatif à la procréation* »⁶⁴⁷. Le droit français privilégie l'intérêt supérieur de l'enfant. Effectivement, ouvrir l'accès à la procréation médicalement assistée aux homosexuels, aboutirait à créer délibérément un enfant sans père ce qui est considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant à naître. La question du lien de filiation se pose quand l'enfant est né avec le recours à un tiers donneur. Cet enfant pour des raisons évidentes ne sera rattaché qu'à la femme qui a accouché⁶⁴⁸. En effet, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation⁶⁴⁹. La France a ainsi fait le choix de ne pas reconnaître à

⁶⁴⁴ Ce qui semble-t-il est difficilement envisageable dans une société française où l'homoparentalité n'est pas encore totalement acceptée et dans laquelle est avancé comme principal argument de refus qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir un référent masculin et féminin pour assurer le développement psychologique de l'enfant.

⁶⁴⁵ Réf. Article L. 2141-2, al. 2 du Code de la santé publique : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination (...)* ».

⁶⁴⁶ Le couple peut être indifféremment être marié ou être engagé dans un pacte civil de solidarité, ou encore vivre en concubinage, sans exigence de durée de leur union. La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique n'impose plus aucune durée minimale de vie commune pour les couples non mariés. En revanche, la communauté de vie doit subsister au moment de la mise en œuvre de la procréation assistée. (Article L. 2141-2, al. 2 du Code de la santé publique).

⁶⁴⁷ La diversité des législations étrangères en la matière et la facilité des déplacements ont conduit au développement d'un phénomène de « *tourisme procréatif* » consistant à se rendre à l'étranger pour bénéficier d'une AMP prohibée en droit français.

⁶⁴⁸ Réf. Article 311-19 al. 1^{er} du Code civil qui prévoit : « *En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneurs, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation* ».

⁶⁴⁹ Les lois bioéthiques ont posé le principe d'anonymat pour les dons de gamètes, d'embryons ou d'organes. Cette impossibilité est posée par l'article 311-19 du Code civil qui fait écho aux dispositions de l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique et à celles, plus générales, de l'article 16-8 du Code civil, imposant l'anonymat du donneur. Sa violation est sanctionnée par les articles L. 2162-6 du même Code et 511-25 du Code pénal. Les dons de gamètes sont actuellement anonymes en France afin de rassurer le donneur et de préserver les relations entre le couple receveur et l'enfant à naître. Il est donc impossible, par exemple, de faire appel à un membre de la famille ou à un ami comme cela peut parfois être le cas à l'étranger. La levée de l'anonymat est cependant possible, mais de manière très restrictive. En effet, en cas de « *nécessité thérapeutique* », un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le donneur ou l'enfant. V. dans ce sens, le don de gamète : Article L. 1244-6 du Code de la santé publique et l'accueil d'embryon : Article L. 2141-6, al. 1^{er} du Code de la santé publique.

l'enfant un droit à la connaissance de ses origines⁶⁵⁰. La filiation est donc verrouillée et l'enfant est donc privé d'une partie de son histoire⁶⁵¹.

Le couple homosexuel ne peut donc pas recourir à la procréation médicalement assistée pour constituer une famille homoparentale comme il ne peut pas non plus recourir à la gestation pour autrui car celle-ci est aussi fermement interdite en France.

B - La gestation pour autrui interdite au couple homosexuel

294. La gestation pour autrui plus connue sous les termes de « *maternité de substitution* »⁶⁵², de « *maternité pour autrui* » ou encore « *mère porteuse* »⁶⁵³ désigne la pratique par laquelle une femme assure la gestation d'un embryon au bénéfice d'une autre femme, destinée à devenir la mère légale de l'enfant appelée mère d'intention. En France, il est strictement interdit de recourir à une mère porteuse ou à une mère de substitution. Cette interdiction s'applique à la fois aux couples hétérosexuels et aux couples homosexuels. Tout cet ensemble de pratiques a été radicalement interdit par loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal⁶⁵⁴ et par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique du 6 août 2004 qu'elles soient effectuées à titre onéreux ou gratuit, entre étrangers ou entre membres de la même famille. Malgré d'intenses discussions et

⁶⁵⁰ Cette règle de l'anonymat soulève des difficultés par rapport au droit à la connaissance de ses origines. Elle a fait l'objet de débats lors de la dernière révision des lois de bioéthiques en 2011. Le projet initial prévoyait que l'enfant issu d'un don puisse accéder à sa majorité à des informations non identifiantes relatives au donneurs (âge, situation familiale, catégorie socioprofessionnelle, motivation du don...) et à son identité mais à condition que le donneur y ait expressément consenti. Ces possibilités d'accès à des informations ont été retirées du texte en raison notamment de la crainte d'une baisse du nombre de dons. Le principe de l'anonymat a donc été maintenu mais cette question demeure débattue. V. Notamment N. MAGUIN : « l'enfant et les privilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois de la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chron. 75.

⁶⁵¹ La solution consistant éventuellement à autoriser la levée de l'anonymat à la naissance, pourrait compliquer les choses pour les donneurs et pour les couples. En général, les donneurs n'éprouvent pas le besoin d'entrer en contact avec l'enfant issu du don. L'anonymat du donneur serait remis en question au nom du droit de l'enfant à connaître ses origines. La plupart des couples « receveurs », refusent, quant à eux, la perspective de la levée de l'anonymat, craignant une remise en cause de leur paternité ou de leur maternité.

⁶⁵² Dans ce cas, une femme accepte, pour remédier à la stérilité d'un couple, d'être inséminée avec le sperme de l'époux ou du compagnon, de porter l'enfant et de le remettre à sa naissance audit couple. La maternité est dite de substitution : la mère gestatrice est aussi sa mère génitrice, puisque c'est elle qui a fourni l'ovocyte permettant sa conception. Ce procédé a été rendu possible grâce aux progrès scientifiques permettant la FIV.

⁶⁵³ Ici, une femme accepte uniquement de porter un enfant conçu par une autre, c'est-à-dire soit avec l'ovocyte de la mère dite d'intention, soit avec celle d'une tierce femme ayant fait un don d'ovocytes.

⁶⁵⁴ En 1994, le législateur a en effet entériné cette solution en posant à l'article 16-7 du Code civil que : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

controverses⁶⁵⁵, l'interdiction de la gestation pour autrui⁶⁵⁶ a été maintenue par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

295. Dès avant les lois de bioéthiques, la jurisprudence avait annulé les groupements ayant pour objectif de favoriser ou d'organiser cette pratique⁶⁵⁷. Consécutivement, la Cour de cassation a refusé la possibilité d'adopter l'enfant né d'une maternité de substitution et cela depuis un célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991⁶⁵⁸ qui a jugé que : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes*⁶⁵⁹ et considérée comme un détournement de l'institution de

⁶⁵⁵ Des voix se font régulièrement entendre en faveur d'une évolution de la législation. Il faut dire que la GPA est la seule solution possible dans certains cas d'infertilité. En juin 2008, une commission du Sénat avait rendu dans ce sens un rapport d'information favorable à la l'égalisation de la GPA à des conditions très strictes. V. Rapport d'information, « *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui* », n° 421 (2007-2008) du Sénat.

⁶⁵⁶ Des sanctions pénales menacent les intermédiaires qui organiseraient de telles pratiques. « *Le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* » (Article 227-12 alinéas 3 du Code pénal). Les peines étant doublées lorsque l'entremise a lieu à titre habituel ou dans un but lucratif. (Alinéas 2 *in fine*). Enfin, l'article 227-13 du Code pénal prévoit des poursuites pour simulation ou dissimulation d'enfant menacent ceux qui déclareraient l'enfant à l'état civil sous le nom de la mère d'accueil et non pas sous le nom de la femme qui a accouché. (Trois ans d'emprisonnement et/ou 45000 euros d'amende) V. Cass. crim., 12 janv. 2000, n° 99-82.905, *Dr. pénal* 2000, chron. 84, obs. M. VERON ; V. aussi, dans une affaire où il n'y avait pas maternité de substitution à proprement parler, mais simulation d'accouchement, Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371, *Lamyline*. Ces sanctions ne sont pas cependant pas encourues si la maternité de substitution a eu lieu à l'étranger, en conformité avec la loi du pays concerné.

⁶⁵⁷ Jusqu'en 1989, il existait des associations dont le but était de mettre en relation des couples cherchant des mères porteuses avec les mères porteuses. Ces associations ont été considérées comme ayant un objet contraire à l'ordre public et ont été dissoutes. Effectivement, la jurisprudence a annulé les groupements ayant pour objectif de favoriser ou d'organiser cette pratique. Par exemple, elle a accueilli les poursuites diligentées contre les associations de mères porteuses à raison de l'illicéité de leur objet : pour les juges du droit, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit de fonder une famille, n'implique pas le droit de conclure avec des tiers des conventions portant sur le sort d'un enfant à naître. V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655, *Association Alma Mater*, D. 1990, Jur., p. 273, rapp. J. MASSIP. Quant au Conseil d'Etat, saisi d'une opposition du commissaire de la République à l'inscription de l'association *Les cigognes* sur le registre des associations, il avait déjà adopté la même position, jugeant que le groupement litigieux assurant la promotion auprès des couples stériles du recours aux mères porteuses avait un objet illicite. V. CE, ass., 22 janv. 1988, n° 80.936, *Association « Les Cigognes »*, *RFDA* 1998, p. 95, concl. B. STIRN. Consultée dans cette dernière affaire, la Commission européenne des droits de l'homme considéra que l'ingérence dans la liberté d'association, garantie par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, poursuivait un but légitime de prévenir l'infraction pénale d'incitation à l'abandon d'enfant à la naissance. V. Comm. EDH, 5 juin 1991, *Lavisse c/ France*, req. n° 14223/88.

⁶⁵⁸ Cass. Ass.plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. ass. plén., n° 4 ; D. 1991, Jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *JCP G* 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; *RTD. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *Défrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité.

⁶⁵⁹ La GPA suppose un accord portant sur les facultés gestationnelles d'une femme et il existe un accord portant sur la filiation. Le fondement de cette interdiction est tiré de l'indisponibilité du corps humain et celui de l'état des personnes. En effet, ces pratiques constitueraient une convention prohibée portant sur le corps de la femme, puis sur celui de l'enfant et entraîneraient également une disposition illicite de l'état de l'enfant, littéralement cédé (à titre onéreux ou gratuit) par la femme qui en a accouché. Corrélativement, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 relative à la filiation a bien précisé que la mère est celle qui accouche d'un enfant. (Réf. Article 325 al. 2 du Code civil).

*l'adoption*⁶⁶⁰ ». Cette jurisprudence s'est maintenue dans toute sa rigueur, malgré la présence en France d'un certain nombre d'enfants nés à l'étranger⁶⁶¹, par exemple dans certains Etats des Etats-Unis qui acceptent ce genre de convention⁶⁶². La Cour de cassation interdit depuis cette date le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention⁶⁶³, et ce quel que soit le procédé comme l'adoption, la possession d'état⁶⁶⁴, la transcription d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger sur les registres de l'Etat français⁶⁶⁵. En 2008, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence dans une décision où elle a censuré un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁶⁶⁶ qui avait cru pouvoir se fonder sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour refuser l'action du ministère public en annulation de la transcription sur l'état civil français de l'acte de naissance de deux jumelles établi en Californie. Ledit état civil désignait comme parents le couple ayant eu recours à une gestatrice rémunérée⁶⁶⁷. La Cour d'appel de renvoi s'est logiquement inclinée, et a refusé, à son tour, cette transcription, arguant du fait que les enfants ne sont pas dénuées d'état civil puisque dotées d'un acte de naissance américain⁶⁶⁸. A la suite de cette dernière décision, considérée par les parents comme décevante, l'affaire a été portée, à nouveau, devant la Cour de cassation qui a réitéré en 2011 l'interdiction de transcrire

⁶⁶⁰ Le but de cette institution est de donner une famille à un enfant qui n'en a pas et non pas donner à une famille un enfant qui n'en a pas.

⁶⁶¹ L'interdiction légale en France n'empêche pas les couples hétérosexuels ou homosexuels de contracter à l'étranger, ce qui suscite actuellement un vif débat dès lors qu'ils désirent établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, § 1 et 2.

⁶⁶² Aux Etats-Unis nombreux états ont légiféré à propos des mères porteuses, en général pour encadrer cette pratique et clarifier les règles de filiation. C'est le cas par exemple de l'*Etat de New York*, en *Arkansas*, en *Floride*, dans l'*Illinois*, au *Nevada*, au *New Hampshire*, au *New Jersey*, en *Oregon*, au *Texas*, dans l'*Utah*, en *Virginie* et dans l'*Etat de Washington*.

⁶⁶³ En 2002, la CA de Rennes a jugé que la reconnaissance émanant de la mère d'intention n'est pas valable et ne permet pas d'établir puisque « l'adage latin « *mater semper certa est* » qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France (...) qu'en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle ». V. CA Rennes 4 juillet 2002, Juris-Data n° 191286 ; D. 2002, p. 2902, note F. GRANET-LAMBRECHTS, *RTD civ.* 2003, 72, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2003.I.101, n°2, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Dr. fam.* 2002, comm. 142, note P. MURAT.

⁶⁶⁴ L'établissement de la filiation par la possession d'état est exclu car la possession d'état est considérée comme viciée. En effet, l'article 311-2 du Code civil prévoit : « *La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque* ». Autrement dit, la filiation établie par la possession d'état par le recours à la GPA est viciée car cette pratique médicale est interdite et illicite en France. V. TGI Lille 22 mars 2007, D. 2007. p. 1251, *RTD civ.* 2007, p. 556, obs. J. HAUSER et CA Douai 14 septembre 2009 n°07/02201.

⁶⁶⁵ Par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'il était impossible que l'épouse ou la compagne du père obtienne le prononcé d'une adoption lorsque des pratiques de maternité de substitution sont avérées. V. Notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2003, n° 01-03.927, Bull. civ. I, n° 252, D. 2004, p. 1998, note E. POISSON-DROCOURT, *Dr. fam.* 2004, comm. 17, obs. P. MURAT ; *RTD civ.* 2004, p. 75 obs. J. HAUSER ; *Defrénois* 2004. 592, obs. J. MASSIP. La suspicion s'étend même au père, et la Cour de cassation a admis qu'à l'occasion d'une demande adoption plénière par une épouse de l'enfant de son mari, né de mère inconnue, la filiation biologique envers le mari soit vérifiée. V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-21.223 et n° 97-12.781, D. 1999, Jur., p. 692, note J. MASSIP, *JCP G* 1999, II, n° 10117, note I. ARDEEF.

⁶⁶⁶ V. Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2007, n° 06/00507.

⁶⁶⁷ V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, Bull. civ. I, n° 289, n° 07-20.468, D. 2009, p. 166, obs. V. EGEEA, D. 2009, p. 332, note D. SARCELET, D. 2009, p. 340, note BRUNET, *JCP G* 2009, n° 6, 10020, note A. MIRKOVIC, *JCP G* 2009, n° 6, 10021, note L. AVOUET, *Dr. fam.* 2009, comm. 15, obs. P. MURAT, *LPA* 1-2 juin 2009, obs. D. COUDEVYLLE-BOURGAULT, *RTD civ.* 2009, p. 106, obs. J. HAUSER.

⁶⁶⁸ V. CA Paris, 1^{ère} ch., pôle 1, 18 mars 2010, n° RG : 09/11017, *JCP G* 2010, n° 18, 498, note A. MIRKOVIC.

la filiation résultant des actes de naissance américains sur les registres de l'état civil français⁶⁶⁹.

296. Enfin, dans deux arrêts rendus le 13 septembre 2013⁶⁷⁰, la Cour de cassation a été plus loin puisqu'elle a jugé que la reconnaissance de l'enfant effectuée par le père d'intention qui en était le père biologique devait être annulée pour fraude à la loi⁶⁷¹. La Cour de cassation a réaffirmé l'interdiction de transcrire sur les registres d'état civil français les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse, indienne en l'occurrence, car cela reviendrait à consacrer un « *processus frauduleux* ». La portée de ces arrêts est très importante, d'abord parce que la Cour énonce par un attendu de principe : « *en présence de fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, §1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués*⁶⁷² ». Mais, elle approuve surtout la Cour d'appel d'avoir annulé la reconnaissance paternelle, alors même qu'elle correspondait à la réalité biologique. En effet, pour la Cour de cassation, le caractère frauduleux de l'ensemble de l'opération affecte de nullité la reconnaissance paternelle. Cette jurisprudence extrêmement

⁶⁶⁹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 10-19.053. Le même jour, la Cour de cassation rendait deux autres arrêts, l'un portant sur des faits similaires et interdisant également la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'état civil français et le dernier refusant d'admettre que la filiation puisse être établie par la possession d'état de l'enfant, celle-ci étant viciée par la maternité de substitution qui en est à l'origine. La reconnaissance en France de la filiation telle qu'elle a été à l'étranger, grâce à la transcription des actes de naissance étranger à l'état civil français, s'est heurtée à l'ordre public international. V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 et Cass. civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130 ; sur l'ensemble de ces trois arrêts, V. D. 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET, D. 2011, p. 1587, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, D. 2011, p. 1995, obs. A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS, AJ. fam 2011, p. 262, obs. F. CHENEDE, RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. HAUSER.

⁶⁷⁰ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, JCP G 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC, D. 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, précité.

⁶⁷¹ Le refus de transcrire l'acte de naissance sur les registres français de l'état civil d'un enfant issu d'une maternité pour autrui a été réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt ultérieur. V. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, Dr. fam. 2014, comm.n° 74, note C. NEIRINCK, D. 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, précité.

⁶⁷² V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315, JCP G 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC, D. 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, précité.

rigoureuse a pour conséquence de priver l'enfant de filiation paternelle⁶⁷³ et de nationalité française⁶⁷⁴.

297. Autoriser en France la gestation pour autrui remettrait en question le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. La convention qui la renferme ne peut être que jugée illicite, raison pour laquelle cette pratique médicale est fermement prohibée. Elle porte sans aucun doute atteinte à la dignité de la personne humaine. Le refus du législateur français d'autoriser l'accès à la gestation pour autrui est effectivement fondé sur la volonté d'empêcher l'exploitation du corps de la femme, uniquement considéré comme un moyen de combler un désir d'enfant. De plus, en droit français, la mère est celle qui accouche, qui donne naissance à l'enfant⁶⁷⁵. La légalisation de la gestation pour autrui remettrait aussi en cause ce principe de filiation. Une convention de gestation pour autrui remettrait en question le droit de la mère à déterminer la filiation de l'enfant. La mère s'oblige irrévocablement à abandonner l'enfant qu'elle a conçu, porté, puis mis au monde. Concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrarie l'ordre public de manière insupportable. La mère ne peut pas reconnaître son enfant et l'enfant est privé de son droit à l'action en recherche de maternité. Il peut paraître inimaginable que cela porte atteinte encore une fois à son droit à la connaissance de ses origines, mais rappelons que nous sommes dans la situation d'un couple qui a eu recours à la gestation pour autrui dans un autre pays. La France ne souhaite pas s'engager sur la voie de l'ouverture à la gestation pour autrui, notamment pour éviter les

⁶⁷³ Néanmoins, cette solution de la Cour de cassation a conduit à une condamnation de la France puisque la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014 estime que l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard du père biologique constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants protégé par l'article 8 de la Convention. L'homme s'est vu reconnaître la qualité de père de l'enfant. Pour parvenir à cette solution, elle a notamment relevé que la filiation biologique était un élément essentiel de l'identité, que l'intérêt de l'enfant devait être pris en compte et que les enfants ne sont pas responsables des conditions de leur conception et ne doivent donc pas en subir des conséquences négatives. V. CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note Cl. NEIRINCK ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL, et p. 396, obs. DIONISIPEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note BERGOIGNAN-ESPER ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. MARGUENAUD ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassé et Menesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773 ; F. CHENEDE, « Les arrêts Menesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1797 ; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806 ; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184 ; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419. Une jurisprudence européenne dont la Cour de cassation s'est récemment conformée le 3 juillet 2015 en acceptant la transcription à l'état civil français d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère. V. Dans ce sens : Cass. Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, *D.* 2015, p. 1438, obs. GALLMEISTER. Pour l'approfondissement de cette évolution : V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, § 1, A et B.

⁶⁷⁴ Tout au plus la Cour de cassation admet-elle que soit organisé l'exercice de l'autorité parentale en le confiant à la femme qui élève l'enfant, de manière à respecter ses besoins éducatifs. V. en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 23 avr. 2003, n° 02-05.033, *Dr. fam.* 2003, comm. 143, obs. P. MURAT et dans une affaire particulièrement complexe V. Aussi : CA, Rennes, 6 janv. 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 52, obs. P. MURAT.

⁶⁷⁵ Réf. Article 325 al. 2 du Code civil prévoit : « L'action est réservée à l'enfant qui est tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché », précité.

dérives observées dans certains pays dans lesquels se développe un véritable « *tourisme procréatif*⁶⁷⁶ » et par crainte que le même schéma ne se reproduise sur son territoire⁶⁷⁷. La question de la légalisation de la gestation pour autrui aux personnes homosexuelles a engendré un débat passionné⁶⁷⁸ suite à l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe mais celle-ci n'a pas modifié l'interdiction bien au contraire.

La prohibition est ainsi confortée par le droit français. Les couples homosexuels ne peuvent pas constituer une famille homoparentale en ayant recours à la gestation pour autrui. De même, ils ne peuvent pas constituer une famille à travers l'adoption car avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'adoption conjointe était réservée aux seuls couples mariés. Le mariage leur étant juridiquement interdit, l'adoption conjointe ne leur est pas possible.

§ 2 - La fermeture de l'adoption conjointe au couple homosexuel

298. Avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, l'impossibilité d'adopter pour le couple de même sexe

⁶⁷⁶ Comme pour la PMA, la diversité des législations étrangères en la matière et la facilité des déplacements ont conduit au développement d'un phénomène de « *tourisme procréatif* » consistant à se rendre à l'étranger pour bénéficier d'une GPA prohibée par le droit français.

⁶⁷⁷ C'est le cas de l'Ukraine dans le quel se développe un véritable « *tourisme procréatif* ». La loi ukrainienne est en effet parmi les plus libérales d'Europe. Le nouveau Code de la famille ukrainien, adopté en 2006, précise qu'un « *couple marié qui conçoit un enfant grâce à des techniques d'assistance à la procréation est considéré comme étant les parents de l'enfant* », même dans le cas où « *l'embryon est transplanté dans l'organisme d'une (autre) femme* ». Les futurs parents et la mère porteuse doivent conclure un contrat devant notaire. Puis l'enfant est enregistré par l'état-civil ukrainien au nom des parents. La mère porteuse disparaît. Elle n'a aucun droit et en particulier pas celui de se rétracter. Quant à l'enfant, il peut très bien ne jamais apprendre qu'il a été porté par une autre femme, si ses parents ne souhaitent pas le lui raconter. Les médecins ukrainiens s'abritent derrière leur déontologie pour justifier ce dispositif légal. Ils insistent sur la détresse des couples en mal d'enfant, sur le fait que la gestation pour autrui est une solution ultime, et que les enfants ainsi portés ne sont pas biologiquement ceux des mères porteuses. « *Il existe beaucoup d'idées reçues* », argumente le professeur Zinchenko, de la clinique Isida, la plus grande maternité privée de Kiev, fière de ses équipements ultramodernes. Les cliniques spécialisées sur la médecine reproductive sont au nombre d'une vingtaine en Ukraine. Elles semblent plutôt prospères affichant leurs tarifs, 2 000 euros pour une fécondation in vitro, 500 euros pour une insémination. La mise en relation des couples avec des mères porteuses est assurée par ces agences intermédiaires qui offrent une prise en charge tout compris : de la recherche d'une mère porteuse à l'interprète, en passant par les services d'une clinique, d'un avocat, d'un notaire, la location d'un appartement et même des visites touristiques. Trente à cinquante enfants naissent chaque année en Ukraine d'une gestation pour autrui dont une dizaine pour des couples étrangers. V. « *En Ukraine, des femmes louent leur ventre* », *La Croix*, le 15 avril 2009. De même en Inde, la gestation pour autrui autorisée depuis 2002 est devenue une gigantesque industrie et attire de plus en plus de convoitises. À la clinique Akanksha Infertility, les mères indiennes louent leurs ventres à des familles en mal d'enfants. Ces femmes sont considérées comme de simples outils par l'industrie procréative. L'Inde s'impose comme la destination à bas coût de la gestation pour autrui. Le marché indien de la gestation pour autrui est estimé à plus d'un milliard de dollars par an, dans un pays où un tiers de la population vit avec moins de 0,6 dollars par jour. V. « *En Inde, dans l'usine à bébé du monde* » *La Croix*, 15 décembre 2014. V. Aussi : « *Reportage en Inde dans les usines à bébés* », *Valeurs Actuelles*, du 14 au 20 avril 2016.

⁶⁷⁸ V. Pour le débat actuel sur la gestation pour autrui : Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A et B.

un enfant prévu par l'article 343 du Code civil⁶⁷⁹, résulte du seul fait que la législation française ne permette l'adoption conjointe qu'aux seuls couples mariés. Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme dont la finalité première est la fondation de la famille c'est-à-dire la procréation. La différence de sexe est une condition pour sa validité, exprimée à la fois par le législateur français mais aussi confirmée par la jurisprudence française judiciaire et constitutionnelle. Les couples hétérosexuels et homosexuels étant placés dans une situation différente, cela justifie, en droit français, un traitement différent et exclut par la même tout reproche de discrimination au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Le mariage est ainsi légitimement interdit au couple homosexuel (A).

299. L'interdiction légale du mariage homosexuel en droit français est en effet confortée par la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière considère que le refus du mariage aux couples de même sexe n'est pas constitutif d'une discrimination au regard des articles 12 et 14 combinés à l'article 8 de la Convention. Fidèle à ses positions traditionnelles, la Cour a en effet, décidé qu'« *aucun consensus ne se dégage parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question du mariage homosexuel, et qu'il appartient à chaque Etat de choisir d'autoriser ou non un couple homosexuel à se marier* ». La Cour ne condamne pas les législations qui exigent une différence de sexe entre les futurs époux et l'évolution constatée dans seulement quelques pays européens ne lui a pas apparu révélatrice d'un abandon général du concept traditionnel de mariage (B).

A - L'interdiction du mariage au couple homosexuel posée par le droit français et la jurisprudence française

300. Jusqu'à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, le Code civil n'a jamais posé de définition claire du mariage, mais il en a toujours fixé les principales composantes à travers les nombreuses conditions posées pour sa formation. Sur cette base, une définition doctrinale technique du mariage avait été posée entendue comme : « *un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution* »⁶⁸⁰. Dès son origine, le Code civil n'énonce pas expressément cette différence de sexe comme condition du mariage, mais il faut se reporter aux intentions du

⁶⁷⁹ L'article 343 du Code civil prévoit : « *L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans* ».

⁶⁸⁰ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz, 8^e éd., 2011.

rédacteur de 1804⁶⁸¹. Il était impensable en effet pour lui d'envisager que le mariage puisse être contracté par deux personnes de même sexe. Autrement dit, la différence de sexe était tellement évidente qu'il n'est pas paru nécessaire au législateur d'en préciser l'exigence. Cette différence allait ainsi de soi pour les rédacteurs du Code civil et se fit, entre autre, à travers la définition du mariage donnée par Portalis au cours des travaux préparatoires. Il définissait le mariage comme : « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* ».

301. Cette définition donnée par Portalis fait référence à la différence de sexe par l'emploi des termes « *homme et femme* », mais celle-ci va beaucoup plus loin. En effet, cette définition donne au mariage toute sa finalité : perpétuer l'espèce humaine⁶⁸². La nécessité de renouvellement des générations futures fait appel à l'institution du mariage. Le mariage est considéré comme « *la cellule de base de la société en tant que cadre de la procréation* »⁶⁸³. L'institution du mariage a donc pour objectif de donner un cadre légal à la procréation⁶⁸⁴. La référence à la finalité procréatrice du mariage vient ainsi conforter l'idée selon laquelle le mariage ne peut être valable qu'entre deux personnes de sexe différent étant donné que la naissance de la vie humaine est nécessairement le fait d'un homme et d'une femme, abstraction faite dans ce cas des nouvelles techniques de procréation assistée⁶⁸⁵. Le mariage est donc l'union d'un homme et d'une femme dont la différence de sexe est la condition de sa validité en tant que tel.

302. De même, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, la condition de l'hétérosexualité ne figure pas explicitement dans le Code civil, mais certaines dispositions la suggèrent

⁶⁸¹ Cette référence à la différence de sexe comme condition de mariage était beaucoup plus répandue dans le Code Napoléon de 1804. En effet, la lecture du Code civil de 1804 fait apparaître de manière claire et précise que le mariage ne peut réunir que deux personnes de sexe opposé. L'article 212 de ce code dans un chapitre relatif aux devoirs des époux disposait que : « *les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants* ». En l'occurrence, les termes de cet article montrent bien la volonté du législateur d'assimiler mariage à la procréation, hors deux personnes de même sexe sont dans l'incapacité de développer l'espèce. Ainsi, les individus en présence ne rentrent pas dans le champ d'application des droits au mariage. Les articles 213, 214, 215, 229 et suivants de ce même ouvrage vont dans le même sens en stipulant l'obligation d'appartenir à des sexes opposés pour avoir la possibilité de contracter mariage.

⁶⁸² Autrement dit, le mariage : « *procède à une institutionnalisation du couple. Loin de constituer un réceptacle passif des relations, il les structure, les modèlent. Les conditions posées à l'union policent les rapports* ». L'institution fonde non seulement le couple, mais à travers lui, la famille et la filiation. Explication de M. AZAVANT, note ss TGI, 26 juillet 2004 Juris-Data n° 2004-246467, *Dr. fam.* 2004, comm. 166.

⁶⁸³ Réf. TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 26juill. 2004, *JCP G* 2004, II, 10 169, note G. KESSLER.

⁶⁸⁴ Selon la formule du Doyen CARBONNIER, « *le cœur du mariage ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité* ». Autrement dit, le mariage est ce qui permet de donner un père aux enfants, d'assigner les places généalogiques de chacun, de dire les droits et les devoirs issus de la filiation et de l'alliance. Et, l'ensemble de cette organisation postule la différence de sexe, ainsi l'expriment les articles 203, 204, 205, 206 et 213 du Code civil.

⁶⁸⁵ A savoir la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui.

implicitement⁶⁸⁶. L'article 75 dernier alinéa du Code civil prévoit ainsi que lors de la célébration du mariage, l'officier d'état civil : « *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* » et l'article 144 du même Code dispose, par exemple, que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix huit ans révolus* »⁶⁸⁷. Ici, la référence à « *l'homme et à la femme* » établit la condition de différence des sexes dans le mariage. Le lien matrimonial ne peut être formé qu'à condition que deux personnes de sexes opposés s'aiment. Dans ce cas, les termes « *mari et femme* » établissent à leur tour la condition de différence de sexe⁶⁸⁸. Les travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS⁶⁸⁹ révèlent aussi que dans l'esprit du législateur, « *il y a lieu de donner une existence et une structure juridique au couple homosexuel, le mariage étant ainsi réservé à l'union d'un homme et d'une femme* »⁶⁹⁰. En d'autres termes, si les textes sont silencieux voire flous, c'est parce que, pour les rédacteurs de 1804, la différence allait de soi et au regard de ces articles anciens de notre droit français le mariage homosexuel était clairement prohibé.

303. Ce silence implicite du Code civil concernant l'exigence d'une différence des sexes comme condition du mariage s'est posé avec une acuité particulière à compter des années 1990. En effet, les textes du Code civil, notamment l'article 144, n'étaient pas forcément si clairs que cela à propos de la condition d'hétérosexualité pour la validité du mariage ; et les revendications des couples homosexuels sur le droit au mariage se sont appuyées devant les tribunaux sur ses ambiguïtés. Il ressort de la jurisprudence française et de la doctrine que la condition d'hétérosexualité est considérée comme une condition de validité du mariage. De ce fait, le mariage entre personnes de même sexe est considéré comme nul et inexistant.

304. Depuis longtemps, la jurisprudence sanctionnait effectivement par la nullité absolue l'identité de sexe et y assimilait l'absence de sexe ou encore l'impossibilité de

⁶⁸⁶ C'est d'ailleurs sur cette ambiguïté relevant de ces textes que s'est fondé N. MAMERE pour célébrer le premier mariage homosexuel français en 2004. V. TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 26juill. 2004, *JCP G* 2004, II, 10169, note G. KESSLER; *RTD civ.* 2004, p. 719, note J. HAUSER; *D.* 2004, somm. 2965, note J. -J. LEMOULAND; *D.* 2004, somm. 2392, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

⁶⁸⁷ Rédaction de ces articles antérieure à la réforme de 2013. Ces articles ont été modifiés par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. L'article 75 du Code civil est dorénavant rédigé ainsi : « *Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour « époux » ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ* » et l'article 144 comme suit : « *le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ».

⁶⁸⁸ Cette référence à l'homme et à la femme se trouve également dans les textes relatifs au domicile et à la communauté de vie des époux. V. par exemple l'article 108 du Code civil : « *Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie* ».

⁶⁸⁹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

⁶⁹⁰ Réf. TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 26juill. 2004, *JCP G* 2004, II, 10 169, note G. KESSLER; *RTD civ.* 2004, p. 719, note J. HAUSER; *D.* 2004, somm. 2965, note J. -J. LEMOULAND; *D.* 2004, somm. 2392, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

reconnaître le sexe de l'un des époux⁶⁹¹. Ce n'est qu'en 2004 que la question de la validité du mariage homosexuel s'est posée pour la première fois en France à l'occasion d'un mariage célébré entre deux personnes de même sexe. En l'espèce, le 5 juin 2004, N. MAMERE, maire de Bègles, avait célébré le mariage de Messieurs S. CHAPIN et B. CHARPENTIER et ce, sans respecter l'acte d'opposition qui avait été signifié au couple par le Parquet. Saisi par le Procureur de la République qui demandait que soit prononcée la nullité de l'union, le Tribunal de grande instance de Bordeaux, avait, dans un jugement rendu le 27 juillet 2004⁶⁹², accueilli cette demande en jugeant que : « *Le différence de sexe est bien en droit français une condition du mariage* ».

305. Cette solution du Tribunal de grande instance de Bordeaux reposait sur deux arguments, l'un tiré de la rédaction de certains articles du Code civil⁶⁹³ et l'autre de la volonté du législateur. Tout d'abord, le silence du Code civil sur cette question s'expliquait par le fait que la condition de la différence des sexes allait de soi pour les rédacteurs de ce même Code. Pour preuve, « *les références à l'homme et à la femme étaient (...) nombreuses [dans le Code Napoléon] et ce n'est que dans le cadre de la consécration de l'égalité entre chacun des époux au sein de cette institution que les termes d'homme et de femme ont disparu pour être remplacés par celui d'époux* ». Cette référence demeurait dans les articles 144, 75, 108, 264 et 300 du Code civil⁶⁹⁴. Ensuite - second argument des juges - si la loi du 15 novembre 1999, relative au Pacs, a été votée, c'est que, dans l'esprit du législateur, « *le mariage (était) réservé à l'union d'un homme et d'une femme* ». Les juges bordelais n'avaient pas circonscrits leur analyse au seul droit français. Ils avaient recherché si la condition de différences des sexes imposée par le droit national n'était pas constitutive d'une discrimination au regard des articles 12, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

306. Effectivement, concernant le droit au mariage consacré par l'article 12, les juges s'étaient retranchés derrière la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment l'arrêt *Goodwin*⁶⁹⁵. En effet, le Tribunal considère que la possibilité de se marier

⁶⁹¹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1903, *D.* 1904, I, p.395, concl. S. BAUDOIN. 1904, I, 273, note WAHL : « *Le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin et l'autre au sexe féminin ; ainsi, son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et diffère de celui de l'autre conjoint (...)* ».

⁶⁹² V. TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 26 juill. 2004, *JCP G* 2004, II, 10 169, note G. KESSLER; *RTD civ.* 2004, p. 719, note J. HAUSER; *D.* 2004, somm. 2965, note J. -J. LEMOULAND; *D.* 2004, somm. 2392, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

⁶⁹³ Réf. Aux articles 144 et 75 du Code civil antérieurs à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

⁶⁹⁴ La rédaction de ces deux derniers textes avait cependant elle-même été réformée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁶⁹⁵ V. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *D.* 2003. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECLERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.-P MARGUENAUD. *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité.

offerte par cet arrêt aux transsexuels anglais n'autorise en rien le mariage homosexuel dès lors qu'il s'agit de transsexuels, c'est-à-dire de personnes qui, précisément, revendiquent leur différence de sexe par rapport à leur partenaire et qu'« *on ne pouvait pas ignorer le changement de sexe de la personne sur le plan sociologique* ». La Cour n'a donc pas consacré le droit au mariage homosexuel⁶⁹⁶. S'agissant ainsi du droit de se marier prévu par l'article 12 de la Convention, les juges bordelais estiment que ni ce texte qui vise expressément l'homme et la femme⁶⁹⁷, ni l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne, n'imposaient d'admettre un mariage entre personnes de même sexe⁶⁹⁸.

307. S'agissant du droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention, la juridiction bordelaise estime que cet article n'est pas violé car elle refuse d'admettre que ce texte oblige l'Etat à consacrer un droit au mariage pour les couples homosexuels. L'argument invoqué par certains est que « *la Convention doit se concevoir comme un tout* », il serait donc illogique « *d'estimer que le mariage homosexuel est exclu de l'article 12 tout en le déduisant dans le même temps de l'article 8* »⁶⁹⁹. Par ailleurs, le Tribunal rajoute également que si l'article 8 de la Convention garantit le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, il n'apparaît pas que la limitation du droit au mariage aux personnes de sexe opposé constitue une atteinte à ces principes. En effet, si la vie sexuelle fait incontestablement partie de la sphère de la vie privée, la reconnaissance de l'existence d'un droit à la communauté de vie d'un couple homosexuel n'impose pas de consacrer un droit au mariage et peut se concevoir par une autre forme d'union. Entre autre, il « *existe en France une reconnaissance sociale et juridique partielle du couple homosexuel* », à travers l'institution du PACS et la définition du concubinage de l'article 515-8 du Code civil comme l'union entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe, vivant en couple⁷⁰⁰.

308. Enfin, les juges girondins estiment que l'interdiction du mariage homosexuel posée par le droit interne ne porte pas atteinte au principe de non-discrimination prévu à

⁶⁹⁶ Néanmoins, la Cour a adopté une « *approche dynamique et évolutive* » de la question du mariage transsexuel qu'elle aurait pu éventuellement réitérer en l'espèce. En effet, un certain nombre d'Etats d'Europe ont adopté le mariage homosexuel sans grande difficulté à cette période-là comme le Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède (2009), le Portugal (2010) et le Danemark (2012). Il est alors plus compréhensible que les requérants aient eu l'idée d'invoquer ce revirement de jurisprudence. V. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

⁶⁹⁷ Réf. Article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

⁶⁹⁸ Pour une critique de cet argument : V. G. de GEOUFFRE de la PRADELLE, note ss TGI Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 27 juillet 2004, *JCP G* 2004, II, n° 10169, note G. KESSLER; *RTD civ.* 2004, p. 719, note J. HAUSER; *D.* 2004, somm. 2965, note J.-J. LEMOULAND; *D.* 2004, somm. 2392, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, précité.

⁶⁹⁹ V. M. AZAVANT, note ss TGI, 1^{ère} ch. civ., 26 juillet 2004, *Dr. fam.*, 2004, n° 166, précité.

⁷⁰⁰ C'est ce que préconisait la résolution du Parlement européen du 8 février 1994 invitant les Etats membres, sur la question de l'homosexualité, à œuvrer en faveur de l'égalité des droits et préconisait l'adoption de contrats d'unions civile.

l'article 14 de la Convention. Le Tribunal refuse de reconnaître effectivement une discrimination dans la prohibition du mariage des couples de même sexe. Il énonce qu' « *il existe à l'évidence une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que le mariage est interdit à un couple de même sexe* ». L'union matrimoniale n'emporte pas les mêmes effets que le concubinage ou la conclusion d'un PACS⁷⁰¹. Toutefois, cette différence de traitement se trouve donc socialement légitimée par « *la fonction traditionnelle du mariage communément considérée comme constituant la fondation d'une famille* »⁷⁰², argument avec lequel l'arrêt de la Cour du 11 juillet 2002⁷⁰³ prenait nettement ses distances. La position du Tribunal est une application de la position courante de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette différence de traitement est effectivement possible, selon la Cour, lorsqu'il existe une justification objective et raisonnable, qui poursuit un but légitime dans une société démocratique et qui respecte un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Cette justification se trouve ainsi, en l'espèce, dans la fonction traditionnelle du mariage, communément considéré comme constituant la fondation d'une famille⁷⁰⁴. En droit interne, mariage et famille sont indissociablement liés (présomption de paternité du mari, adoption par deux conjoints, ou de l'enfant du conjoint)⁷⁰⁵. Cette conception traditionnelle de l'institution du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme qui entendent fonder une famille est celle de la majeure partie des Etats européens avant la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous. A cette époque, le consensus est inexistant dans la

⁷⁰¹ En d'autres termes, l'union homosexuelle, même connue et admise dans le cadre d'un concubinage ou d'un pacte civil de solidarité avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, ne bénéficie pas d'un régime identique à celui du mariage. Le Pacs se présente sous la forme d'un contrat, régissant exclusivement des relations pécuniaires et, même sur le plan patrimonial, il n'offre pas les mêmes droits ou avantages que ceux qui sont ouverts aux couples mariés.

⁷⁰² Plus particulièrement, la différence de traitement non discriminatoire provient de ce que la nature n'a rendu potentiellement féconds que les couples de sexe différent et que le législateur a désiré prendre en compte cette réalité biologique et « déterminer ses formes » en englobant le couple et sa conséquence prévisible, les enfants communs, dans une institution spécifique appelée mariage, choix législatif maintenu dans le temps. Cette « détermination des formes » qui découle directement de l'histoire, des religions, des coutumes, et qui est socialement très largement acceptée, correspond ainsi que le Tribunal l'a exactement analysé à la fonction attribuée au mariage de socle de la famille. Tous les couples de sexe différent, ainsi concernés par une éventualité de filiation commune, sont traités à égalité puisqu'ils ont le libre choix et le libre accès au mariage. Par conséquent, les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, ne sont en conséquence pas concernés par cette institution. En cela leur traitement juridique est différent, parce que leur situation n'est pas analogue et exclut par la même le reproche de discrimination.

⁷⁰³ Réf. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D. 2003. 2032, note A.-S CHAVENT-LECLERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.-P MARGUENAUD, précité.

⁷⁰⁴ A diverses reprises, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré cet objectif comme un motif légitime au sens de l'article 14 de la Convention. V. En ce sens : CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74. Plus récent, CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, req. n° 40016/98., précité.

⁷⁰⁵ Le refus du mariage homosexuel avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe semble respecter cette exigence tant l'intégration d'une telle union dans l'institution matrimoniale dissoudrait la notion même de la famille traditionnelle française.

société française ou au sein des Etats européens pour modifier ces dispositions. Seuls deux Etats membres⁷⁰⁶ seulement avaient modifié leur législation⁷⁰⁷.

309. En tout état de cause, le Tribunal concluait avec bon sens, que : « *si l'évolution des mœurs ou le respect d'un principe d'égalité peut conduire à une redéfinition du mariage, cette question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur* »⁷⁰⁸. Le Tribunal de Bordeaux conclut finalement que le mariage contracté le 5 juin 2004 entre Monsieur STEPHANE CHAPIN et Monsieur BERTRAND CHARPENTIER ne remplit pas la condition de validité du mariage français au regard de cette différence de sexe⁷⁰⁹, et doit être ainsi annulé. Les époux ont interjeté appel de la décision rendue par les juges du fond. La Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 19 avril 2005⁷¹⁰, a confirmé l'annulation du mariage homosexuel célébré à Bègles prononcée par le jugement du Tribunal de Bordeaux. A l'issue d'une motivation attentive à l'argumentation des appelants, la Cour conclut que « *la célébration organisée par eux le 5 juin 2004 devant l'officier d'état civil de Bègles ne peut être considérée comme un mariage* ». En effet, selon elle, il n'existe, une nouvelle fois, aucune contradiction entre la jurisprudence européenne et la législation française interne relative au mariage : le mariage ne concerne que les personnes de sexe différent. Comme les premiers juges, les magistrats de la Cour d'appel de Bordeaux estiment que « *le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère* ». Cette condition de différence de sexe n'étant pas remplie par les requérants, par conséquent la Cour d'appel confirme sur le fond l'annulation de l'acte dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de l'acte de naissance des intéressés. Cependant, tous les recours n'étant pas épuisés, les requérants forment un pourvoi en cassation.

⁷⁰⁶ Il s'agit des Pays-Bas (2001) et de la Belgique (2003).

⁷⁰⁷ Cependant, la Cour a pu juger dans l'arrêt *Goodwin* que : « *malgré l'absence de consensus les Etats ne disposent plus de nos jours d'une marge d'appréciation telle qu'ils puissent priver les transsexuels du droit de se marier* ». Incontestablement, cela fragilise le raisonnement du Tribunal. D'autant que, l'argumentation qui consiste à s'abriter derrière la nécessité d'une réforme législative a déjà été écartée par la Cour européenne des droits de l'homme. V. En ce sens : CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire*, GACEDH, n° 63.

⁷⁰⁸ V. Sur l'ensemble de la question : M. LAMARCHE, « *Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel(s) mariage(s) pour le troisième millénaire ?* », *RLDC*, 2004/9, n° 380 ; H. FULCHIRON, *Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ?*, in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p.29.

⁷⁰⁹ Il est clair ici que pour le Tribunal le mariage conserve sa finalité procréatrice. Selon un auteur, « *l'impossibilité de procréer n'est pas le résultat d'une discrimination, mais d'une évidence scientifique* » et il estime qu'à trop vouloir lutter contre les discriminations, « *on risque parfois de nier la réalité* » en rappelant que le mariage est intouchable de par son caractère « *millénaire et universel* ». V. En ce sens : G. KESSLER, note ss TGI, 1^{ère} ch. civ., 26 juillet 2004, *JCP G* 2004, II, n° 10169, précité.

⁷¹⁰ V. CA Bordeaux, 6^e ch. civ., 19 avril 2005; *D.* 2005, p. 1687, note E. AGOSTINI, *Dr. fam.* 2005, comm. 124, note V. LARRIBAU-TERNEYRE et M. AZAVANT.

310. Saisi par un pourvoi des « époux » de Bègles, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 13 mars 2007⁷¹¹, a entériné, sans surprise, cette analyse en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux le 19 avril 2005 et annule ainsi définitivement leur mariage. Cette décision était attendue et prévisible. Attendue, car le sort des mariés de Bègles défrayait la chronique médiatique et judiciaire depuis près de trois ans. Prévisible, car la solution adoptée par les Hauts magistrats n'a laissé place qu'à peu de doutes. Dans son attendu, la Haute juridiction énonce, à nouveau, que : *« selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est pas fondé en aucune de ses branches »*⁷¹². La Cour de cassation confirme donc la position des juges du fond selon laquelle la différence de sexe est bien une condition de validité du mariage. Le mariage homosexuel est donc nul en droit français et cette condition n'est pas constitutive d'une discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

311. La Cour de cassation a enfin estimé, dans sa décision du 13 mars 2007⁷¹³, que le débat sur le mariage homosexuel est une question de société qui ne peut être résolue que par l'intervention du législateur et non par celle des juridictions. Certes, les magistrats peuvent prendre en compte leur situation en autorisant, par exemple, un parent à déléguer l'autorité parentale sur son enfant à son concubin ou à son partenaire⁷¹⁴ mais ils ne peuvent pas aller plus loin. La reconnaissance du mariage entre des personnes de même sexe et l'admission d'une adoption au sein d'un couple homosexuel relèvent de la compétence exclusive du législateur. Selon elle, *« compte tenu des enjeux de société importants qui relèvent de cette question, [...] abandonner à la seule autorité judiciaire le soin de se prononcer me paraît*

⁷¹¹ V. Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, D. 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, Defrénois 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

⁷¹² En ce sens, la Cour de cassation rappelle une nouvelle fois qu'il y a discrimination, selon la Cour européenne, que lorsqu'est pratiquée une différence de traitement manquant de justification objective et raisonnable entre individus placés dans des situations analogues. Traditionnellement, le mariage a été conçu comme le cadre idéal des relations entre l'homme et la femme, le cadre social de la procréation. En ce sens, il n'est pas, a-t-on dit, un simple accommodement en vue d'une vie à deux : il constitue l'acte fondateur d'une famille. Rien de tel avec le mariage homosexuel. Admettre une telle union suppose que l'on « découple », dans un premier temps du moins, mariage et procréation. Le mariage se définirait alors comme une simple communauté de vie entre deux êtres, qui impose des devoirs et ouvre des droits.

⁷¹³ V. Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, D. 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, Defrénois 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

⁷¹⁴ V. Cass. civ. 1ère, 24 février 2006, n° 04-17.090, AJ Fam. 2006, 159, obs. F. CHENEDE; RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; D. 2006, p. 897, note D. VIGNAU, D. 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, D. 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, Dr. fam. 2006, comm. 89, note P. MURAT, Defrénois 2006, art. 38415, note J. MASSIP. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, B.

exiger du juge qu'il accomplisse une tâche excédant les limites permises de son action »⁷¹⁵. La balle était donc dans le camp du législateur⁷¹⁶. Face aux enjeux de sa décision, la Cour de cassation a donc fait œuvre de *juris prudentia*.

312. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs confirmé cette position générale de la Cour de cassation à s'en remettre au législateur pour l'ouverture du mariage homosexuel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité du 28 juin 2011⁷¹⁷ transmise par la Cour de cassation le 16 novembre 2010⁷¹⁸. Il s'agissait pour le Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité des articles 75 et 144 du Code civil, d'une part, au préambule de la Constitution de 1946 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne de même sexe, d'autre part, aux dispositions de l'article 66 de la Constitution en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser un mariage entre personnes de même sexe. Il a conclu à l'identité de ce qu'il a déjà fait s'agissant de l'article 365 du Code civil et de l'adoption par le partenaire homosexuel⁷¹⁹, qu'un tel sujet de société nécessitait une prise de position législative⁷²⁰ et que l'interdiction du mariage aux personnes de même sexe n'entraîne en contradiction ni avec la liberté du mariage⁷²¹, ni avec le droit à mener une vie familiale normale⁷²², ni même avec le principe

⁷¹⁵ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, Bull. civ., I, n° 113; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, D. 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, Defrénois 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

⁷¹⁶ Plusieurs propositions de lois ont été déposées à plusieurs reprises pour reconnaître le mariage homosexuel mais sans succès. Il s'agit entre autre des propositions de loi présentées au Sénat le 8 novembre 2005 (Sénat n° 68) et à l'Assemblée nationale le 9 novembre 2005 (AN n° 2638), au Sénat le 30 juin 2006 (Sénat n° 442), et le 15 juin 2008 à l'Assemblée nationale (AN n° 586).

⁷¹⁷ V. Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

⁷¹⁸ V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 novembre 2010, n° 10-40.042, D. 2011, p. 20, note J. ROUX.

⁷¹⁹ V. Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, Dr. fam. 2012, comm. 82, C. NEIRINCK; Procédures 2012, comm. 148, obs. N. FRICERO; AJDA 2011, p. 529, note MAZIAN; Dr. fam. 2010, p. 489, obs. C. MECARY; RTD civ. 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, D. 2010, p. 2744, note F. CHENEDE. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁷²⁰ Il est vrai que le Conseil constitutionnel a affirmé que la Constitution ne lui « confère pas [...] un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ». V. Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54-DC, §1. Puis, il a modifié à juste titre cette formule afin de souligner, de façon plus exacte, que son pouvoir n'est pas « de même nature » que celui des représentants du Peuple. V. Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433-DC, §41.

⁷²¹ Selon lui, les dispositions des articles 75 et 144 du Code civil antérieur à la réforme de 2013 posent effectivement l'exigence, selon la loi française, d'une différence de sexe entre les époux. Réaffirmant, par ailleurs le caractère constitutionnel de la liberté mariage comme composante de la liberté personnelle, il ne considère pas pour autant que l'exigence de la loi affecte cette liberté dans la mesure où il est loisible au législateur d'adopter des dispositions qui entrent dans sa sphère de compétence pour fixer les conditions du mariage.

⁷²² Selon le Conseil, il n'y a pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale, les articles contestés ne faisaient pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité : « le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier ». On retrouve ici la position récemment adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a refusé de condamner la loi autrichienne, qui s'oppose au mariage entre personnes de même sexe, après avoir constaté qu'elle leur ouvrait la voie d'un « partenariat civil ». V. En ce sens : CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche n° 30141/41, Dr. fam. 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, RTD civ. 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD; p. 765, obs. J. HAUSER, JCP G 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F.

d'égalité devant la loi⁷²³. En effet, le Conseil constitutionnel rappelle que : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un ou l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Le Conseil constitutionnel déduit ainsi, dans les termes du sens classique de l'égalité : « *qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de sa compétence, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille* »⁷²⁴.

313. En d'autres termes, en application du principe d'égalité, les couples de même sexe ne sont pas dans la même situation que les personnes de sexes différents car le mariage inclut la perspective de la procréation à laquelle ces derniers ne peuvent pas prétendre. La différence de situation justifie bien la différence de traitement entre couples de même sexe et couples de sexe différent, en l'occurrence l'accès au mariage. La condition d'altérité sexuelle des époux posée par la loi, par l'intermédiaire des articles 75 et 144 du Code civil, est donc conforme à la Constitution. Cette différenciation n'est donc pas constitutionnellement condamnable et seul le législateur peut y mettre fin. C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel prenant soin en effet de rappeler : « *qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation* »⁷²⁵.

314. Le Conseil constitutionnel a ainsi laissé le législateur décider de l'évolution du mariage homosexuel en droit français. L'élection de FRANCOIS HOLLANDE comme Président de la République française en mai 2012 avec l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrira le mariage aux couples de même sexe. Car c'est bien le législateur français qui doit trancher un débat qui, au-delà de son aspect juridique, révèle des enjeux de société

SUDRE ;D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENAROBARDET. V. Section 1, § 2, B, de ce chapitre.

⁷²³ Le Conseil constitutionnel examine la conformité des articles 144 et 75 au principe d'égalité, desquels il est déduit que selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme.

⁷²⁴ Il en ressort qu'en déclinant le principe d'égalité de cette manière, le Conseil constitutionnel cautionne, d'un point de vue constitutionnel, l'inégalité en droits entre les couples hétérosexuels et couples homosexuels, telle qu'elle est admise ici par le législateur français et la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mariage avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

⁷²⁵ Le Conseil rappelle ainsi, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises dans le cadre du contrôle préjudiciel de constitutionnalité, que « *l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne [lui] confère pas [...] un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* », mais « *lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». V., not., Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2- QPC.

importants et une dimension politique certaine⁷²⁶. Mais, à défaut de la volonté du législateur français d'ouvrir le mariage homosexuel avant la loi du 17 mai 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a été invitée à franchir le pas la première. Mais sa prise de position a été de nature à conforter la prohibition du mariage homosexuel français avant cette dite loi.

B - Une interdiction confortée par la Cour européenne des droits de l'homme

315. La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la question du mariage des couples de mêmes sexe à l'occasion d'un arrêt « *Schalk et Kopf c/ Autriche* » rendu le 24 juin 2010⁷²⁷. Cette affaire a permis à la Cour européenne des droits de l'homme de se prononcer clairement sur une question particulièrement controversée : le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe en raison de leur homosexualité constitue-t-il une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁷²⁸? La jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme avait autorisé à penser qu'elle pouvait à cette occasion consacrer le droit au mariage aux couples de même sexe⁷²⁹. Or, il n'en fut rien.

⁷²⁶ La décision du Conseil constitutionnel de renvoyer la question du mariage homosexuel au législateur a fait l'objet d'interprétations erronées et mensongères dans la grande presse : ceux, favorables à la cause homosexuelle, n'ont pas hésité à qualifier la décision du Conseil constitutionnel de « conservatrice », de « scandaleuse » ou encore de « rétrograde » (jusqu'à lui reprocher d'ignorer les sondages : en janvier 2011, plus de la moitié des Français (58%) se disent favorables au mariage entre homosexuels, contre 35% qui y sont opposés, d'après un sondage TNS Sofres réalisé pour Canal+. V. En ce sens : « 58% des français favorables au mariage homosexuels », *L'Express*, 28 janvier 2011.), tandis que d'autres, opposés à ces revendications, n'ont pas craint de féliciter le Conseil d'avoir rappelé qu'un couple homosexuel n'était pas l'égal d'un couple hétérosexuel. Encore une fois, la seule considération, le seul principe qui sous-entend sa décision, c'est le respect de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire, sur ces questions politiques dites aujourd'hui « de société », le respect de la souveraineté du législateur. Comment peut-on ainsi reprocher au Conseil constitutionnel la sauvegarde de ce principe fondateur de notre démocratie ?

⁷²⁷ V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

⁷²⁸ En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais eu à se prononcer sur la question d'un droit d'adoption aux couples homosexuels. Plus particulièrement, elle n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si réserver l'adoption aux seuls couples mariés conduit à établir une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle constitutive ou non d'une discrimination au regard du principe de la non-discrimination de la Convention. Son raisonnement et sa solution aurait été certainement le même que dans sa décision *Schalk et Kopf c/ Autriche*. La Cour aurait certainement repris en l'espèce une motivation classique selon laquelle aucun consensus ne se dégage parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question de l'adoption par les couples de même sexe et qu'il appartiendrait donc à chaque Etats de choisir d'autoriser ou non un couple de même sexe à adopter. Autrement dit, la Cour maintiendrait sa position consistant à laisser une marge d'appréciation aux Etats à propos de l'accès à l'adoption aux couples homosexuels.

⁷²⁹ La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la question du droit au mariage des transsexuels avant de se prononcer ultérieurement sur le droit au mariage des homosexuels. C'est d'ailleurs à l'occasion de ces arrêts relatifs au transsexualisme que la Cour européenne des droits de l'homme a commencé à affirmer qu'en garantissant le droit de se marier, l'article 12 de la Convention visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexes biologique différent et a « essentiellement » pour but « de protéger le mariage en tant que fondement de la famille ». Au départ, la Cour européenne avait estimé, dans les affaires qui lui avaient été soumises, que l'interdiction faite à un transsexuel de se marier avec une personne de même sexe biologique n'était pas contraire à l'article 12 de la Convention. Ainsi, dans l'arrêt *Rees contre Royaume-Uni*, le requérant, un transsexuel passé du sexe féminin à masculin, se plaignait que le droit britannique ne lui permettait pas de se

316. En l'espèce, Messieurs SCHARLK et KOPF, deux ressortissants autrichiens, avaient sollicité l'autorisation de se marier mais les autorités autrichiennes avaient refusé, le droit national n'ouvrant le mariage qu'aux couples de sexes opposés. En décembre 2003, la Cour constitutionnelle autrichienne rejetait leur recours en précisant que ni la Constitution ni la Convention européenne n'exigent l'extension de la notion de mariage, institution ayant pour finalité la procréation, à des relations d'une autre nature et que la protection des relations entre personnes de même sexe n'implique pas de modifier les lois relatives au mariage. En 2010, ils purent tout de même bénéficier de la loi sur le concubinage officiel, leur permettant de faire reconnaître juridiquement leur union. Ils estimaient que l'Autriche méconnaissait leur droit au mariage et qu'elle leur faisait subir une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle du fait qu'ils constituaient un couple de même sexe, il leur était refusé la possibilité de se marier ou de voir reconnaître leur union d'une façon ou d'une autre. Ils saisirent, dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme, sur les fondements, désormais classiques, d'une violation de l'article 12, d'une part, de l'article 14 combiné avec l'article 8, d'autre part.

317. S'agissant de la violation de l'article 12 de la Convention, la Cour reconnaît d'abord que : « *l'institution du mariage a connu des changements considérables* »⁷³⁰. Pour autant, et même si un nombre croissant d'Etats⁷³¹ a ouvert le mariage aux couples de même sexe, il n'existe pas, souligne-t-elle, de consensus européen en la matière. En fait, la Cour met au cœur du débat l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux qui, de façon intentionnelle,

marier. La Cour européenne des droits de l'homme indique, en l'espèce, qu'après avoir constaté la réalité du syndrome transsexuel, n'entraîne en aucun cas « *l'acquisition de tous les caractères biologiques* » du sexe opposé. Pour cette raison, elle conclut à la non-violation de l'article 12 en rappelant que le concept traditionnel du mariage repose sur une union entre personnes de sexes biologiques opposés et que les États jouissent en outre du pouvoir de réglementer le droit de se marier. V. CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A n° 106, JDI 1987, p. 786. De même, dans l'arrêt *Cossey contre Royaume-Uni*, la Cour aboutit à des conclusions similaires à celles de l'arrêt *Rees c/ Royaume-Uni* et ne relève pas d'éléments nouveaux ou de circonstances particulières qui la conduiraient à s'écarter de cet arrêt. V. CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/8. La Cour conclut, en effet, que l'attachement au concept traditionnel du mariage est pour la Cour un « *motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage* » et il revient aux États de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier. Enfin, dans l'arrêt *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, la Cour ne s'écarter pas, une nouvelle fois, de ses arrêts *Rees contre Royaume-Uni* et *Cossey contre Royaume-Uni* en affirmant que « *le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants* ». V. CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Unis*, req. n° 22985/93 et n° 23390/94. La Cour conclut, une nouvelle fois, à la non-violation de l'article 12. Mais, la Cour opère un revirement de jurisprudence en 2002 où elle considère maintenant que le droit de se marier prévu à l'article 12 de la Convention ne doit plus être déterminé selon des critères purement biologiques. Les transsexuels ne peuvent plus être privé du droit de se marier. Ainsi, l'abandon des critères biologiques par la Cour pouvait laisser supposer une reconnaissance du mariage homosexuel. V. Dans ce sens : CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D. 2003, p. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. HAUSER, p. 862, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, RDSS 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité.

⁷³⁰ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/41, § 58.

⁷³¹ La Cour note en effet que « *à ce jour, pas plus de six sur quarante-sept Etats partie à la Convention autorisent un tel mariage* » : il s'agit du Pays-Bas (2001), Belgique (2003), Espagne (2005), Suède (2009), Portugal (2010) et Danemark (2012).

ne mentionne pas la différence de sexe⁷³². Les juges affirment que : « *la cour ne considèrera plus désormais que le droit de se marier inscrit à l'article 12 doit être en toutes circonstances limité au mariage entre personnes de même sexe* »⁷³³. Elle affirme également que : « *pris isolément, les mots de l'article 12 peuvent être interprétés comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou deux femmes* ». Cette analyse constitue une évolution non négligeable au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour, énoncée dans l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni*⁷³⁴ dans laquelle elle maintenait clairement la différence de sexe comme condition de mariage. La Cour considère désormais que le mariage homosexuel relève de l'article 12 de la Convention. Elle abandonne la définition du mariage comme forcément l'union d'un homme et d'une femme et admet que les législations nationales puissent entendre le mariage comme l'union de deux personnes de sexe différent ou de même sexe.

318. L'ouverture est considérable. En acceptant de prendre en compte une autre conception du mariage que celle du mariage traditionnel, la Cour ouvre la porte à d'importantes évolutions. Ainsi, sans même oser imaginer qu'elle affirme en l'espèce que le consensus est insuffisant pour imposer aux Etats aux vues les plus classiques l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, la protection accordée aux couples homosexuels pourrait servir à ceux qui estiment que ne pas reconnaître un mariage homosexuel valablement formé à l'étranger au motif que l'Etat d'accueil est resté fidèle à la définition traditionnelle du mariage, est contraire à l'article 12 de la Convention.⁷³⁵ Autrement dit, cela permettrait à la Cour de reconnaître les effets d'un mariage homosexuel, notamment sur le territoire des Etats qui n'ont pas ouvert le mariage aux personnes de même sexe à long terme.

319. Pour autant, si l'article 12 couvre de son manteau les couples de même sexe, les Etats n'ont pas l'obligation d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. Sur le terrain de

⁷³² L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* ».

⁷³³ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/41, § 61.

⁷³⁴ V. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D. 2003. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECLER, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT ; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.-P. MARGUENAUD *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité. La Cour dégage dans cet arrêt un revirement de jurisprudence à partir d'une interprétation évolutive de l'article 12, un droit au mariage pour le transsexuel et en fixe les conditions d'exercice. La Cour estime dorénavant que la différence de sexe ne doit plus être déterminée selon des critères purement « *biologiques* ». Une chose sur laquelle elle s'était appuyée au regard de sa jurisprudence antérieure pour refuser le mariage transsexuel. Elle ne voit donc aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier. La Cour a donc conclu que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté la violation de l'article 12 de la Convention. Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour européenne des droits de l'homme conforte bien l'interdiction du droit français du mariage homosexuel. La différence de sexe est, en l'espèce, la condition de formation de mariage. L'orientation homosexuelle place ainsi le couple de même sexe dans une situation différente du couple de sexe opposé. En reconnaissant le mariage des transsexuels par rapport au seul sexe biologique, la Cour européenne des droits de l'homme exclut bien l'extension de la solution retenue aux couples de même sexe.

⁷³⁵ V. Par exemple : H. FULCHIRON, « Le mariage entre personne de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance », *RID. Comp.* 2010, p. 245 s.

l'article 12, les requérants ont concentré, en premier lieu, leur argumentation sur l'évolution de la jurisprudence du mariage, lequel, selon eux, était devenue une union indépendante de l'idée de procréation et d'éducation des enfants. En particulier, ils invoquaient, à leur profit l'arrêt *Goodwin*⁷³⁶ qui avait consacré la dissociation entre le mariage et la procréation. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas suivi ce raisonnement, pour deux raisons essentielles. En premier lieu, elle souligne que la référence à l'arrêt *Goodwin* était peu judicieuse, les transsexuels étant, certes, de sexes biologiquement identiques, mais de sexes civils différents. Il était ainsi erroné de déduire du droit au mariage des transsexuels le droit au mariage des homosexuels. En second lieu, la Cour considère que l'article 12 n'impose pas aux Etats membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Elle observe, en effet, que la question du mariage est intimement liée aux racines sociales et culturelles de chaque pays, et qu'il n'y a pas de consensus sur cette question entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, chacun étant mieux à même de choisir la législation y afférant⁷³⁷. La position à cet égard de la Cour est, entre autre, inchangée : elle se fonde traditionnellement sur l'absence de consensus clair sur la question au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Cour se réfère ici à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui laisse toute liberté aux législations nationales d'ouvrir ou non le mariage aux couples de même sexe. La Cour européenne des droits de l'homme en déduit donc que la Convention n'oblige pas à ouvrir le mariage aux homosexuels, et par conséquent juge que l'Autriche n'a pas violé l'article 12.

320. Concernant la violation alléguée de l'article 14 combiné avec l'article 8, celle-ci n'emporte pas davantage l'adhésion de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, la Cour opère, d'abord, une véritable révolution en faisant entrer une relation stable de couple entre deux personnes de même sexe dans le champ de la vie familiale et non plus de la seule vie privée avant de conclure ensuite que le refus d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ne viole pas les articles 14 et 8 de la Convention. Pour la première fois, dans l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, la Cour admet clairement qu'une relation entre deux personnes de même sexe peut être qualifiée de vie familiale. Jusqu'alors une telle relation n'était en effet incluse que dans la notion de vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, la Cour a

⁷³⁶ V. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D. 2003. 2032, note A.-S. CHAVANT-LECLERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.-P. MARGUENAUD, *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité.

⁷³⁷ Autrement dit, l'article 12 de la Convention n'impose pas d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels même si les Etats peuvent opter pour cette solution. La Belgique par exemple, admet le mariage homosexuel depuis 2003. V. Dans ce sens : P. KIPIANI, « Mariage homosexuel et adoption par un couple homosexuel : d'une revendication en droit français à une reconnaissance en droit belge », *Dr. fam.* 2012, Etude 3.

abandonné sa jurisprudence classique selon laquelle les relations homosexuelles durables ne relevaient pas de la vie familiale au sens de l'article 8⁷³⁸.

321. La Cour constate, en effet, l'évolution dans de nombreux Etats européens des attitudes sociales envers les couples du même sexe et la reconnaissance légale accordée aux couples homosexuels dans un nombre important d'Etats. Elle se réfère également aux dispositions de droit de l'Union européenne qui reflètent cette tendance croissante à inclure les couples du même sexe dans la notion de « *famille* »⁷³⁹. La Cour, procédant à une interprétation à la fois évolutive et consensuelle de la notion de vie familiale en déduit ainsi « *qu'il est artificiel de maintenir le point de vue que un couple du même sexe ne pourrait pas avoir de vie de famille au sens de l'article 8* ». En conséquence, la relation entre les requérants, MM. SCHALK et KOPF, un couple de même sexe vivant dans une relation de fait stable, relève de la notion de *vie familiale*, tout comme le ferait la relation d'un couple de sexe différent dans la même situation. Comme un fruit mûr, la relation de couple homosexuel tombe donc dans le panier de l'article 8 au titre de la vie familiale.

322. Par contre, la Cour juge que l'interdiction autrichienne faite à MM. SCHALK et KOPF de se marier ne constitue pas un traitement discriminatoire au regard de leur droit au respect de la vie familiale. La Cour souligne d'abord que, comme pour les différences de traitements fondées sur le sexe, une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle « *requiert des justifications d'une force particulière* »⁷⁴⁰. La Cour retient ensuite comme principal raisonnement que les couples de même sexe « *sont tout aussi capables que les couples de sexe différents de s'engager dans une relation stable* » et qu'en conséquence « *ils sont dans une situation que l'on peut comparer de façon pertinente à celle d'un couple de sexe différent au regard de leurs besoins de reconnaissance et de protection légale de leur relation* »⁷⁴¹.

⁷³⁸ V. CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, req.n° 56501/00, précité.

⁷³⁹ La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels. Certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « *famille* ». Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « *vie familiale* » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « *vie familiale* » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation. La Cour conclut donc que les faits de la cause entrent dans le champ d'application de la notion de « *vie privée* » ainsi que de celle de « *vie familiale* » au sens de l'article 8. Partant, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer. V. CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, req.n° 56501/00, précité.

⁷⁴⁰ V. CEDH, 24 juillet 2003, *Karner*, req. n° 40016/98 ; CEDH, 27 septembre 1999, *Smith and Grady*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96.

⁷⁴¹ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/41, § 99.

323. Toutefois, si les situations sont comparables, la Cour affirme que les différences de traitement au regard de l'accès au mariage doivent être interprétées à la lumière de la Convention dans son ensemble. Les requérants semblent, selon elle, prétendre que s'il n'est pas exclu dans l'article 12, le droit de se marier doit être déduit des articles 14 et 8 combinés, la Cour constate que : « *la Convention doit être lue comme un tout et ses articles doivent en conséquence être analysés en harmonie avec les autres* » ; « *au regard de la conclusion à laquelle la Cour est parvenue précédemment, à savoir que l'article 12 n'impose pas une obligation aux Etats contractants d'offrir aux couples de même sexe un accès au mariage, l'article 14 pris ensemble avec l'article 8, une disposition dont l'objet et la portée sont plus généraux, ne peuvent être interprétés non plus comme imposant une telle obligation* »⁷⁴². Autrement dit, l'article 12 n'imposant pas aux Etats de reconnaître le droit de se marier aux couples de même sexe, la Cour ne peut admettre la thèse des requérants selon laquelle pareille obligation peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8. La logique paraît imparable. Pourtant il manque quelque chose : le débat sur l'existence ou non d'une discrimination. Ce débat est escamoté, au nom d'une lecture globale de la Convention. La demande des requérants était en effet générale : le fond de l'argumentation portait sur la discrimination. L'invocation de l'article 12 tendait seulement à établir, à titre préalable, que le mariage ne devait pas être nécessairement réservé aux couples de sexe différent, ce qui ouvrait la voie à l'examen de la discrimination. L'articulation des trois textes aurait dû être la suivante : l'article 12 n'est pas réservé aux couples de sexe différent, mais rien n'impose aux Etats d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, étant précisé qu'une telle différence de traitement ne constitue pas une discrimination parce qu'elle repose sur des raisons objectives et raisonnables, etc....En quelque sorte, une lecture globale et cohérente de la Convention suppose que l'article 12 soit lu à la lumière des articles 8 et 14 (ou au moins que l'article 12 soit à la lumière de l'article 14) et non l'inverse.

324. Cette partie de la décision semble cependant avoir suscité l'unanimité. De fait, l'opinion dissidente ne porte pas sur ce point, mais sur celui de savoir si l'absence de tout moyen de reconnaissance légale pour les couples homosexuels constitue ou non une discrimination. MM. SCHALK et KOPF se plaignaient d'être discriminés dès lors qu'en tant que couple de même sexe il leur était refusé la possibilité de se marier et d'obtenir la reconnaissance légale de leur relation ce qui porterait atteinte à l'article 14 combiné avec l'article 8. Pour la Cour européenne des droits de l'homme cet argument a perdu une partie de son intérêt car l'Autriche a mis en place une forme de partenariat enregistré, en vigueur

⁷⁴² Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/41, § 101.

depuis le 1^{re} janvier 2010⁷⁴³. Une question alors se pose celle de savoir si l'Autriche aurait dû donner plus tôt aux intéressés un moyen de faire reconnaître leur relation ? La Cour souligne qu'il existe un consensus émergent en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe, mais que cette position n'est pas encore partagée par une majorité d'Etats : « *le domaine en question doit par conséquent être considéré comme un de ceux dont les droits sont en évolution, sans consensus établi, où les Etats disposent aussi d'une marge d'appréciation quant au moment d'introduire un changement législatif* »⁷⁴⁴. L'introduction du partenariat enregistré autrichien participe à la construction de ce consensus et « *bien qu'il ne soit pas à l'avant-garde, le législateur autrichien ne peut pas se voir reproché de ne pas avoir introduit plus tôt le partenariat enregistré* »⁷⁴⁵. La Cour souligne, en outre, que lorsqu'un Etat choisit d'accorder aux couples de même sexe une forme de reconnaissance telle que le mariage, il n'est pas tenu de leur conférer un statut analogue sur tous les points au mariage. Elle relève que : « *l'existence de différences notables en matière de droits parentaux entre le concubinage officiel (autrichien) et le mariage reflète pour une large part la tendance au sein d'autres pays membres.* » Dans le cas présent, la Cour refuse de se livrer à un examen détaillé du partenariat autrichien ; elle se contente de constater que les différences sont minimales en ce qui concerne les conséquences matérielles, mais qu'elles restent importantes au regard de la parenté.

325. La Cour en déduit que cette question : « *doit en conséquence continuer à être regardée comme un de ces droits évolutifs ne faisant pas l'objet d'un consensus et où les Etats doivent donc jouir d'une marge d'appréciation quant au moment où seront introduites des évolutions législatives* »⁷⁴⁶. En conséquence, elle estime que l'Etat requis ne semble pas avoir outrepassé sa marge d'appréciation dans ses choix. En d'autres termes, la Cour reconnaît la différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels mais elle refuse de la qualifier de discrimination au motif qu'il existe un consensus européen pour l'admettre. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'Autriche n'a pas violé l'article 12 de la Convention, ni l'article 14 combiné avec l'article 8, en n'autorisant pas MM. SCHALK et KOPF à se marier car le couple a pu faire reconnaître son union grâce à une loi sur le concubinage, lui conférant la plupart des droits et obligations des personnes mariées.

⁷⁴³ Ce Pacs autrichien homosexuel accorde à ses contractants presque les mêmes droits qu'aux couples hétérosexuels, à trois grosses exceptions près. Les couples gay et lesbiens ne peuvent pas se pacser en mairie et une fois leur union officialisée, ils n'ont droit ni à l'adoption homoparentale ni à la procréation médicalement assistée.

⁷⁴⁴ Réf. CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, req. n° 30141/41, § 105.

⁷⁴⁵ Réf. CEDH, 24 juin 2010, Schalk et Kopf c/ Autriche, req. n° 30141/41, § 106.

⁷⁴⁶ La Cour confirme cette prise de position dans son arrêt *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Unis* dans lequel elle prend soin de rappeler que dès lors qu'« il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel », il ne lui appartient pas « *de se substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre* ». V. CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Unis*, req. n° 22985/93 et n° 23390/94, précité.

L'arrêt *Schalk et Kopf* montre que la Cour européenne des droits de l'homme fait preuve de modération et de prudence dans l'interprétation de la Convention. Elle préfère, une nouvelle fois, se réfugier derrière l'absence de consensus ou d'une marge d'appréciation⁷⁴⁷ pour éviter d'affronter directement le problème. La Cour manque de courage pour affirmer que le mariage est, fondamentalement, l'union d'un homme et d'une femme ; que les Etats qui le souhaitent peuvent estimer juste et opportun d'en changer la définition, mais que ce choix ne peut être imposé aux autres Etats, qu'il y ait ou non consensus ; de courage pour reconnaître surtout, qu'il n'y a pas de discrimination à réserver le mariage aux couples de sexe différent, car il y a de solides raisons de le faire, même si d'autres Etats, pour des raisons politiques, font un choix différent. Prudemment, les juges de Strasbourg n'ont pas emprunté cette voie.

La possibilité ou non pour un couple homosexuel de constituer une famille homoparentale avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a ainsi fait l'objet d'un vif débat, expliquant très certainement le manque d'audace de la Cour compte tenu du caractère particulièrement sensible de cette question. En effet, la question de l'homosexualité brise le modèle familial traditionnel de nos sociétés occidentales et apparaît comme le révélateur d'une transformation sociologique en profondeur de la famille. La France reste en effet un pays très attaché à sa famille traditionnelle idéale : père, mère, enfant, autrement dit, la famille P.M.E. La famille homoparentale remet en cause ce triangle familial traditionnel français. C'est pour cette raison que la France a bloqué la constitution de la famille homoparentale avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe au profit de la protection de la famille traditionnelle française.

Section 2 - Le rejet de la famille homoparentale au profit de la famille traditionnelle française

326. Avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013, la question de la reconnaissance de la famille homoparentale, de manière plus générale, de l'homoparentalité, fait l'objet d'un vif débat politique, social, juridique et religieux au sein de notre société. Au cœur de ce débat, deux tendances se dégagent et s'affrontent en permanence : une tendance conservatrice, qui

⁷⁴⁷ Par exemple, dans l'arrêt *Fretté c/ France*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est également appuyée sur l'absence de consensus et la marge d'appréciation pour écarter toute discrimination sur le refus d'agrément opposé à M. Fretté en raison de son orientation sexuelle. V. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

reste très attachée à la conception traditionnelle de la famille française et se montre ainsi fermement en opposition à la reconnaissance de la famille homoparentale (§1), et une tendance progressiste, ouverte sur l'égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels qui manifeste clairement une position favorable à la reconnaissance de la famille homoparentale (§ 2).

§ 1 - La protection de la conception traditionnelle de la famille

327. Les tendances conservatrices manifestent leur position défavorable en s'appuyant sur la définition même de la famille française. C'est autour des origines de cette notion tirées à la fois de notre droit de la famille et de la filiation et de notre religion que va s'inscrire le rejet significatif de la famille homoparentale. La famille traditionnelle française est ainsi constituée de deux parents de sexes différents et de l'enfant. La famille homoparentale est de facto en totale contradiction avec le modèle familial « *hétérosexuel* » considéré comme un idéal qui s'est toujours justifié au nom de l'intérêt de l'enfant d'avoir comme parent un père et une mère pour se structurer physiquement et psychologiquement (A). Les textes internationaux et le droit français font consensus dans leur définition d'une conception traditionnelle de la famille (B).

A - Les origines françaises de cette protection

328. La famille homoparentale ne correspond pas à la définition traditionnelle de la famille française composée d'un père, d'une mère et d'un enfant. Le Code civil ne contient aucune définition de la famille, son article 213 se contentant par exemple d'affirmer que : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* », tandis que l'article 215 évoque le choix de la « *résidence de la famille* »⁷⁴⁸. Ces deux articles ne portent que sur les devoirs et les droits des époux. Le mot « *famille* » se retrouve sinon dans les articles relatifs au livret de famille, au conseil de famille ou au nom de famille. Il faut se reporter au Code de l'action sociale et des familles, dont le titre met l'accent sur la pluralité des formes familiales, pour trouver une énumération des familles reconnues par la loi⁷⁴⁹. En effet, dans son article L 211-1, le Code énonce les groupements de personnes susceptibles de composer les associations auxquelles est

⁷⁴⁸ Réf. Article 215 alinéa 2 du Code civil: « *La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord* ».

⁷⁴⁹ Notamment celles reconnues avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous.

reconnu le caractère d'associations familiales. Ce sont celles qui « *ont pour but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de toutes les familles, soit de certaines catégories d'entre elles et [...] regroupent : - des familles constituées par le mariage et la filiation ; - des couples mariés ou liés par un pacte de solidarité sans enfant ; - toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfant par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge effective et permanente (...)* »⁷⁵⁰.

329. Les deux premières catégories correspondent aux familles françaises traditionnelles⁷⁵¹. De ces définitions, il ressort clairement que le mot « *famille* », se définit par l'enfant, biologique ou adopté, et par les parents sous-entendus le père et la mère. Autrement dit, la notion de « *famille* » correspond à la famille PME traditionnelle française, c'est-à-dire : Père- Mère- Enfants⁷⁵². Le lien de famille est nécessairement juridique c'est-à-dire qu'il unit l'enfant et son parent désigné par la loi. Donc, pour que le couple et l'enfant forme une famille ce dernier doit pouvoir être rattaché juridiquement à chaque membre du couple. Ce qui n'est pas le cas, pour le couple homosexuel car s'il y a enfant, ce dernier ne serait juridiquement que rattaché à son parent biologique ou parent adoptant.

330. Le droit actuel français de la famille repose en effet sur le principe de prédominance de la vérité biologique des filiations⁷⁵³. Le mouvement vers l'égalité des filiations, qui se traduit par la réduction progressive des différences de traitement entre les enfants, selon qu'ils sont nés de parents mariés ou non mariés, a commencé par la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation. Cette loi a permis la reconnaissance par son père d'un enfant adultérin. Ce mouvement s'achève par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, qui pose le principe d'égalité dans l'établissement des modes de filiations qu'elles soient légitimes ou naturelles⁷⁵⁴. La promotion du principe d'égalité des filiations est allée de

⁷⁵⁰ L'article L. 211-1 du Code de l'action sociale et des familles a été depuis modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 comme suit pour reconnaître la famille homosexuelle: 1° Au deuxième alinéa, après le mot : « *mariage* », sont insérés les mots : « *ou le pacte civil de solidarité* » ; 2° Au troisième alinéa, après le mot : « *mariés* », sont insérés les mots : « *ou liés par un pacte civil de solidarité* ».

⁷⁵¹ La troisième, introduite en 1975, est censée couvrir la diversification des formes familiales en intégrant dans le champ des associations familiales celles qui regroupent des parents vivant seuls avec leurs enfants ou des familles constituées hors du mariage. Ces personnes doivent avoir à la fois un lien juridique avec les enfants (lien de filiation légitime, naturelle ou adoptive, exercice de l'autorité parentale ou tutelle) et leur charge.

⁷⁵² V. R. NEUBERGER, thérapeute familial, « Les territoires de l'intime », Odile Jacob, 2000.

⁷⁵³ Il existe, selon S. CADOLLE, sociologue auditionnée dans le cadre de la mission parlementaire sur « les nouvelles formes de parentalité et le droit » : « *d'une part une représentation naturaliste fondée sur l'engendrement et le lien du sang, impliquant représentation naturaliste fondée sur l'engendrement et le lien du sang, impliquant l'utilisation de techniques de recherche de paternité. D'autre part, on trouve une valorisation extrême des liens librement choisis, fondés sur la volonté, comme dans l'adoption ou l'IAD (Insémination artificielle avec sperme de donneur), ou sur les sentiments. Les liens du cœur sont tissés dans le temps comme dans certaines recompositions familiales ou certains placements d'enfants* ».

⁷⁵⁴ Cette ordonnance a été ratifiée par une loi 2009-61 du 16 janvier 2009 qui modifie encore quelques points du droit de la filiation. Cette loi 2009-61 de 2009 n'a pas été une réforme d'ampleur, le législateur a simplement saisi l'occasion de la ratification pour rapporter quelques précisions et éclaircissements. Elle a retranscrit dans le

pair avec celle du principe de vérité biologique. Dans l'idéal, la filiation juridique d'un enfant doit correspondre à sa filiation réelle, biologique de préférence, sociologique sinon⁷⁵⁵. L'ordonnance du 4 juillet 2005 va ainsi dans le sens d'un renforcement de l'importance du lien biologique. Ainsi, selon l'article 311-25 du Code civil⁷⁵⁶, la simple désignation de la mère dans l'acte de naissance devient un mode d'établissement généralisé de la filiation avec l'enfant. L'idée qui prédomine est que le parent biologique (le parent qui a donné naissance à l'enfant) est le même que le parent légal (le parent désigné par la loi) et que le parent social (le parent qui élève l'enfant). Il s'agit encore une fois du modèle familial type « PME » (Père-Mère-Enfants).

331. La famille homoparentale heurte donc la conception française de la filiation selon laquelle chaque enfant est exclusivement issu d'un homme et d'une femme : c'est le primat de la filiation biologique. Cette primauté de la vérité biologique élaborée par le droit français a bloqué la reconnaissance des familles homoparentales. Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, le droit de la famille et le droit de la filiation sont fondés sur la conception traditionnelle de la famille française ce qui justifie l'opposition à la reconnaissance juridique de la famille homoparentale en France. De même, la religion vient incontestablement conforter la conception traditionnelle de la famille française. La religion majoritaire en France est le catholicisme. La famille traditionnelle française est donc avant tout la famille catholique, composée d'un homme et d'une femme avec des enfants⁷⁵⁷. Par ailleurs l'ancrage de la religion catholique à notre histoire politique et sociologique la place - davantage que les autres religions - en contact avec la société civile. L'organisation même de la religion catholique sous la forme d'un clergé structuré s'exprimant d'une seule voix donne à sa parole,

Code civil les conséquences de la réforme sur la filiation notamment en matière d'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance, d'harmonisation des conditions d'établissement de la filiation maternelle, de définition du point de départ des délais pendant lesquels la possession d'état d'un enfant peut être constatée ou contestée et de la mise en œuvre de nouveaux délais de prescription. La principale modification apportée par la n° 2009-61 concerne l'abrogation de la disposition transitoire qui limitait le bénéfice de la déclaration de changement de nom devant l'officier de l'état civil aux seuls enfants nés depuis le 1er janvier 2005 (abrogation du 5° du II de l'article 20 de l'ordonnance). Il en résulte que la déclaration de changement de nom prévue par l'article 311-23 alinéa 2 du Code civil est désormais ouverte aux parents d'enfants mineurs nés avant le 1er janvier 2005. De plus, l'article 315 du Code civil est modifié pour permettre au mari dont la présomption de paternité a été écartée, de reconnaître l'enfant. Il est aussi à noter que la loi supprime la fin de non-recevoir de l'action en recherche de maternité tenant à la décision de la mère d'accoucher sous X, sans remettre en cause la possibilité, pour la mère, de demander la préservation du secret de son admission à la maternité et de son identité.

⁷⁵⁵ Cette vérité biologique n'a été rendue possible que récemment car à l'époque du Code Napoléon l'état de la science ne permettait pas de fonder un droit de la filiation sur la réalité biologique. Ceci explique l'importance donnée à la possession d'état et aux présomptions légales dans le Code de 1804. Lors du vote de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, les données médicales ne permettaient toujours pas de consacrer pleinement le principe de vérité biologique. Il en est autrement aujourd'hui puisqu'il est maintenant possible de démontrer que tel homme est le père de tel enfant avec un risque d'erreur quasiment nul.

⁷⁵⁶ L'article 311-25 du Code civil prévoit : « *La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant* ».

⁷⁵⁷ Les positions religieuses n'ont cependant pas empêché des avancées en droit de la famille comme le divorce ou l'avortement.

notamment lors de débats sur des sujets de société, une présence que n'ont que plus marginalement les autres religions. Les questions nouvelles touchant à la famille sont nécessairement saisies par la religion. C'est donc le cas de l'homoparentalité. Le rejet de la famille homoparentale par l'Eglise de façon générale, et de l'homosexualité de façon plus précise, s'analyse, entre autre, sous deux angles : l'étude des textes sacrés, en premier lieu, et la position de l'Eglise, en second lieu.

332. Le judaïsme est la première religion à poser les bases de l'interdit de la relation homosexuelle. La Bible hébraïque – appelé Ancien testament dans la tradition chrétienne et qui par conséquent constitue une base commune avec la religion juive - évoque peu l'homosexualité dans les textes qui la compose. Trois textes répondent néanmoins à cette exigence de déterminer la position des religions, en tout cas juives et chrétiennes, à l'égard de l'homosexualité : les interdictions du Lévitique ; Sodome et Gomorrhe (souvent cité pour exprimer la pensée juive et chrétienne à l'égard de l'homosexualité) et enfin les versets consacrés à David et Jonathan, texte plus difficile à interpréter. Dans le Lévitique, figure cet interdit : « *Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme. C'est une abomination* »⁷⁵⁸. Ou encore : « *Si un homme couche avec un homme comme on couche avec une femme, ils ont fait tous deux une chose abominable ; ils seront punis de mort : leur sang retombera sur eux* »⁷⁵⁹. Sodome et Gomorrhe sera utilisé dès le IIIe siècle pour condamner l'homosexualité, au point que les homosexuels seront appelés *sodomites*. L'Ancien Testament décrit les crimes de la ville de Sodome et le châtement qui lui a été infligé : « *Dieu, alerté par le cri contre Sodome, dont le péché est énorme, est résolu à détruire la ville pour punir ses habitants (Genèse 18 :20-21). Il envoie alors deux anges vérifier si le « péché » est avéré. Ces anges arrivent à Sodome et Loth, le neveu d'Abraham, les invite à loger chez lui. Tous les hommes de la ville entourent la maison de Loth en demandant qu'il leur livre les deux étrangers pour qu'ils les « connaissent » (Genèse 19 :5). Dans ce passage, les habitants de Sodome disent à Loth : « Où sont les hommes qui sont venus chez vous cette nuit ? Amenez-les nous pour que nous les connaissions ».* En fait, la traduction communément admise pourrait être *abuser*, voire *pénétrer* plutôt que connaître. En effet, dans la suite du texte, Loth proposera ses filles à la place des hommes, laissant comprendre qu'il s'agissait bien d'une connaissance charnelle. Convaincu de leur crime, Dieu détruit la ville par *le soufre et le feu* » en même temps que la cité voisine de Gomorrhe⁷⁶⁰. Dans les versets liés à

⁷⁵⁸ Le lévitique 18.22.

⁷⁵⁹ Le lévitique 20.13.

⁷⁶⁰ Le récit raconte : « Le soleil se levait sur la terre quand Lot entra dans le Tsoar. Alors l'Éternel fit tomber sur Sodome et sur Gomorrhe une pluie de soufre et de feu ; ce fut l'Éternel lui-même qui envoya du ciel ce fléau. Il détruisit ces villes et toute la plaine, et tous les habitants de ces villes. La femme de Lot regarda en arrière, et elle devint une statue de sel. Abraham se leva de bon matin et se rendit à l'endroit où il s'était tenu en présence de l'Éternel. De là, il tourna ses regards du côté de Sodome et de Gomorrhe et vers toute l'étendue de la plaine; et il

l'histoire de David et Jonathan, ce dernier est le fils du roi Saül et ami intime de David, alors courtisan, et futur roi. Les interprétations divergent. Des exégètes ont considéré que ce texte n'avait rien à voir avec l'homosexualité et que ce n'était qu'une amitié très forte, argumentant que David était aussi intéressé par les femmes. Pour d'autres, il s'agit véritablement d'une histoire d'amour. Pour autant, de très nombreux Chrétiens refusent de la voir comme telle car ils n'envisagent pas que la Bible puisse évoquer de façon positive une histoire d'amour homosexuelle. Le texte en lui-même n'est pas toujours très explicite et rend la question difficile à trancher⁷⁶¹. Ces trois textes présentent l'homosexualité comme un mode de vie condamnable et répréhensible, voire contre nature.

333. Au-delà des textes, l'Église catholique a une position assez claire sur l'homosexualité. Elle accueille les personnes homosexuelles en son sein mais ne tolère pas la pratique de relations homosexuelles. La distinction entre actes homosexuels et personnes homosexuelles est introduite dans la déclaration du Vatican « *Persona Humana* », publiée en 1976. HENRI TINCQ, journaliste au Monde et spécialiste du catholicisme, résume la position du Vatican : « *Le pape Benoît XVI, comme le pape Jean Paul II, a toujours dit que l'homosexualité était un comportement sexuel contre nature et contre la loi de Dieu. Je vous rappelle que l'homosexualité est interdite dans la Bible et dans toutes les religions, comme contraire à l'ordre voulu par le Créateur, qui a créé un homme et une femme. Mais le pape Benoît XVI, comme son prédécesseur et comme toute l'Église catholique, a toujours ajouté qu'il fallait respecter les homosexuels. La réponse est donc : non à l'homosexualité, mais respect des homosexuels* »⁷⁶².

334. Concernant le mariage homosexuel, la religion catholique s'exprime dans le canon 1906 du Code canonique de 1983 qui dispose expressément : « *le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme, ordonnée pour la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à*

vit monter de la terre une fumée, semblable à la fumée d'une fournaise ». Certain exégètes refusent néanmoins cette traduction là. Bien que ce texte ait été fréquemment utilisé pour condamner les pratiques homosexuelles, il peut aussi être interprété comme une condamnation sévère du viol.

⁷⁶¹ Premier livre de Samuel « (18.1) *David avait achevé de parler à Saül. Et dès lors l'âme de Jonathan fut attachée à l'âme de David, et Jonathan l'aima comme son âme* ».

⁷⁶² Une intervention de Monseigneur RICARD, Archevêque de Bordeaux, éclaire particulièrement la position de l'Église actuellement : « *Même s'il y aura toujours une distance entre l'expression des valeurs d'une société et ce qu'en codifie la loi civile, celle-ci doit renvoyer à la symbolique, à la culture et à la vision de l'homme dont cette société est porteuse. Or, sur ce point, notre société ne saurait mettre sur le même plan l'union d'un homme et d'une femme, ouverte sur la naissance de nouveaux êtres, avec celle de deux semblables, qui ne l'est pas. Et, si notre société donne tant d'importance au mariage d'un homme et d'une femme, ce n'est pas simplement pour prendre acte de la constitution d'un couple (dans ce cas, pourquoi alors le refuser socialement aux personnes homosexuelles ?) mais c'est parce que le mariage assure également le renouvellement des générations, la lisibilité de la filiation et de la parenté et apporte de la sécurité aussi bien aux adultes qu'aux enfants issus de leur union, ce qui n'est pas le cas d'une union entre personnes du même sexe* ». V. « *JMJ de Cologne : vers une génération Benoît XVI ?* », *Le Monde*, 16 août 2005.

engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle ». Le mariage est donc inconciliable avec l'idée même de la famille homoparentale⁷⁶³. En effet, la religion catholique n'envisageant les relations charnelles que dans le cadre du mariage entre un homme et une femme, la constitution de la famille homosexuelle est un schéma impensable. PIERRE d'ORNELLAS, évêque catholique français, membre de la Commission doctrinale des évêques de France et directeur de l'Ecole cathédrale du diocèse de Paris a exprimé les réserves de l'Eglise sur la question de l'adoption d'enfants par des couples homosexuels : « *Ce débat, dit-il, serait l'expression d'un manque de respect de notre société à l'égard de l'enfant, qui devrait avoir le droit à un père et une mère* ». Ce droit de l'enfant d'avoir un père et une mère a d'ailleurs été réaffirmé par l'Eglise à l'occasion de l'Assomption du 15 août 2012. Le cardinal André Vingt-Trois a envoyé à ses fidèles un plaidoyer sous la forme d'une prière universelle contre la légalisation du mariage homosexuel annoncée à l'époque par le nouveau Gouvernement de M. JEAN-MARC AYRAULT⁷⁶⁴.

335. Si la position de l'Eglise est tranchée sur la constitution de la famille homoparentale, il est possible de déceler une ouverture progressiste à l'égard des homosexuels. L'existence d'une association homosexuelle chrétienne, *David et Jonathan*, dont les prises de position en faveur de la famille homoparentale témoigne d'un espoir de reconnaissance. L'émergence d'églises inclusives « gay friendly »⁷⁶⁵ s'adressant à toute

⁷⁶³ L'Archevêque poursuit alors sur la question de l'adoption par un couple homosexuel : « *Certains objecteront qu'il devrait y avoir possibilité d'adoption pour des personnes homosexuelles. Si le mariage concerne tant la filiation, on ne sera pas surpris que cette question de l'adoption arrive très vite dans le débat. Or, il faut le dire : un enfant qui est né de l'union d'un homme et d'une femme a besoin d'un père et d'une mère. Pour structurer sa propre personnalité, il faut qu'interviennent auprès de lui image paternelle et image maternelle. Répondre qu'il suffit qu'un enfant se sente aimé n'est pas satisfaisant. L'enjeu éducatif est autrement exigeant. Et, il faut aussi savoir dans quelle structure relationnelle un enfant doit être placé pour se développer. Le bien de l'enfant doit primer sur le désir d'enfant de ceux qui souhaiteraient être « parents ».*

⁷⁶⁴ Cette prière appelle à prier pour « *ceux qui ont été récemment élus, pour que leur sens du bien commun de la société l'emporte sur les requêtes particulières* ». Pour « *que les familles en attente légitime d'un soutien de la société ne soit pas déçues* », et « *pour que les enfants cessent d'être les objets des désirs et des conflits des adultes pour bénéficier pleinement de l'amour d'un père et d'une mère* ». L'ouverture du mariage aux homosexuels était donc dénoncée par la prière ce qui a suscité la colère de nombreuses associations gays et lesbiennes, d'une part, et divisée l'Eglise, d'autre part. Pour les associations, ce message intervenait quelques semaines avant le débat sur le mariage et l'adoption des personnes homosexuelles, une promesse de campagne de François Hollande, est un moyen pour l'Eglise de faire entendre sa voix. Un militantisme dont certains évêques ne s'étaient pas cachés. Ainsi, Mgr Bernard HOUSET, évêque de La Rochelle-Saintes qui présidait le 139e Pèlerinage national de Lourdes, avait précisé devant la presse que l'on « *ne pouvait pas confondre le mariage d'un homme et d'une femme et l'union de deux personnes homosexuelles* », insistant sur la notion d'altérité nécessaire pour donner la vie. Sur la question de l'adoption, il alerté face au risque que l'enfant devienne « *un objet qui se marchandise* », mais il avait insisté sur « *l'importance de la lutte contre l'homophobie* ». V. « *Assomption : la prière universelle fâche les associations gays et lesbiennes* », *L'Express*, 15 août 2012.

⁷⁶⁵ Peu nombreuses en France, ce sont des Eglises chrétiennes libres qui s'adressent prioritairement aux personnes LGBT (lesbiennes, gays, bisexuel (le)s et transgenres), bien qu'elles soient ouvertes à toute (s). Elles sont parfois affiliées à une confédération d'Eglises dont la plus importante (près de 70.000 sympathisants dans le monde) est la Metropolitan Community Church, créée par un pasteur baptiste américain. Leur approche spirituelle se mêle souvent de militantisme. La plus importante congrégation de ce type d'Eglise est située aux Etats Unis. Il s'agit de la Cathédrale de l'Espérance (Cathedral of Hope), qui dispose d'un site web fort riche (en anglais). En France, on trouve quelques Eglises de ce type, essentiellement à Lille (Eglise Alliance) ou dans le Sud de la France (Eglise MCC Provence-Languedoc). Elles sont acquises à la cause gay, d'autant plus qu'elles sont

personne sans exception, qu'elle soit gay, lesbienne, bisexuelle, transsexuelle ou même hétérosexuelle, témoigne de ce mouvement, certes timide, mais réel. La déclaration du pape François sur l'homosexualité, prononcée le 29 juillet 2013, dans l'avion qui le ramenait de Rio a surpris par la nouveauté de ton: « *On écrit beaucoup sur ce lobby gay. Je ne l'ai pas encore trouvé. Je n'ai encore rencontré personne au Vatican qui me montre sa carte d'identité avec écrit "gay". On doit distinguer le fait d'être homosexuel, et le fait de faire partie d'un lobby, car les lobbies ne sont pas bons. Si une personne est homosexuelle, qui suis-je pour la juger? Le problème n'est pas d'avoir cette tendance, nous devons être frères. Le problème est de faire des lobbies, lobbies des affaires, lobbies politiques, lobbies des francs-maçons, c'est cela le problème le plus grave* ». «*Si une personne est homosexuelle, qui suis-je pour la juger ?* »⁷⁶⁶ Cette phrase du pape a été immédiatement relevée comme nouvelle et positive par des associations gays aux Etats-Unis. On est loin de la dénonciation du « *crime contre nature qui crie vengeance à la face de Dieu* », du pape PIE X en 1910. Pour autant, le pape François ne met pas un terme à l'historique conflit entre l'Eglise et la population homosexuelle, mais sa déclaration dénote une bienveillance de ton et une compréhension inconnues à ce jour au sommet de la hiérarchie catholique.

Mais la tendance conservatrice française à protéger la conception traditionnelle de la famille reste dominante et elle est même confortée au plan international.

B - Une protection française confortée par le droit international

336. Les droits de l'homme sont portés par de nombreux textes internationaux et européens dont la valeur et le statut dans l'ordre juridique sont variables mais qui témoignent tous de ce que la protection de la famille est une préoccupation fondamentale et universelle des systèmes promouvant les droits de l'homme⁷⁶⁷. Les conceptions des personnes et surtout de la famille sont considérées dans plusieurs textes internationaux et européens qui influencent fortement le droit français et le confortent notamment dans sa conception traditionnelle de la famille en tant que telle. Dans ce corpus de textes internationaux figurent la déclaration des droits de l'enfant de 1924⁷⁶⁸, la Convention de New-York relative aux droits

en général dirigées par des gays et lesbiennes.

⁷⁶⁶ V. « Ce que le pape François a dit aux journalistes dans l'avion », *La Croix*, 29 juillet 2013.

⁷⁶⁷ V. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, 2015.

⁷⁶⁸ La Déclaration des droits de l'enfant dite la déclaration de Genève a été proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies le 20 novembre 1959 dans sa résolution 1386 (XIV). Cette déclaration de droits, ne prendra jamais force légale mais reste dans l'histoire des droits de l'enfant.

de l'enfant du 20 novembre 1989⁷⁶⁹ et la Convention de La Haye sur la protection des enfants ainsi que la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993⁷⁷⁰. Enfin, l'article 23 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 énonce que « *le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme* ». Il ressort de ces textes que la famille est formée d'un père et d'une mère, l'enfant a droit à une famille⁷⁷¹ et que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être garanti par la Société⁷⁷². Les droits universels de l'Homme définissent alors les parents comme l'union d'un homme et d'une femme formant une famille avec leurs parents. Par conséquent, le couple homosexuel ne peut être parent et de surcroît former une « *famille homoparentale* » puisqu'il ne peut pas avoir d'enfants. Ensuite, l'enfant doit avoir pour parent un père et une mère. La famille hétérosexuelle est en effet pour l'enfant la condition de « *l'épanouissement harmonieux de sa personnalité* »⁷⁷³. De plus, certains enfants sont orphelins ou abandonnés c'est-à-dire qu'ils se retrouvent sans famille. Le

⁷⁶⁹ La Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), ou Convention relative aux droits de l'enfant, est un traité international adopté par l'Assemblée générale des Nations unies, le 20 novembre 1989. C'est aussi un traité international adopté par l'ONU en 1989 dans le but de reconnaître et protéger les droits spécifiques des enfants. Élargissant aux enfants le concept de droits de l'homme tel que prévu par la déclaration universelle des droits de l'homme, elle introduit le concept d'intérêt supérieur de l'enfant, principe général d'interprétation juridique relevant du droit international privé et consacrant le passage de l'enfant d'objet de droit à sujet de droit. La CIDE est aussi appelée Convention relative aux droits de l'enfant. Elle constitue l'aboutissement d'un long processus international engagé en 1923 par l'Union internationale de secours aux enfants, qui adopte la déclaration de Genève ensuite adoptée en 1924 par la Société des Nations. C'est en 1959, onze ans après l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'Homme, que l'Assemblée générale des Nations unies adopte la première déclaration des droits de l'enfant, qui donnera lieu, trente ans plus tard en 1989, au texte actuel rédigé à l'initiative de la Pologne dès 1978 sur le fondement des idées du pédiatre polonais, le Dr. Janusz Korczak. Elle se complète de protocoles facultatifs que les États partie à la convention sont libres de ratifier, ou non. Le suivi régulier de l'application de la convention et des protocoles facultatifs est assuré par le comité des droits de l'enfant placé auprès du Haut commissariat des Nations unies aux droits de l'Homme. En l'honneur de cette Convention est organisée tous les 20 novembre, la journée internationale des droits de l'enfant.

⁷⁷⁰ La Convention de la Haye du 29 mai 1993 porte sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Cette convention a pour objet selon son article premier : d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international ; d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants ; d'assurer la reconnaissance dans les États contractants des adoptions réalisées selon la Convention. Elle rappelle que les enfants doivent être en priorité élevés dans leur famille ou adoptés dans leur propre pays.

⁷⁷¹ Réf. Article 7, §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant : « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

⁷⁷² Réf. Principe 2 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1924 : « *L'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante* » ou encore l'article 1 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 prévoit : « *d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international* ».

⁷⁷³ Réf. Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989.

droit ne les exclus pas car l'intérêt de l'enfant est toujours considéré de manière primordiale⁷⁷⁴. En effet, la déclaration du 3 décembre 1986 sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants dispose dans son article 4 que si l'enfant ne peut être élevé par ses parents naturels, il faut envisager de le confier à une « *autre famille de remplacement* ». Pour déterminer cette famille de remplacement, l'article 20 de la Convention de New York déclare qu'il soit « *dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique* ». Cette obligation de continuité entre la famille de l'enfant et celle de remplacement qui lui est garantie, signifie la reconstitution d'une cellule formée d'un père et d'une mère. Le couple homosexuel, étant incapable naturellement d'engendrer un enfant commun, ne peut alors constituer cette nouvelle cellule familiale de remplacement. Enfin, le lien de filiation ne peut unir l'enfant qu'à l'égard de son parent biologique ou légal. Ainsi, en l'absence de lien de sang ou de droit à l'égard des deux membres du couple, l'enfant ne peut être juridiquement rattaché qu'à un seul d'entre eux. En conséquence de quoi, le groupe familial est constitué du parent légalement reconnu et de l'enfant à l'exception de l'ami du parent puisque juridiquement il n'existe pas.

337. Dans l'espace européen, le texte le plus sollicité est sans aucun doute la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷⁷⁵. Le nombre des articles de la Convention concernant la famille où les rapports de l'individu dans sa famille servent de points d'ancrage souvent invoqués par le législateur français et la jurisprudence française pour défendre sa conception traditionnelle de la famille. La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui en découle ont une grande influence sur le droit français de la

⁷⁷⁴ La Convention internationale de l'enfant des droits de l'enfant énonce dans l'article 3 : « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant* ». Cet intérêt doit être dans ce sens une considération supérieure à toute autre.

⁷⁷⁵ V. F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

famille⁷⁷⁶. Il n'existe pas en droit européen de définition de la famille⁷⁷⁷, pas de modèle juridique familial européen, ni au singulier, ni au pluriel, mais en revanche des droits et libertés reconnus aux individus à partir desquels seraient construites diverses formes de relations familiales. C'est ainsi qu'il n'existe pas de modèle familial unique, mais des relations familiales « *modélisées* » « *par des principes communs* »⁷⁷⁸. C'est dans cette optique que la Convention européenne des droits de l'homme consacre néanmoins des droits familiaux comme le droit de se marier ou de fonder une famille (article 12) et le droit au respect de sa vie privée et familiale (article 8) livrant quelques pistes directrices de définitions d'un modèle familial sur lesquelles le droit français s'appuie pour protéger sa conception traditionnelle de la famille.

338. L'article 12 se limite, dans un premier temps, à énoncer le droit de l'homme et de la femme, à partir de l'âge nubile, de se marier et de fonder une famille⁷⁷⁹. La référence

⁷⁷⁶ La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la CEDH sont un des moteurs actifs de la transformation du droit français de la famille. Par exemple, pour la discrimination successorale dont était victime l'enfant adultérin a précipité une réforme des successions prèle depuis la fin des années quatre-vingt, aboutissant au vote de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral. V. CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, req. n° 34406/97 ; l'accouchement anonyme a été réformé par la loi la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État devant la crainte de voir la France condamnée pour sa législation dans une affaire portée devant la CEDH. V. Dans ce sens. V. CEDH, 13 février 2003, *Odièvre*, req. n° 42326/98, de la même façon c'est depuis une condamnation de la France par la CEDH en 2008, que les agréments sont délivrés par les conseils généraux aux personnes homosexuelles, candidates célibataires à une adoption individuelle. V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, obs. Royer, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam*, n° 3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, *Gaz. pal.* 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK, précité.

⁷⁷⁷ Il en effet difficile de définir la famille et il n'y guère surprenant que les juges européens ne s'y soient pas essayé. Les sociétés actuelles se caractérisent par une pluralité des modèles familiaux et les juges européens, parce que la Convention européenne des droits de l'homme est un « *instrument vivant* », ne pouvait pas ne pas prendre en considération cette réalité.

⁷⁷⁸ V. H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familiale européen ? », *Defrénois* 2005, 38239, p. 1461, spéc. p. 1463. « *Il n'existe peut-être pas de modèle familial européen, mais des relations familiales reconnues et protégées en ce qu'elles mettent en cause les droits et libertés individuels ce qui est premier n'est pas la famille, en tant que groupe, mais individu, dans ses droits et libertés* ».

⁷⁷⁹ L'article 12 vise bien le mariage d'un « *homme* » et d'une « *femme* ». Mais cet article vise à la fois le droit de se marier et de fonder une famille et ces deux éléments ne sont pas liés. La Cour dissocie droit de se marier et droit de fonder une famille, relevant à juste titre que : « *l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier* ». V. CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Unis*, req. n° 28957/95, *D.* 2003. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT ; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.P. MARGUENAUD, *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité. Le juge européen rappelle néanmoins que le droit de fonder une famille « *ne se conçoit guère sans celui de vivre ensemble* » et que l'article 12 exige que préexiste un couple « *et ne saurait être interprété comme incluant le droit d'adopter pour une personne célibataire* ». Le droit de se marier n'est donc pas subordonné à la possibilité de fonder une famille. V. dans ce sens : CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, précité ; et CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité. La Cour européenne des droits de l'homme refuse aussi de transformer le droit de fonder une famille en simple « *instrument de réalisation de choix individuels* », *id est* : de protéger et garantir le seul désir de fonder une famille : le « *droit à une famille* » et non plus le « *droit de fonder une famille* », qui forcerait

expresse de la différence de sexe dans le droit de se marier conforte le législateur français dans sa conception traditionnelle hétérosexuelle de la famille et sa finalité procréatrice du mariage sur laquelle il a voulu insister pour constituer la famille en tant que telle⁷⁸⁰. Et même si la jurisprudence européenne a assoupli cette exigence d'une différence de sexe entre les membres du couple en reconnaissant le mariage aux transsexuels, l'article 12 n'impose pas d'ouvrir le mariage aux homosexuels⁷⁸¹. Dès lors, « *en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé* » et malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens autorisant le mariage homosexuel⁷⁸², l'article 12 n'impose pas une obligation à l'Etat de reconnaître aux homosexuels le droit de se marier. Les Etats jouissent donc en la matière d'une marge d'appréciation⁷⁸³, et ce, d'autant plus que, l'article 12 ne leur interdit pas, par ailleurs, d'autoriser le mariage entre personnes du même sexe, ainsi que le permet, au demeurant, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La position de la Cour conforte ainsi le législateur français qui demeure libre d'accorder un statut spécial au

notamment les Etats à ouvrir l'adoption et les techniques de procréation médicalement assistée aux couples, mariés ou non, de même sexe. V. Dans ce sens : M.-T MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, sous la dir. de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, LGDJ, 1996, p.179 et s. Mais, là encore, qu'en sera-t-il demain ? V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 et 2.

⁷⁸⁰ Cette conception de la famille traditionnelle se retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « *l'article 12 de la Convention consacre la notion traditionnelle de mariage entre un homme et une femme. Certains Etats contractants ont certes étendu le mariage à des personnes du même sexe, mais cela reflète leur propre vision du mariage dans la société et ne découle pas d'une interprétation du droit international tels que les Etats contractants l'ont énoncé en 1950* ». V. CEDH, 28 novembre 2006, *Parry c/ Royaume-Unis*, n° 42971/05, précité. V. Aussi dans ce sens : CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A, n° 106, *JDI* 1987, p. 786, précité, où la CEDH a estimé que l'article 12 de la Convention devait être interprété « *comme protégeant en tant que fondement de la famille* ».

⁷⁸¹ La Cour européenne a longtemps refusé de reconnaître le droit au mariage d'un transsexuel, au motif que : « *... en garantissant le droit de se marier l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. (...) le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille* ». V. Dans ce sens : CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A, n° 106, *JDI* 1987, p. 786 et CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham*, req. n° 22985/93 et 23390/94, précité. Par son arrêt *Goodwin*, la Cour procède à une relecture des termes mêmes de l'article 12 « *l'homme et la femme ont le droit de se marier* », qui la conduit à considérer que ces termes n'impliquent plus que le texte doit être déterminé « *selon des critères purement biologique* » et à reconnaître le droit de se marier aux personnes qui ont changé de sexe ce qui justifie de ne pas reconnaître ce droit aux personnes homosexuelles de se marier. V. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, *D.* 2003. 2032, note A.S. CHAVENT-LECERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, 782, obs. J. HAUSER, 862, obs. J.P. MARGUENAUD, *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité.

⁷⁸² Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couple de même sexe sur les 47 pays membres du Conseil de l'Europe 8 pays européens seulement ont ouvert le mariage pour tous : Pays-Bas (2001) ; Belgique (2003) ; Espagne (2005) ; Danemark (2012) ; Suède (2009) ; Portugal (2010) ; Norvège (2009) et l'Islande (2010). Ce faible consensus européen en la matière montre que la conception de la famille traditionnelle comme étant l'union d'un homme et d'une femme domine au sein de l'union européenne malgré quelques signes d'évolution. Ce qui conforte une fois de plus à cette époque là le législateur français dans sa fermeture au mariage homosexuel dans la mesure où la CEDH, s'appuyant sur l'absence d'un consensus en la matière, souligne que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier les besoins sociaux en la matière et pour y répondre, « *le mariage ayant des connotations sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre* ». V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F. SUDRE ;*D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

⁷⁸³ Réf. CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, req.n° 56501/00, précité.

mariage⁷⁸⁴, y compris en le réservant exclusivement au couple hétérosexuel, ce qu'il fait sans violer pour autant les dispositions de la Convention⁷⁸⁵.

339. L'article 8 vise dans un second temps la notion de « *vie privée* » et « *vie familiale* » à laquelle les juges européens entendent assurer une protection efficace. Il n'existe pas de définition exhaustive de la notion de vie privée⁷⁸⁶, mais il s'agit d'une notion large⁷⁸⁷. D'une manière générale, depuis la décision de la Commission, *X. c/ Irlande du 13 mai 1976*⁷⁸⁸, il est établi que le droit au respect de la vie privée inclut : « *le droit d'établir et entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité*⁷⁸⁹ ». De manière plus spécifique, en ce qui concerne les affaires portant sur les questions d'orientation sexuelle, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le droit au respect de la vie privée englobe notamment « *la vie sexuelle* » et qu'elle en constitue l'un de ses aspects les plus intimes⁷⁹⁰. Elle doit donc être protégée en tant que telle et sanctionnée, l'atteinte qui lui est faite, sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Dans cette optique, le droit français se conforme à la protection européenne de la vie sexuelle des personnes de même sexe en assurant la protection et les sanctions en cas de violation de celle-ci⁷⁹¹. Plus précisément, il importe de

⁷⁸⁴ Pour la Cour, le législateur français est en droit d'accorder un statut spécial au mariage et de le refuser ainsi à d'autres formes de vie de couple, entre autres, les relations de couples homosexuelles reconnues par le pacs ou le concubinage sans violer les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

⁷⁸⁵ L'interdiction du mariage homosexuel posé par le droit interne ne porte pas ainsi atteinte au principe de non-discrimination de l'article 14 de la Convention car la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle se trouve légitimée et justifiée par la fonction traditionnelle du mariage c'est-à-dire la procréation, la fondation d'une famille.

⁷⁸⁶ V. CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, série A n° 251-B.

⁷⁸⁷ V. CEDH, 28 janvier 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*, n° 44647/98 et CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, req. n° 2346/02.

⁷⁸⁸ V. CEDH, 13 mai 1976, *X c/ Islande*, n° 6825/74, D&R n° 5, p. 86.

⁷⁸⁹ La vie privée comprend le droit d'établir et de nouer des relations avec ses semblables et le monde extérieur, l'intégrité physique et psychologique ou morale d'une personne, y compris le traitement médical et les examens psychiatriques ainsi que la santé mentale, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (par exemple, le droit à obtenir des informations pour découvrir ses origines et l'identité de ses géniteurs) ; en ce qui concerne la saisie de documents nécessaires pour prouver son identité ; le nom et le prénom des personnes physiques ; le statut marital d'une personne en tant que partie intégrante de l'identité personnelle et sociale de celle-ci. V. Dans ce sens : CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, série A n° 251-B, précité ; CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*, n° 8978/80 ; CEDH, 9 mars 2004, *Glass c/ Royaume-Uni*, req. n° 61827/00 ; CEDH, 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, req. n° 44599/98 ; CEDH, *Mikulic c/ Croatie*, req. n° 53176/99 ; CEDH, *Smirnova c/ Russie*, req. n° 46133/99 et n° 48183/99 ; CEDH, *Mentzen c/ Lettonie*, req. n° 71074/01 et CEDH, 20 juillet 2010, *Dadouch c/ Malte*, req. n° 38816/07.

⁷⁹⁰ V. Dans ce sens : CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne*, req. n° 13102/02 ; CEDH, 10 mai 2001, *Antonio Mata Estevez c/ Espagne*, req. n° 56501/00 ; CEDH, 21 septembre 2010, *Fernando dos Santos Couto c/ Portugal*, req. n° 31874/07 ; CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76 et CEDH, *A.D.T. c/ Royaume-Uni*, 31 juillet 2000, req. n° 35765/97.

⁷⁹¹ Sur le plan civil la protection de la vie privée de la personne est prévue à l'article 9 du Code civil : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes les mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence être ordonnées ou référées* ». Sur le plan pénal,

souligner que la notion de « *vie familiale* » a été définie de façon autonome⁷⁹². En ce qui concerne les personnes homosexuelles, il est admis que le droit au respect de la « *vie familiale* » de l'article 8 protège la relation stable et durable entre personnes de même sexe ou avec une personne transgenre. Il en effet désormais acquis au terme de l'arrêt *Schalk et Kopf*⁷⁹³ que la cohabitation de deux personnes de même sexe entretenant une relation stable ne forme plus seulement un aspect de la vie privée des intéressés, mais qu'elle est aussi constitutive d'une « *vie familiale* ». Par ailleurs le droit au respect de la vie familiale protège toute relation parentale existante entre un parent homosexuel⁷⁹⁴ ou transgenre et ses éventuels enfants⁷⁹⁵. En revanche, le droit au respect de la vie de famille ne garantit pas le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter⁷⁹⁶, ni le droit aux couples de même sexe de se marier⁷⁹⁷. C'est sur l'absence de reconnaissance de ces droits familiaux de l'article 8 de la Convention que s'appuie le droit français pour légitimement justifier à la fois son interdiction au mariage aux couples de même sexe et la protection de la conception de sa famille hétérosexuelle traditionnelle, sans commettre une violation au regard de cet article. L'article 8 ne contraint pas le droit français à changer sa législation lorsqu'il reconnaît à la fois le mariage

l'atteinte de la vie privée est prévue à l'article 226-1 et suivants du Code pénal qui prévoit entre autre : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (...)* ».

⁷⁹² La question de l'existence ou non d'une « *vie familiale* » est essentiellement une question de fait qui résulte de la réalité et de l'étroitesse de liens personnels entre les intéressés. La Cour peut ainsi prendre en compte des éléments comme la vie commune, en l'absence de toute reconnaissance légale d'une vie familiale, ou bien la durée de la relation. La notion de « *famille* » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres « *liens familiaux* » de fait, lorsque les parties cohabitent en dehors de lien marital. Même en l'absence de cohabitation, il peut encore y avoir suffisamment de liens pour constituer une vie familiale. V. Dans ce sens : CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, précité ; CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, req. n° 9697/82 et CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*, req. n° 18535/91.

⁷⁹³ V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* req. n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

⁷⁹⁴ V. CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n° 33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n° 11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER ; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

⁷⁹⁵ V. CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c/ Royaume Uni*, *JCP G* 1998, II, 4071, note Evain S. ; *D.* 1997, Jur. p. 583, note GRATALOUP, précité.

⁷⁹⁶ Le seul désir de fonder une famille, notamment par la voie de l'adoption, n'est donc pas garanti par l'article 8 de la Convention au titre de la vie familiale. V. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p. 10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité. Néanmoins, le juge européen laisse entendre que l'évolution des législations internes pourrait le conduire à juger que le « *droit d'adopter* » relève implicitement des droits protégés par l'article 8. V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, obs. Royer, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n° 3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, *Gaz. pal.* 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK, précité.

⁷⁹⁷ V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

homosexuel et la famille homoparentale (sans commettre de discrimination au regard des articles 8 et 14 de la Convention), alors qu'il reconnaît par ailleurs d'autres formes d'union pour les couples homosexuels comme le PACS⁷⁹⁸ et le concubinage⁷⁹⁹. Le sens de l'article 8 de la Convention conforte ainsi la position du droit français en instaurant une différence de traitement raisonnablement fondée sur la fonction traditionnelle du mariage dès lors qu'il est considéré comme servant à la fondation d'une famille hétérosexuelle destinée à la procréation.

Ces tendances conservatrices protégeant la conception traditionnelle de la famille se heurtent à des évolutions progressistes favorables à la reconnaissance de la constitution de la famille homoparentale déjà présentes avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

§ 2 - Les signes d'évolution en faveur de l'acceptation de la famille homoparentale

340. Avant la promulgation de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous, les tendances progressistes favorables à la reconnaissance de la famille homoparentale sont centrées sur l'ouverture de l'égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels. Ces évolutions se situent à plusieurs niveaux. D'abord, au niveau sociologique avec des études étrangères et françaises sur l'homoparentalité qui rejettent toutes les idées reçues réfractaires à la reconnaissance de la famille homoparentale. Les résultats de ces différentes études démontrent que « *l'homosexualité ne semble pas constituer, en soi, un facteur de risque pour les enfants* »⁸⁰⁰(A). Ensuite, au niveau de l'opinion publique qui se montre de plus en plus favorable à une reconnaissance de la famille homoparentale au sein de la société française, et au niveau politique où la Gauche française et une partie de la droite s'inscrivent principalement dans un mouvement de lutte contre les discriminations notamment fondées sur l'orientation sexuelle (B).

⁷⁹⁸ Réf. Article 515-1 du Code civil : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

⁷⁹⁹ Réf. Article 515-8 du Code civil : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁸⁰⁰ Réf. Conclusion de la thèse de médecine de S. NADAUD intitulée « *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieux homoparentale* », éd. Fayard, 2002.

A - Une acceptation démontrée sur le plan sociologique

341. Les premières études empiriques sur les enfants élevés par des parents gays et lesbiens datent des années 1970 et sont essentiellement étrangères. Entre 1972 et fin 2006, ce sont près de 440 articles scientifiques qui ont été publiés sur cette question⁸⁰¹. CHARLOTTE PATTERSON, de l'American Psychological Association, en a réalisé une première synthèse en 1996 réactualisée en 2005. En 1997, l'APGL publiait une traduction de cette synthèse et une recension de plus de 200 études pour la plupart anglo-saxonnes (Etats-Unis et Royaume-Uni), belge ou néerlandaise sur les « familles homoparentales »⁸⁰². C'est une recension de plus d'un millier de publications qu'a réalisé l'APGL dans une mise à jour de cette synthèse⁸⁰³. En France, l'étude pionnière sur les enfants conçus ou élevés par des homosexuels, a été réalisée par STEPHANE NADAUD, que l'on retrouve dans sa thèse de doctorat de médecine.

342. Les études étrangères et françaises abordent les principales inquiétudes exprimées sur les conséquences de l'homosexualité des parents sur l'enfant. Les études portent, entre autre, sur l'identité sexuelle, le développement émotionnel, les relations sociales des enfants avec leurs pairs, et avec les adultes et l'aptitude des parents homosexuels à être de bons parents. Les conclusions de ces études viennent infirmer toutes les idées reçues de cette partie de l'opinion publique selon lesquelles l'homosexualité présenterait un risque pour l'intérêt de l'enfant. De nombreuses études étrangères ont eu pour but de vérifier si l'homosexualité des parents – souvent dénoncée comme facteur de risque par une partie de l'opinion publique – comporte un véritable danger pour l'intérêt de l'enfant.

343. Concernant, la première inquiétude de l'homosexualité sur les éventuels troubles de l'identité sexuelle chez l'enfant, de nombreuses études étrangères réfutent le préjugé selon lequel l'orientation sexuelle des enfants dépendrait de celle des parents. BAILEY *et al*⁸⁰⁴ ont étudié des enfants de pères gays à l'âge adulte et ont constaté que plus de 90 % des enfants étaient hétérosexuels. Le travail de TASKER et GOLOMBOK⁸⁰⁵ mené depuis les années 1970 jusque dans les années 1990 est particulièrement intéressant, car il s'appuie sur une étude longitudinale. Des données ont été recueillies en Angleterre en 1976 sur 27 mères célibataires hétérosexuelles et 39 de leurs enfants dont la moyenne d'âge était de 10 ans, et 27 mères

⁸⁰¹ V. O. VECHO, B. SCHNEIDER, « Homoparentalité et développement de l'enfant : Bilan de trente ans de publications », *La psychiatrie de l'enfant*, vol. 48 (I), p. 271-328.

⁸⁰² V. APGL, 1997, *Petit guide bibliographique à l'usage des familles homoparentales et des autres*, Paris.

⁸⁰³ V. APGL, 1997, *Petit guide bibliographique à l'usage des familles homoparentales et des autres*, Paris, précité.

⁸⁰⁴ V. J.-M. BAILEY, D. BORROW, M. WOLFE, S. MIKACH, Sexual orientations of adult sons of gay fathers, *Developpement Psychology*, vol. 31n° 1, p. 124-129.

⁸⁰⁵ V. F. TASKER, S. GLOMBOK, 2002, *Grandir dans une famille lesbienne. Quels effets sur le développement de l'enfant ?*, Paris, ESF, traduction de *Growing up in a lesbian Family*, New York, Guilford Press, 1997.

lesbiennes et 39 de leurs enfants dont la moyenne d'âge était également de 10 ans. Il s'agissait, d'une part, d'un entretien individuel avec la mère et les enfants permettant de mesurer la qualité de la relation mère/enfant, l'adaptation psychologique de la mère, le comportement lié au genre de l'enfant et les relations de l'enfant avec ses pairs ; d'autre part, d'une consultation de l'enfant avec un pédopsychiatre qui ne savait pas de quel groupe il relevait ; enfin de différents questionnaires pour la mère ou pour l'enseignant. Des entretiens ont été menés quatorze ans plus tard avec 46 des enfants analysés au départ permettant d'avoir une vue précieuse sur le jeune âge adulte (en moyenne 24 ans) des enfants élevés par des mères lesbiennes. Ce travail, ainsi que d'autres plus récents⁸⁰⁶, confirment qu'aucune différence significative n'existe entre les enfants élevés par des mères lesbiennes et les autres, tant en ce qui concerne l'identité sexuelle que le comportement ou l'orientation sexuelle. Les conclusions de ces études indiquent que les jeunes adultes élevés par une mère lesbienne sont en bonne santé du point de vue mental, ne se définissent pas comme homosexuels, mais envisagent le fait d'avoir une relation homosexuelle comme quelque chose de possible.

344. Ensuite, concernant la crainte de l'homosexualité sur le développement émotionnel de l'enfant, les études de KIRKPATRICK *et al.*⁸⁰⁷ et GOLOMBOK *et al.*⁸⁰⁸ démontrent que les enfants élevés dans des familles homoparentales ne présentent pas davantage de troubles psychiatriques ni de difficultés d'ordre émotionnel ou comportemental que les autres enfants. Aucune différence significative entre les niveaux d'estime de soi n'a été relevée, entre autre, entre les enfants de mère lesbienne ou hétérosexuelle, que ce soit pendant l'enfance ou l'adolescence⁸⁰⁹. Dans l'étude de WAINRIGHT *et al.*⁸¹⁰ (2004), 44 adolescents élevés par des couples de lesbiennes ont été comparés à 44 adolescents élevés par des couples hétérosexuels sur divers aspects de l'ajustement psychosocial (dépression, anxiété, estime de soi), de leurs comportements et aptitudes scolaires ainsi que sur leur vie relationnelle. Les résultats ne montrent pas de différences entre les deux groupes d'adolescents. Indépendamment de la structure familiale homo-ou-hétéroparentale, les adolescents dont les relations familiales étaient harmonieuses présentaient un ajustement psychosocial plus élevé. Au regard de l'inquiétude également répandue que les enfants élevés

⁸⁰⁶ V. F. MACCLUM, S. GOLOMBOK, 2004, Children raised in fatherless families from infancy: A. follow-up of children of lesbian and single heterosexual mothers at early adolescence, *Journal of Child Psychiatry*, 45 (8) p. 407-419.

⁸⁰⁷ V. M. KIRKPATRICK, C. SMITH, R. ROY, 1981, Lesbian mothers and their children: A. comparative survey, *American Journal of Orthopsychiatry*, 51, 545-551.

⁸⁰⁸ V. S. GOLOMBOK, A. SPENCER, M. RUTTER, 1993, Children in lesbian and single-households : Psychosexual and psychiatric appraisal, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 24, 551-572.

⁸⁰⁹ V. S. L. HUGGINS, 1989, A. comparative study of self-esteem of adolescent children of divorced lesbian mothers and divorced heterosexual, in F. BOZETT, *Homosexuality and the Family*, New York, p. 123-135

⁸¹⁰ V. J. L. WAINRIGHT, S. T. C. RUSSEL (2004), Patterson Psychosocial adjustment, scholl outcomes, and romantic relationship of adolescent with same-sex parents, *Child development*, vol. 75 (6), novembre-décembre 2004, p. 1886-1898

par des parents gays ou lesbiens souffriraient des moqueries homophobes dans leurs relations avec leurs pairs, les études existantes montrent que les enfants sont généralement acceptés par leurs pairs, forment des amitiés solides, même s'ils peuvent effectivement faire l'objet de brimades de la part de leurs camarades.

345. Dans une étude publiée en 1997, GOLOMBOCK⁸¹¹ étudie cet aspect, pour des enfants élevés pas des lesbiennes. Comparés aux enfants élevés par une mère hétérosexuelle, ils ne décrivent pas davantage de stigmatisation de leurs pairs, cependant ils sélectionnent soigneusement les personnes auxquelles ils révèlent la composition de leur famille. Le nombre de meilleurs amis ne varie pas d'un contexte à l'autre. Ils vivent plutôt positivement leur appartenance à une famille atypique et ce sentiment s'accroît à l'âge adulte. Les jeunes adultes interrogés n'évoquent donc pas une enfance ni une adolescence difficile à cause de l'orientation sexuelle de leur mère. Dans l'étude déjà citée de TASKER et GOLOMBOCK (2002), les auteurs étudient les facteurs qui expliqueraient pourquoi certains enfants sont plus stigmatisés que d'autres. L'acceptation de l'homosexualité et la possibilité d'en parler dans l'entourage ont une influence sur l'attitude tolérante ou hostile des camarades d'école. Le soutien de personnes extérieures au foyer est un facteur important. Les adultes interrogés qui évoquent l'absence de ce type de soutien rapportent avoir souffert de railleries de leurs camarades. Ceux qui avaient d'abord vécu un contexte hétéroparental et dont le père ne dénigrait pas la relation lesbienne de la mère semblent avoir été moins stigmatisés que ceux dont le père dénigrait l'orientation sexuelle de leur mère. De toutes les craintes concernant l'intérêt des enfants dans une famille homoparentale, celle concernant le risque de souffrir des discours homophobes est sans aucun doute la plus réaliste. Il convient cependant de la pondérer lorsque la famille est intégrée dans un réseau social favorable⁸¹².

346. Concernant la remise en cause de l'aptitude des parents homosexuels à être de bons parents, une récente étude américaine publiée par la revue *Pédiatrics* de juin 2010 est venue écarter cette crainte⁸¹³. Cette « *étude nationale longitudinale de la famille lesbienne* », lancée depuis presque 25 ans, a suivi l'évolution de 78 enfants qui sont tous nés dans des couples de lesbiennes qui ont eu recours à l'insémination pour enfanter, et qui ont été interrogés et testés à l'âge de 17 ans. Les conclusions de cette étude mettent en évidence que « *les enfants élevés par un couple gay sont plus stables et plus sociables que les autres* »,

⁸¹¹ V. S. GOLOMBOCK et al., 1997, Children raised in fatherless families from infancy: Family relationship and the socioemotional development of children and single heterosexual mothers, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 38, n° 7, p. 783-791.

⁸¹² Sur ce point, les associations militantes ont donc encore du travail pour faire évoluer les mentalités, réduire les préjugés et faire cesser les discours dévalorisants pour les enfants issus des familles atypiques.

⁸¹³ US National Longitudinal Lesbian Family Study : Psychological Adjustment of 17-Year Old Adolescents, *Pediatrics*, June 7, 2010. L'étude en question est consultable sur le site: <http://pediatrics.aappublications.org>

« les nouveaux tests n'ont laissé aucun doute quant à la réussite de ces couples en tant que parents ». « A niveau social et financier similaire, ces enfants ont même de meilleurs résultats scolaires et de meilleures aptitudes sociales que les enfants nés de parents hétérosexuels. De même, ils sont moins susceptibles d'être violents et de transgresser les règles », explique NANETTE GARTRELL à l'Université de Californie, San Francisco qui a travaillé sur l'étude depuis 1986. « Cela confirme ce que la plupart des scientifiques du développement suspectaient déjà » dit STEPHEN RUSSELL sociologue de l'Université de l'Arizona, « Les enfants qui grandissent avec des parents de même sexe se débrouillaient tout aussi bien que les autres enfants ».

347. Ces résultats devraient être pris en considération par tous ceux qui s'opposent au droit des couples homosexuels d'adopter des enfants, ajoute Mme GARTRELL. Une partie du monde académique espère en effet convaincre les législateurs américains d'autoriser l'adoption par un couple du même sexe dans tous les Etats. Aux Etats-Unis, plus de 100 000 enfants attendent d'être adoptés, dit EVAN DONALDSON de l'Adoption Institute, organisation de recherche basée à New York. L'Institut estime que seulement 4 % de tous les enfants adoptés, soit environ 65 000, vivent avec des parents gays ou lesbiennes, malgré ces recherches suggérant que les couples de même sexe pourraient être plus enclins à adopter que les couples hétéros. Les conclusions de ces études étrangères exposent ainsi toutes le même résultat selon lequel l'homosexualité n'est pas en soi un facteur de risque pour l'intérêt de l'enfant et cette orientation sexuelle ne réduit en rien l'aptitude à être de bon parent pour un enfant.

348. Les études françaises faites sur les incidences de l'homosexualité et de façon plus générale sur l'homoparentalité aboutissent d'ailleurs aux mêmes résultats. Aucun travail scientifique, sur les parents gays et lesbiens et leurs enfants, n'avait été publié en France avant 2000. Les premiers scientifiques à se pencher sur la question furent le sociologue DIDIER LE GALL⁸¹⁴, et l'ethnologue ANNE CORDORET⁸¹⁵. Les premiers doctorants se sont mis ensuite au travail, V. DESCOUTURES⁸¹⁶ sous la direction de FRANCOIS de SINGLY, s'est ainsi intéressée à l'éducation des enfants dans les familles homoparentales. Elle met en avant l'absence de système de parentalité scientifique du couple homosexuel. Le couple, avant d'être homosexuel, est d'abord parental. D. LE GALL a étudié, dans la filiation de ses travaux précédents, comment s'élaborent les contours du rôle beau-parental dans le cadre d'une famille homoparentale. A. CADORET s'est penchée sur la manière dont ces familles

⁸¹⁴ V. D. LE GALL, 2000, Familles à beau-parent homosexuel, les recompositions homoparentales féminines, *in* homoparentalité. Etat des lieux, Paris, ESF.

⁸¹⁵ V. A. CORDORET, 2000, Figures d'homoparentalité, *in* Homoparentalités. Etat des lieux, Paris, ESF.

⁸¹⁶ V. F. DE SINGLY, V. DESCOUTURES, 2000, La vie en famille homoparentale, *in* Homoparentalité. Etat des lieux, Paris, ESF.

« bricolent » de nouvelles places pour chacun de ses membres à partir d'autres modèles familiaux, comme les familles recomposées ou adoptives. En 2007, 7 thèses ont été ou sont en passe d'être soutenues ainsi que 11 mémoires de master 2. En particulier, la thèse d'EMMANUEL GRATTON⁸¹⁷ et celle de MARTHA MAILFERT⁸¹⁸. La première a le mérite de se pencher sur la paternité gaye alors que la plupart des travaux sont consacrés aux mères lesbiennes. La seconde se penche sur le rapport des familles homoparentales à leur environnement proche et moins proche.

349. Trois conférences internationales se sont tenues sous l'égide de l'AGL donnant lieu à deux publications⁸¹⁹ collectives. Ces travaux de Sciences sociales s'attellent à décrire les réalités familiales, des modes de constitution familiale, la manière dont ces familles construisent une pluriparentalité encore difficile à concevoir, sans chercher à démontrer l'innocuité de la *famille homoparentale* sur le développement des enfants. L'étude pionnière, réalisée par le pédopsychiatre STEPHANE NADAUD⁸²⁰ dans sa thèse de médecine, s'inscrit ainsi dans la lignée des études étrangères. Elle est la première étude française utilisant un protocole scientifique issu de la psychologie comportementale. STEPHANE NADAUD a mené une étude sur 35 filles et 23 garçons, âgés de 4 à 16 ans. Tous ces enfants avaient des parents qui se déclaraient homosexuels, recrutés grâce à l'Association des Parents et futurs parents Gays et Lesbiens (APGL). Dans 80 % des cas, le parent légal était une femme et vivait en couple avec un partenaire du même sexe, depuis sept ans en moyenne. Le mode de conception de ces enfants varie énormément : 64 % à l'occasion d'un rapport sexuel, 22 % après insémination et 2 % après appel à une mère porteuse. En outre, 12 % avaient été adoptés. Afin d'évaluer le développement psychologique de ces enfants, STEPHANE NADAUD a envoyé aux parents trois questionnaires anonymes remplis par les parents⁸²¹. L'étude conclut que « *les profils psychologiques et comportementaux de cette population sont comparables à ceux de la population générale* ». Si les enfants élevés par des couples de même sexe sont un peu moins sociables et un peu plus timides, ils sont en revanche plus actifs et ont une meilleure capacité d'adaptation.

⁸¹⁷ V. E. GRATTON, 2006, L'homoparentalité, côté Père, thèse pour l'obtention du doctorat de sociologie clinique, Université de Paris 7- Denis-Diderot, UFR de science sociales, sous la direction de V. DE GAULEJAC.

⁸¹⁸ V. M. MAILFERT, 2007, *Les familles homoparentales : réalités, enjeux, défis*, Thèse pour l'obtention du doctorat de sociologie, Institut d'études politiques (Paris) sous la direction de J. H. DESCHAUX.

⁸¹⁹ V. M. GROSS (sous la dir.), 2005, *Homoparentalités*, Etat des lieux, Erès, et A. CADORET, M. GROSS, C. MECARY, B. PERREAU (sous la dir.), 2006, *Homoparentalités : approches scientifiques et politiques*, PUF.

⁸²⁰ V. S. NADAUD, 2000, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparentale*, Thèse pour l'obtention du diplôme d'Etat de docteur en médecine, Université de Bordeaux 2, thèse n° 3053, précité.

⁸²¹ Le CBCL (Children Behavior Check List), vise à renseigner sur la manière dont l'enfant vit au jour le jour. Il donne des profils comportementaux et psychopathologiques permettant de savoir si l'enfant se situe plutôt dans une zone pathologique ou non. L'EAS (Emotionality, Activity, Sociability) permet de déterminer le type de tempérament de l'enfant sur quatre axes : émotionnalité, activité, sociabilité et timidité. Le dernier questionnaire évalue le *coping* c'est-à-dire la capacité d'adaptation de l'enfant confronté à des difficultés.

350. Comment expliquer cette sociabilité moindre et cette timidité plus grande ? L'analyse par l'auteur des raisons imaginables risque de ne pas plaire à ceux qui s'opposent à l'homoparentalité. « *Les interactions sociales peuvent être un peu plus difficiles pour eux, ce qui peut aisément être expliqué par la stigmatisation sociale du contexte familial* » écrit STEPHANE NADAUD. Ainsi, les quelques difficultés rencontrées par les enfants élevés par des couples homosexuels seraient dues plutôt au rejet et aux a priori qu'à la composition du couple qui les élève. Un argument souvent avancé pour trouver « dangereuse » pour les enfants l'homoparentalité, est que les enfants ne disposeraient pas des références à la fois féminine et masculine. L'étude démonte cet argument, puisqu'elle ne note aucune différence significative entre les enfants d'abord élevés par un couple hétérosexuel ou élevé par un gay et une lesbienne, et ceux n'ayant connu que le contexte d'un couple de même sexe. Une observation qui tend à confirmer l'idée qu'un enfant peut trouver ces références à la fois féminine et masculine dans un environnement plus large que l'environnement restreint du couple de même sexe qui l'élève. Les enfants qui présentent les moins bons résultats sont ceux issus d'un couple hétérosexuel, puis élevés ensuite par un couple de même sexe. « *Plutôt que l'homoparentalité en elle-même, il semble que ce soient ses répercussions sociales, et une éventuelle rupture familiale, qui posent problème* » analyse le docteur STEPHANE NADAUD. Cette étude française confirme ainsi celles menées depuis des années à l'étranger, entre autre, aux Etats-Unis⁸²² et récemment en Australie où une étude australienne publiée dans la revue *BMC Public Health* le 21 juin 2014 expose une nouvelle fois que les enfants de parents de même sexe seraient en aussi bonne santé et aussi heureux que les enfants d'un couple hétérosexuel, voire plus⁸²³.

L'ensemble de ces études montre une nouvelle fois qu'il n'existe pas de différence significative entre les enfants élevés par des couples de même sexe et ceux élevés par des couples hétérosexuels. « *L'homosexualité ne semble pas constituer, en soi, un facteur de risque pour l'enfant* », et combat ainsi les *a priori* de l'opinion publique et politique dont une

⁸²² En 2013, une autre étude réalisée par l'Université de Cambridge affirmait elle aussi que les enfants d'homos vivaient aussi bien, voire mieux, que les autres. V. « Adoption gay : les enfants vont aussi bien voire mieux que les autres », *Le Huff Post*, le 7 mars 2013.

⁸²³ Réalisée par des chercheurs de l'Université de Melbourne en Australie, l'étude montre en effet que ces enfants pourraient être en meilleure santé, et connaître une meilleure cohésion familiale, 6% de plus par rapport à la moyenne nationale pour les deux. Et en ce qui concerne la santé mentale, le comportement, la confiance en soi, ils seraient tout à fait comme les autres enfants. Pour parvenir à ces résultats, les scientifiques ont analysé les réponses à un sondage auquel ont répondu 315 parents homosexuels, pour un total de 500 enfants dont environ 80% avaient deux mamans et 18% deux papas. Les questions portaient sur des domaines assez variés (éventuelles relations hétérosexuelles auparavant, reproduction assistée, façon d'éduquer les enfants), ainsi que sur la santé et le bien-être des enfants. Pour Simon Crouch, l'auteur principal de l'étude, ces résultats positifs seraient en partie la conséquence de l'absence de stéréotypes de genre. Le problème majeur pour ces enfants reste le regard des autres et non pas l'orientation sexuelle de leur parents. Deux tiers d'entre eux seraient en effet toujours stigmatisés. V. « Enfant homos : une étude australienne montre qu'ils seraient en meilleure santé et plus heureux que les autres », *Le Huff Post*, le 7 juillet 2014.

partie reste réfractaire à la reconnaissance des familles homoparentales. L'opinion publique et politique s'est montrée d'ailleurs de plus en plus favorables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous.

B - Une acceptation entamée sur le plan public et politique

351. La reconnaissance par l'opinion publique de la famille homoparentale a été significative durant les deux campagnes présidentielles de 2007 et 2012. L'évolution de l'opinion publique dans un sens favorable à la famille homoparentale s'est notamment opérée sondage après sondage, avec une rapidité impressionnante. Partisans et adversaires du Pacs ont découvert non sans surprise, tout juste un an après sa mise en œuvre, que l'opinion publique approuvait massivement la réforme⁸²⁴. L'évolution s'est poursuivie depuis à un rythme soutenu. Une enquête réalisée par IPSOS pour le magazine *Têtu* en juin 2006 indique ainsi que 61 % des Français sont désormais favorables au droit pour les couples homosexuels de se marier civilement, soit 13 points de plus qu'en septembre 2000 (48 %). Sur le sujet plus délicat de l'adoption, le basculement de l'opinion s'opère également : 44 % des Français sont, d'après l'enquête citée, favorables au droit pour les couples homosexuels d'adopter des enfants, alors qu'ils n'étaient encore que 29 % en septembre 2000.

352. Ces sondages⁸²⁵ ont été commandés et publiés principalement à l'occasion de procédures engagées devant le juge par des couples homosexuels. Ils ont confirmé la tendance de l'opinion publique à se déclarer prête à reconnaître une égalité de droit entre hétérosexuels et homosexuels à propos du droit au mariage et du droit d'adoption. En novembre 2009, un sondage réalisé par BVA pour Canal+ montre que 57 % des Français interrogés se disent favorables à l'adoption par les couples homosexuels. Ce sondage est intervenu au moment où le Tribunal administratif de Besançon est venu autoriser une institutrice homosexuelle à recevoir l'agrément pour adopter⁸²⁶. En 2011, deux sondages viennent témoigner de cette évolution de l'opinion publique. Le premier sondage a été réalisé par TNS Sofres pour Canal+ le 26 janvier 2011, la veille où le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité formulée par un couple de lesbiennes, devait se prononcer sur

⁸²⁴ Un sondage publié en octobre 2000 par le magazine *Têtu* indiquait que 70% des français étaient favorables au Pacs.

⁸²⁵ Ces sondages ont été faits sur un échantillon de personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. La représentativité de l'échantillon a été assurée par la méthode de quotas (sexe, âge, profession de la personne interrogée, partis politique,...).

⁸²⁶ Réf. TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 0900299, *AJ Fam.* 2009. 489, obs. F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, n° 5, note P. MURAT ; B. BEIGNIER, *Dr. fam.* 2009. Repère 11 ; H. RIHAL, *AJDA*, n°31, p. 1772- 1778 ; V. DONIER, *RDSS*, n° 1, p. 148-154 ; Y. FAVIER, *JPC G*, n° 48, p. 14-24, précité.

la conformité de l'interdiction du mariage homosexuel à la Constitution⁸²⁷. Ce sondage démontre que plus de la moitié des Français (58 %) se disent favorables au mariage entre homosexuels, contre 35 % qui y sont opposés⁸²⁸. Le deuxième sondage tire les mêmes conclusions. Il a été également réalisé par l'IFOP pour Ouest-France le 25 juin 2011 peu de temps après le rejet de la proposition de loi du PS destiné à ouvrir le mariage homosexuel. Ce sondage indique que 63 % des Français sont favorables à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels et 58 % à l'adoption par les couples homosexuels⁸²⁹. Ces sondages montrent qu'il existe une majorité de Français favorables à une égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels sur le mariage et l'adoption⁸³⁰ même si une partie de la société française qui défend des conceptions traditionnelles de la famille⁸³¹ est encore réfractaire à cette évolution. Ces clivages au sein de l'opinion publique se retrouvent de la même manière au sein des partis politiques. La Gauche française se montre unanimement favorable à la famille homoparentale à travers le mariage et l'adoption⁸³² contrairement à la Droite, beaucoup plus divisée sur cette question.

⁸²⁷ Réf. Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, précité.

⁸²⁸ « 58 % des Français favorables au mariage homosexuel », *Le nouvel Observateur*, 28 janvier 2011.

⁸²⁹ « 63 % des Français favorables au mariage homosexuel », *Ouest-France*, 25 juin 2011.

⁸³⁰ Ces sondages dégagent cependant trois grandes lignes de clivages qui mettent en avant la persistance de différents facteurs influençant les réponses des participants. Le sondage du 25 juin 2011 détaille d'ailleurs les trois clivages. Le clivage sexuel. Les femmes se montrent en effet plus enclines que leurs homologues masculins à se prononcer en faveur du mariage entre personnes du même sexe (68% des femmes contre 58% des hommes), mais aussi lorsqu'il s'agit de reconnaître aux couples homosexuels le droit d'adopter (64% contre 50% des hommes). Le clivage générationnel. Que ce soit en ce qui concerne le droit de se marier ou le droit d'adopter, le sondage montre que la proportion d'interviewés favorables est fortement corrélée avec l'âge, la proportion de personnes favorables diminuant à mesure que l'âge des interviewés augmente. Les jeunes générations se montrent ainsi nettement plus ouvertes que leurs aînés sur ces questions. Près de trois-quarts des personnes âgées de 18 à 24 ans se déclarent pour la reconnaissance de ces droits (76% pour le mariage et 72% pour l'adoption) alors que les personnes âgées de plus de 65 ans se montrent majoritairement opposées à ce que de telles pratiques soient légalisées : seuls 46% jugent que les couples homosexuels doivent obtenir le droit de se marier et 43% le droit d'adopter. Mais, l'adhésion à l'adoption progresse dans les tranches d'âge les plus réfractaires. Le sondage intervenu peu de temps après l'arrêt de la Cour de cassation, le 8 juillet 2010, fait apparaître la réduction du clivage des réponses en ce qui concerne l'âge des participants. Les plus âgés s'y déclarent en 2010 bien plus favorables qu'en 2007. Ainsi, les 40-59 ans sont désormais à 67% pour (55% en 2007) et les 60-69 ans à 48% (37% en 2007). L'idée fait même son chemin chez les « 70 ans et plus », avec 27% pour en 2010 (21% en 2007). Enfin, le clivage politique. Les sympathisants de gauche sont majoritairement favorables au mariage et à l'adoption homosexuelle, alors que les personnes affichant une proximité partisane de droite se déclarent plutôt opposées à la légalisation de ces mesures. Ainsi, 82% des sympathisants de gauche soutiennent le droit au mariage (83% des proches d'Europe Ecologie Les Verts).

⁸³¹ Une partie de la société française continue à considérer l'homosexualité comme un facteur de risque pour l'enfant. L'enfant a besoin d'un père et d'une mère pour pouvoir convenablement grandir. Cette partie de l'opinion publique insiste sur la présence réelle de parents des deux sexes, pour les besoins de la structuration de l'enfant. On retrouve ici les deux risques principaux mis en avant pour rejeter la famille homoparentale mais démentis par les études faites en la matière: l'un social (le risque que peut rencontrer l'enfant pèse sur sa future intégration sociale en raison justement d'une opinion publique encore réfractaire à l'homosexualité) et l'autre d'identification (le risque que l'enfant évolue au sein d'une famille homosexuelle deviendra forcément homosexuel). V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2, A et V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A et B.

⁸³² Mais la Gauche reste fermement opposée à l'ouverture de la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui pour les célibataires et couples homosexuels. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1 et 2.

353. La droite française se sépare en deux groupes d'opinions relativement antagonistes sur ces questions. Une division a priori étonnante tellement elle semble révéler un manque d'homogénéité idéologique. Il est intéressant de rappeler l'analyse de RENÉ RÉMOND sur la structure des droites en France. Dans son ouvrage fondateur de 1954⁸³³, RENÉ RÉMOND identifiait trois grands courants qui, selon lui, structurent les droites françaises, et qu'il a ramenés à deux dans l'actualisation de son travail publié en 2005⁸³⁴ : la droite orléaniste et la droite bonapartiste. La grille d'analyse semble toujours pertinente pour comprendre la structure de cette ligne de partage qui traverse la droite française sur la question de la constitution de la famille homoparentale. De fait, les prises de position individuelles constatées à droite peuvent se regrouper au sein de ces deux camps : d'un côté, la droite orléaniste, plus progressiste et libérale, qui ne voit pas avec hostilité le mariage homosexuel et l'adoption par un couple homosexuel ; et de l'autre côté, la droite bonapartiste, beaucoup plus conservatrice, qui elle en revanche adopte des positions tranchées et très hostiles sur ces questions.

354. Dans le camp de cette droite dites orléaniste, on trouvera par exemple ALAIN JUPPÉ qui dans une interview au magazine Les Inrockuptibles⁸³⁵ indiquait que « *Les Français considèrent aujourd'hui qu'il est parfaitement acceptable que deux personnes du même sexe veuillent concrétiser leur sentiment amoureux par un statut public* ». De même sur la question de l'adoption, il mettait en avant une position que la gauche ne renierait pas : « *Après mûre réflexion, je suis favorable à l'adoption par un couple de même sexe, après qu'on aura vérifié, comme c'est le cas pour les couples hétérosexuels, que les conditions d'épanouissement de l'enfant sont réunies* ». L'ancien président de la République, VALÉRY GISCARD D'ESTAING lors de l'émission BFMTV/Le Point/RMC du 23 décembre 2012 se prononce, avec quelques nuances, en faveur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 : « *Moi, je l'aurais appelé "union", mais j'aurais donné pratiquement les mêmes droits [...] C'est tout à fait en phase avec la société actuelle* ». Dans le même esprit, NATHALIE KOSCIUSKOMORIZET, candidate aux primaires de la droite, indique que « *l'abrogation de la loi Taubira n'est ni souhaitable, ni possible* »⁸³⁶, rappelant qu'elle s'est « *battue dans le précédent quinquennat pour qu'on aille dans le sens d'une union homosexuelle* ». Un autre candidat à la primaire de la droite, BRUNO LEMAIRE, qui s'était abstenu lors du vote de la loi du 17 mai 2013, a déclaré lors d'un meeting de campagne le 2 mai 2016 : « *Je ne reviendrai pas sur le*

⁸³³ La droite en France de 1815 à nos jours. Continuité et diversité d'une tradition politique. René REMOND. Aubier. 1954.

⁸³⁴ Les droites aujourd'hui. René REMOND. Editions Point. 2007.

⁸³⁵ Les Inrockuptibles. 12 novembre 2014.

⁸³⁶ Europe 1. 17 novembre 2014.

mariage homosexuel [...] le peuple français a tranché, nous ne reviendrons pas sur le mariage homosexuel ».

355. A l'opposé, dans le groupe de la droite dites bonapartiste, nous trouvons LAURENT WAUQUIEZ, Président du Conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes qui a voté contre la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 et qui se déclare favorable à son abrogation totale sans aménagement. CHRISTINE BOUTIN qui s'était illustrée par son opposition franche au PACS, adopte une position identique. La position de l'extrême droite est aussi très nette : Le Front National se situe en opposition franche à l'égard de l'homoparentalité et d'une manière plus globale contre les revendications des homosexuels⁸³⁷. L'ancien président de la République, de nouveau candidat à l'élection de 2017, semble synthétiser les difficultés de sa propre famille politique à dégager une position homogène. NICOLAS SARKOZY a déclaré en 2012 : « *Je ne suis pas favorable* » au mariage homosexuel. « *En ces temps troublés où notre société a besoin de repères, je ne crois pas qu'il faille brouiller l'image de cette institution sociale essentielle qu'est le mariage* »⁸³⁸. Pourtant, dans le livre qu'il a publié en janvier 2016⁸³⁹, NICOLAS SARKOZY indique qu'il n'abrogera pas loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 : « *Il ne saurait être question de démarier les mariés, ce serait injuste, cruel et en outre juridiquement impossible* », dit-il avant de lâcher : « *le remède serait pire que le mal* ».

356. La Gauche est traditionnellement un parti ouvert aux revendications des homosexuels. Elle était d'ailleurs à l'initiative du PACS. De plus, et au-delà de la question de la famille homoparentale, la Gauche symbolise la défense de l'égalité des droits. La Gauche s'est clairement exprimée dans le sens d'une réforme en vue de permettre l'adoption par deux personnes de même sexe lors des élections présidentielles de 2007. La candidate du Parti Socialiste de l'époque, SEGOLENE ROYAL, s'était en effet engagée dans son programme, conformément au souhait du Parti Socialiste, à conduire des réformes portant sur l'ouverture de l'adoption par un couple de même sexe, ainsi que sur l'accès au mariage et l'amélioration du PACS. Cette évolution était notable. En effet, au moment du mariage de Bègles en 2004, SEGOLENE ROYAL parlait d'une cérémonie « *un peu paillettes* », de « *confusion des*

⁸³⁷ Jean-Marie Le PEN avait déclaré que « *Le Front National est un parti républicain et à ce titre n'entend pas se lancer dans une démarche purement électoraliste qui consisterait à charcuter la législation pour répondre à une revendication, qui, je vous le rappelle, est minoritaire parmi les homosexuels* ». Pour Marine Le PEN : « *le débat lancé sur l'adoption par les couples homosexuels et instrumentalisé par la gauche ne répond pas aux souhaits d'une majorité d'homosexuels qui considèrent que leur sexualité appartient exclusivement à la sphère du privé et n'entendent pas faire de celle-ci un combat politique. Cette question du droit à l'adoption comme celle du mariage, s'inscrit dans une logique politique du « droit à » véhiculée par l'extrême gauche et toute une partie de la gauche, qui estime que les citoyens n'ont que des droits et pas des devoirs. Ce sont les mêmes qui plaident pour le droit à l'euthanasie, le droit aux drogues douces et dures, le droit à émigrer, le droit à détruire des plants O.G.M., le droit de violer les lois quand elles heurtent la pensée dominante. Il est bien évident que derrière cette surenchère de revendications apparaît la volonté de renverser les structures traditionnelles de la société* »...

⁸³⁸ « Nicolas Sarkozy dit non au mariage homosexuel », *France Soir*, 9 février 2012.

⁸³⁹ *La France pour la vie*. Nicolas Sarkozy. Plon. Janvier 2016.

repères » ou de « *provocation injustifiée des convictions familiales et religieuses* ». Son action au ministère de la Famille avait déjà été marquée par une approche encourageante et favorable aux couples homosexuels. En effet, elle a été à l'initiative de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale appelée « *loi Ségolène Royal* ». L'article 377 du Code civil autorise la délégation d'autorité parentale à un tiers proche dont la loi n'excluait pas qu'il s'agisse du conjoint homosexuel⁸⁴⁰.

357. Une association existante au sein du Parti Socialiste favorisera l'entente à gauche sur la question de l'homoparentalité. De la même manière que le mouvement Gay Lib⁸⁴¹, il existe au Parti Socialiste le mouvement « *Homosexualité et socialisme* ». Cette association est née en 1983, après la dépénalisation de l'homosexualité par GASTON DEFERRE. Lors de sa création, l'association se concevait comme indépendante; son objectif est cependant d'alimenter le débat interne au sein du Parti Socialiste, ce qu'elle fit au moment des présidentielles de 2007. « *Homosexualité et socialisme* » rassemble à la fois des militants de gauche, proches du PS, mais aussi des écologistes et des communistes. L'association s'exprime par le biais de l'affichage et du tractage. Son objectif est aussi de dénoncer les positions conservatrices de la Droite française. Ainsi, le 1^{er} juin 2007, elle distribue un tract « *Égalité des droits !* » pour les Gay Pride dans lequel les militants insistent sur l'hostilité de la Droite aux revendications actuelles, et sur le clivage Droite/Gauche. Lors de la campagne présidentielle de SEGOLENE ROYAL, l'association a affiché son soutien à la candidate pour « *garantir l'égalité des droits pour les couples de même sexe* ». Chose qu'elle fera également durant toute la campagne présidentielle de F. HOLLANDE en mettant en avant la promesse de ce dernier de mettre fin aux discriminations des couples homosexuels en leur promettant le droit au mariage et le droit à l'adoption à l'instar de n'importe quel couple hétérosexuel.

358. Le « *droit au mariage et à l'adoption pour tous les couples* » a constitué l'engagement 31 des promesses de FRANCOIS HOLLANDE durant la campagne présidentielle de 2012. L'élection en mai 2012 de M. FRANCOIS HOLLANDE a concrétisé l'idée d'une égalité des droits entre hétérosexuels et homosexuels en matière d'homoparentalité. Son Premier ministre, JEAN-MARC AYRAULT, avait d'ailleurs confirmé, peu de temps après son élection, qu'une loi autorisant le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe serait prochainement votée en France. « *Au premier semestre 2013, le droit au mariage et à l'adoption sera ouvert à tous les couples, sans discrimination* », a

⁸⁴⁰ La Cour de cassation reconnaîtra, d'ailleurs, par la suite que cet article ne s'opposait pas à ce qu'une mère seule délègue cette autorité à la femme qui partage sa vie.

⁸⁴¹ GayLib est une association française, créée en 2001, qui milite pour les droits des personnes lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres et d'une manière plus générale évoque ces thématiques dans une démarche libérale. De 2003 à 2013, GayLib était associée à l'UMP, qu'elle a quitté en raison de l'opposition du parti au mariage homosexuel. Elle est associée depuis 2013 à l'UDI.

déclaré le Premier ministre dans son discours de politique générale à l'Assemblée Nationale⁸⁴². « *Notre société évolue, les modes de vie et les mentalités changent. Des aspirations nouvelles s'affirment* », avait justifié JEAN-MARC AYRAULT⁸⁴³. La loi a été en effet adoptée dans ce sens le 17 mai 2013. Cette loi a consacré une égalité de droits entre hétérosexuels et homosexuels en ouvrant le mariage pour tous. Le législateur français reconnaît ainsi sur le plan juridique la constitution de la famille homoparentale⁸⁴⁴ et clôt en même temps le débat en la matière.

Si en dépit de freins encore bien présents dans l'opinion publique, l'homosexualité est de mieux en mieux acceptée, il existe encore peu de solutions pour les couples homosexuels qui souhaitent s'engager sur la voie de l'adoption. Jusqu'au tournant que constituera l'adoption de la loi n°2013-404 du 17 mai 2013, le droit français reste encore très fermé sur ce plan malgré des possibilités d'aménager l'adoption par les couples homosexuels en utilisant la technique de la délégation partage de l'autorité parentale à l'égard d'un tiers (Chapitre 2).

⁸⁴² V. « Mariage : les couples homosexuels pourront s'unir à partir du 1^{er} septembre 2013 », *Le Point*, 3 septembre 2012.

⁸⁴³ Selon deux derniers sondages avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le premier de BVA en janvier 2012 BVA montre que 63% des Français sont favorables au mariage pour les homosexuels et 56% à l'adoption. Le deuxième est le résultat d'une enquête de l'Ifop portant sur « les Français, les catholiques et les droits des couples homosexuels » montre que 65 % des Français sont favorables au mariage homosexuel, en progression de deux points par rapport à un sondage réalisé il y a un an. En revanche, 53 % des Français seraient favorables pour l'adoption, chiffre en légère baisse mais les Français demeurent en majorité favorables. V. « Sondages : 65% des Français disent « oui » au mariage homosexuel », *Le Point*, 14 août 2012.

⁸⁴⁴ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A et §2, B.

Chapitre 2 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le partenaire homosexuel

« La Cour estime que, compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du Code civil, qui régit la dévolution de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne serait en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation⁸⁴⁵ ».

359. Avant l'adoption de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, il y a eu, comme pour le couple homosexuel, un débat complexe et difficile autour de la question de l'adoption simple de l'enfant du parent biologique par le partenaire homosexuel. La voie de l'adoption conjointe étant juridiquement fermée aux couples homosexuels parce qu'ils ne peuvent pas se marier⁸⁴⁶, ils envisagent donc un autre moyen juridique qui pourrait permettre d'aboutir au même résultat : l'adoption simple prévue à l'article 365 al.1 du Code civil⁸⁴⁷. L'adoption simple permet en effet au partenaire homosexuel de partager l'autorité parentale avec le parent biologique de l'enfant. Elle établit par conséquent un lien de filiation à l'égard du partenaire homosexuel sans que le rapport de famille soit rompu à l'égard du parent initial. Mais la règle énoncée à l'article 365 du Code civil ferme également la voie de l'adoption simple d'un enfant au partenaire homosexuel⁸⁴⁸. Cet article ne prévoit effectivement le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et, au regard de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage.⁸⁴⁹ Le partenaire homosexuel ne peut donc pas constituer une famille homoparentale à travers l'adoption avant la réforme de 2013 (Section 1).

⁸⁴⁵ CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n°25951/07.

⁸⁴⁶ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §1, A et B.

⁸⁴⁷ Article 365 al 1^{er} du Code civil : « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, mais celui-ci en conserve l'exercice ».

⁸⁴⁸ V. Annexe 7: Le droit de la famille en schémas. L'adoption.

⁸⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, Bull. civ. I, n°113; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, précité.

360. La seule possibilité offerte pour le partenaire homosexuel est la délégation partage de l'autorité parentale⁸⁵⁰ introduite par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002⁸⁵¹ à l'article 377 du Code civil. Elle permet au parent biologique de l'enfant de partager son autorité parentale avec un « tiers ». Cette opération constituait avant la réforme de 2013 le seul moyen pour rattacher juridiquement l'enfant au partenaire homosexuel et pour reconnaître un minimum la constitution de la famille homoparentale (Section2).

Section 1 - Une impossibilité légale pour le partenaire homosexuel

361. Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'article 365 du Code civil était au cœur d'un combat judiciaire acharné mené par les couples homosexuels, et plus particulièrement par les couples de femmes homosexuelles qui en revendiquaient le bénéfice. Si ce texte relatif aux conséquences de l'adoption simple pose en principe que « *l'adoptant est investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale...* », il énonce également l'exception dont le bénéficiaire est revendiqué. Cette exception permet à l'adoptant d'exercer conjointement l'autorité parentale avec son conjoint, autrement dit, une personne mariée, en excluant donc le concubin ou le partenaire pacsé homosexuel et hétérosexuel de cet avantage. Le législateur français établit donc une différence de traitement entre le conjoint et le concubin ou le partenaire pacsé mettant en évidence des situations juridiquement non comparables et qui peuvent ainsi être traitées d'une différente façon. L'adoption simple par le concubin et le partenaire homosexuel/hétérosexuel est donc impossible en droit avant la réforme opérée en 2013 (§1). La portée de l'article 365 du Code civil a d'ailleurs été examinée à la fois par le Conseil constitutionnel au regard du principe d'égalité et aussi par la Cour européenne des droits de l'homme vis-à-vis de la Convention pour retenir, d'une part, une non discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, d'autre part, pour confirmer la fermeture française et européenne de la constitution de la famille homoparentale pour le partenaire homosexuel (§2).

§ 1 - La fermeture posée par le droit français

362. L'interprétation littérale du texte de l'article 365 du Code civil fixe les règles relatives à l'autorité parentale sur un enfant faisant l'objet d'une adoption simple. Cet article

⁸⁵⁰ V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. L'autorité parentale.

⁸⁵¹ La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

permet à l'adoptant marié d'exercer conjointement l'autorité parentale avec son conjoint. En d'autres termes, l'adoption simple par le concubin ou le partenaire pacsé hétérosexuel/homosexuel n'est donc juridiquement pas possible. La distinction opérée par l'article 365 du Code civil entre le conjoint et le concubin ou encore du partenaire pacsé n'impose pas ainsi à une situation juridique différente, un traitement juridique identique. La fermeture de la constitution de la famille homoparentale pour le partenaire homosexuel est clairement justifiée au regard de cette différence de traitement (A).

363. La Cour de cassation fait également la même interprétation de l'article 365 du Code civil. C'est pour cette raison qu'elle refuse fermement d'accorder l'adoption simple au concubin ou au partenaire pacsé homosexuel car ils n'ont pas le statut de conjoint, autrement dit celui d'une personne mariée. Selon la Cour de cassation, la situation juridique non comparable entre un concubin ou un partenaire pacsé hétérosexuel/homosexuel et un conjoint peut légitimement justifier un traitement juridique différent aux termes de l'article 365 du Code civil (B).

A - Une fermeture clairement posée par l'interprétation littérale de l'article 365 du Code civil

364. L'article 365 du Code civil dispose : *« L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité »*. Ce texte pose une règle, qu'il assortit d'une exception. La règle est fondée sur le fait que l'adoptant est seul titulaire de tous les droits d'autorité parentale à l'égard de l'adopté; il ne peut donc y avoir ni partage de l'autorité parentale elle-même ni exercice concurrent de celle-ci et l'exception concerne l'adoption de l'enfant du conjoint (c'est-à-dire de l'époux ou de l'épouse, et non pas du signataire d'un PACS), auquel cas l'autorité parentale est détenue et peut être exercée concurremment par l'adoptant et son conjoint qui est la mère ou le père de l'enfant.

365. En conséquence, ce n'est que dans un couple marié que le parent biologique peut conserver l'autorité parentale sur l'enfant adopté par son conjoint, autorité qu'il peut exercer soit seule, soit en commun avec son conjoint. L'interprétation de la lettre de l'article 365 du

Code civil constitue indiscutablement un frein à l'adoption simple dans un couple homosexuel ou hétérosexuel pacsé ou en concubinage pour constituer une famille homoparentale et hétéroparentale. En effet, le concubin ou le partenaire d'un pacs n'est pas assimilable au conjoint, autrement dit à une personne mariée. Par conséquent, l'autorité parentale initialement dévolue au parent par le sang est, par le biais de l'adoption simple, transférée au parent adoptant.

366. Pourtant quelques juridictions de première instance ont admis le prononcé d'une adoption simple au sein d'un couple homosexuel⁸⁵². La plupart du temps, l'enfant avait été conçu à l'aide d'une insémination artificielle avec donneur (IAD) réalisée par l'une des deux femmes à l'étranger⁸⁵³, car interdite en France⁸⁵⁴. Pour assurer le rattachement de l'enfant à la compagne ou partenaire de sa mère légale, certains avocats avaient pensé que le dépôt d'une requête en adoption simple offrait la solution⁸⁵⁵. Ainsi, pour la première fois, le Tribunal de grande instance de Paris a, en effet, le 27 juin 2001⁸⁵⁶, accepté de prononcer l'adoption simple de trois enfants par la partenaire pacsée de la mère. En l'espèce, les deux femmes, Mme P. et Mme B., vivaient ensemble depuis 21 ans. Elles ont conclu un pacte civil de solidarité le 15 novembre 2000. Mme B. ne pouvant pas avoir d'enfant, sa concubine, Mme P., a recouru à plusieurs inséminations artificielles avec donneur. Les trois enfants, Giulietta, Luana et Zelina, sont élevés par les deux femmes. Elles ont été déclarées sous le nom de leur mère et n'ont pas de filiation établie à l'égard du père. Mme B. a participé activement à leur éducation. Mme B. a désiré consacrer juridiquement les liens qui l'unissent aux enfants, notamment par l'établissement d'un lien de filiation. C'est pourquoi elle avait déposé une requête en adoption simple des trois enfants. Au terme d'un jugement très laconique, le tribunal de grande instance de Paris avait fait droit à sa demande en précisant seulement qu'il avait « *vérifié que toutes les conditions de la loi [étaient] remplies* ».

367. Dans le même sens, le Tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand, le 24 mars 2006,⁸⁵⁷ avait lui aussi accueilli la requête en adoption simple, introduite par la compagne de la mère légale d'un enfant qui avait été conçu à la suite d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme. Dans leur décision, les juges avaient

⁸⁵² Au début des années 2000, s'est posée la question de savoir si la compagne de la mère d'un enfant pouvait l'adopter en la forme simple.

⁸⁵³ La femme ayant accouché de l'enfant est sa mère légale, par application de l'article 311-25 du Code civil.

⁸⁵⁴ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A.

⁸⁵⁵ En effet, l'adoption simple présente la particularité de permettre un cumul de filiations. En l'occurrence, elle aurait permis d'ajouter à la parenté biologique de la mère ayant donné naissance à l'enfant à l'enfant, la parenté adoptive de sa compagne et ainsi, de doter l'enfant de deux parents légaux. Le raisonnement n'était pas d'ailleurs incongru puisque l'adoption simple a été prononcée, en ces circonstances, par plusieurs juridictions du fond.

⁸⁵⁶ TGI Paris, 27 juin 2001, n° RG 01/03298, *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. HAUSER.

⁸⁵⁷ TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 127, *AJ Fam.* 2006, p. 245, obs. F. CHENEDE. Ce jugement a été infirmé par la Cour d'appel de Riom. V. CA Riom, 2° ch., 27 juin 2006, *Min. public c/ Marie-Hélène B* : *Juris-Data* n°2006-315630 ; *RTD civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER.

relevé « *que, s'agissant de l'homoparentalité, terrain sur lequel le tribunal est nécessairement conduit à se placer compte tenu des arguments soulevés par le ministère public, il convient de faire un constat : (l'enfant) est et sera élevé par deux femmes, quelle que soit la présente décision ; que le tribunal n'a pas à porter de jugement sur la sexualité de la requérante ; qu'il n'est pas démontré qu'un enfant élevé par deux personnes de même sexe, situation de fait au caractère non exceptionnel, serait exposé à des perturbations psychologiques et autres troubles de la personnalité (...). Attendu que la démarche de Madame (la requérante) tend à voir établir un lien de filiation avec l'enfant de sa compagne dans le but de l'élever et de former ainsi une famille avec ses deux parents, ce qui apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant (...)* ».

368. De la même façon, une autre adoption simple avait été aussi prononcée par le Tribunal de grande instance d'Amiens dans un jugement rendu le 8 septembre 2006.⁸⁵⁸ En l'espèce, une femme avait présenté une requête tendant à l'adoption simple du fils de la femme qui partageait sa vie depuis onze ans. Le petit garçon, âgé de deux ans et demi au moment du dépôt de la requête, avait été conçu par une insémination artificielle avec donneur laquelle avait été pratiquée en Belgique. Le tribunal a ainsi considéré qu'il est « *conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant de bénéficier d'un lien juridique avec la partenaire de sa mère, qui considère comme son propre enfant et qui participe à son éducation* ». Il a également précisé que l'adoption simple permet à la requérante de « *continuer à tenir un rôle éducatif qu'elle a toujours eu aux yeux de l'enfant* », ce qui peut être très important « *en cas de survenance d'un événement privant la mère de la capacité d'exprimer sa volonté* ». La Cour d'appel d'Amiens a confirmé le jugement le 14 février 2007⁸⁵⁹. Elle a jugé, en effet, qu'une telle adoption est « *conforme à l'intérêt de l'enfant* », soulignant que, grâce à celle-ci, l'enfant dispose « *d'un parent supplémentaire conformément à la réalité du cadre familial dans lequel il évolue* ». Enfin, le Tribunal de Belfort, le 24 octobre 2006⁸⁶⁰, a accordé à une femme l'adoption simple d'un petit garçon de cinq ans que sa compagne avait conçu cinq ans plutôt par insémination artificielle en Belgique. Pour le dossier d'adoption, elles avaient réuni une quarantaine de témoignages. Si le parquet a soutenu leur demande, le substitut du procureur de la République a donné un avis favorable à l'adoption en se fondant notamment sur la qualité des attestations jointes à la requête. Le Tribunal de grande instance avait donc estimé que les conditions prévues par la loi pour une adoption simple étaient, en l'espèce, réunies et que le prononcé de celle-ci était conforme à l'intérêt de l'enfant.

⁸⁵⁸ V. Au sujet de ce jugement : « *Timothee, deux mères et la bénédiction du juge* », *Libération*, 13 octobre 2006.

⁸⁵⁹ Ce choix en l'espèce par la Cour d'appel d'Amiens a été largement commenté par la presse : « *La justice accepte l'adoption d'un enfant par l'amie de sa mère* », *Libération*, 14 février 2007 ; « *La justice fait un pas vers l'homoparentalité* », *Le Figaro*, 14 février 2007 et « *Une Cour d'appel confirme l'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère biologique* », *Têtu*, 14 février 2007.

⁸⁶⁰ TGI Belfort, 24 octobre 2006, RG 06/00810.

369. Ces jugements ont le mérite de faire un pas vers la consécration de la famille homoparentale. Dans toutes ces espèces, les juges du fond avaient fait totalement abstraction du fait que l'enfant était né d'une insémination artificielle réalisée en infraction à la loi française. Alors qu'ils auraient pu considérer qu'il y avait eu contournement de la loi et donc fraude, et sanctionner celle-ci par le refus de prononcer l'adoption simple, les magistrats avaient refusé d'adhérer à ce type de raisonnement : ils avaient pris le parti de statuer sur la requête en adoption indépendamment des circonstances qui ont conduit à la conception de l'enfant. Ainsi, « *en matière d'insémination artificielle dans le cadre d'un couple homosexuel, les dispositions légales violées paraissent moins évidentes, si bien que le poids du fait accompli-la présence de l'enfant au foyer – a plus de chance de primer et il invite plutôt au prononcé de l'adoption* »⁸⁶¹. Néanmoins, le prononcé de l'adoption simple dans cette hypothèse comportait un inconvénient de taille. Comme le prévoit l'interprétation de l'article 365 du Code civil, ces prononcés d'adoptions simples vont avoir pour effet de priver la mère biologique de l'exercice de son autorité parentale sur son enfant, transférée au parent adoptant sauf hypothèse particulière de l'adoption de l'enfant du conjoint (mariage interdit à l'époque aux couples homosexuels). L'enfant a alors une mère biologique sans autorité parentale et une mère adoptive avec autorité parentale. Cependant, il existe une solution pour que la mère biologique récupère ses droits parentaux perdus à cause de l'effet de l'adoption simple. Après le prononcé de l'adoption simple, la mère adoptive peut, en effet, demander en justice que son autorité parentale soit déléguée et partagée avec la mère biologiquement sur le fondement de l'article 377 al 1er du Code civil⁸⁶².

370. La première affaire de ce genre dont a eu à connaître la justice concerne le couple de femmes homosexuelles qui avait eu trois enfants par insémination artificielle, lesquels avaient été reconnus par leur mère biologique et adoptés en la forme simple par la compagne de celle-ci après un jugement rendu en ce sens par le Tribunal de grande instance de Paris le 27 juin 2001⁸⁶³. Cette demande a été accueillie par le Tribunal de grande instance de Paris qui a jugé que, par application de l'article 377-1 du Code civil⁸⁶⁴, l'autorité parentale que détenait, après l'adoption simple, la compagne de la mère des enfants est déléguée à la mère par le sang, un partage de l'exercice s'opérant entre les deux femmes seulement pour les besoins d'éducation des enfants. Il a aussi précisé qu'il n'était pas possible de reprocher aux intéressés de contourner l'esprit des textes dans la mesure où la délégation partage avait été créée par la

⁸⁶¹ V. P. MURAT, *Dr. fam.* 2001, comm. 116, note sous TGI Paris, 27 juin 2001.

⁸⁶² Article 377 al 1^{er} du Code civil : « *Les 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, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

⁸⁶³ TGI Paris, 27 juin 2001, n° RG 01/03298, *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. HAUSER, précité.

⁸⁶⁴ Article 377-1 du Code civil, précité.

loi ⁸⁶⁵après la décision judiciaire ayant prononcé l'adoption simple⁸⁶⁶. Ainsi, la délégation a restitué à la mère par le sang tous les droits d'autorité parentale que lui avait fait perdre le prononcé de l'adoption simple, sauf pour les besoins d'éducation des enfants pour lesquels les deux femmes se partageront les droits. La délégation-partage présente donc l'avantage de rééquilibrer juridiquement les attributs de l'autorité entre les deux mères de l'enfant⁸⁶⁷.

Mais, la Cour de cassation est rapidement intervenue afin de mettre un terme au prononcé d'adoption simple au sein d'un couple homosexuel et sur l'octroi éventuel d'une délégation-partage de l'autorité parentale. C'est en reprenant l'interprétation de l'article 365 du Code civil qu'elle se prononce en faveur d'une double interdiction de constituer une famille homoparentale pour le partenaire homosexuel à travers l'adoption.

B - Une interprétation fermement confirmée par la jurisprudence française

371. En 2007, la Cour de cassation a en effet rendu trois arrêts en matière d'homoparentalité. Ces arrêts rendus par la Cour de cassation ont trait l'un et l'autre aux problèmes posés par les adoptions dans les unions homosexuelles et ils ont permis de connaître la position officielle de la Cour, tant sur la question du prononcé de l'adoption simple par la compagne de la mère légale de l'enfant pour la constitution d'une famille homoparentale que sur le problème de l'admission éventuelle d'une délégation-partage de l'autorité parentale entre les deux mères : mère biologique et mère adoptive de l'enfant. La Cour de cassation a brisé, à cette occasion, les espoirs d'un grand nombre d'homosexuels en énonçant que la compagne ou partenaire de la mère biologique d'un enfant ne peut pas adopter celui-ci en la forme simple. Cette solution, n'a jamais été remise en cause jusqu'à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 laquelle, en autorisant les couples homosexuels à se marier, autorise du même coup un conjoint homosexuel à adopter l'enfant biologique de son époux⁸⁶⁸. Le raisonnement de la Cour de cassation consistait, à l'époque, à refuser le prononcé de l'adoption simple au motif que celui-ci aurait pour effet, par application de l'article 365 du Code civil, de conférer l'autorité parentale à la seule adoptante, dépouillant ainsi de ses droits la mère biologique de l'enfant. Selon la Cour de cassation, l'adoption simple prononcée dans ce contexte n'est donc pas conforme à l'intérêt de l'enfant ainsi que l'exige l'article 353 du Code civil⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

⁸⁶⁶ TGI Paris, 2 avril 2004, *JCP G 2005*, I, n° 116, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁸⁶⁷ V. Section 2 de ce même chapitre, §1 et §2.

⁸⁶⁸ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

⁸⁶⁹ Article 353 alinéa 1^{er} du Code civil prévoit : « *L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les*

372. Dans ces trois affaires, les circonstances de fait étaient très voisines. Deux femmes vivant en commun depuis un certain nombre d'années et avaient conclu un pacte civil de solidarité. Puis, l'une d'elles avait donné naissance à des enfants à la suite d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme, réalisée en Belgique, dont la législation n'interdit pas ce procédé prohibé par la loi française⁸⁷⁰. Dans tous les cas d'espèce, l'adoption simple des enfants avait été ensuite demandée, avec le consentement de la mère, par la partenaire. En premier lieu, les deux premiers arrêts de la Cour de cassation sont rendus le même jour, le 20 février 2007⁸⁷¹. Dans la première espèce, la Cour d'appel de Bourges, le 13 avril 2006⁸⁷², avait admis l'adoption simple aux motifs que « *l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant* », la mère pouvait et sa compagne lui assurant une qualité de vie matérielle et morale satisfaisante, en ajoutant que la mère biologique pouvait « *solliciter un partage ou une délégation d'autorité parentale* » afin que celle-ci soit partagée entre les deux femmes qui s'occupaient de l'enfant. Dans la deuxième espèce, la Cour d'appel de Paris⁸⁷³ a au contraire refusé l'adoption simple aux motifs que l'adoption avait pour inconvénient de déposséder la mère biologique de tous ces droits d'autorité parentale au profit de l'adoptante⁸⁷⁴ et serait par la même contraire à l'intérêt de l'enfant. C'est sur cette dernière position que ce rallie la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 février 2007. Elle met fin à cette apparente opposition des juges du fond⁸⁷⁵ en se fondant sur la lecture restrictive de l'article 365 alinéa 1 du Code civil qui prévoit : « *l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté* ».

conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

⁸⁷⁰ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

⁸⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, (2 arrêts), Bull. civ. n° 70 et 71, D. 2007, 1047, note D. VIGNEAU ; JCP G 2007. II. 10068, note. C. NEIRINCK ; RTD civ. 2007, p. 325 obs. J. HAUSER ; Defrénois 2007, 791, obs. J. MASSIP, AJ fam. 2007.182, obs. F. CHENEDE, précité.

⁸⁷² CA Bourges, 13 avril 2006, Juris-Data n°2007-03456, RTD civ. 2007, p.325, obs. J. HAUSER ; AJ fam. 2007, p. 182, obs. F. CHENEDE.

⁸⁷³ CA Paris, 6 mai 2004, Juris-Data n°2007-037455.

⁸⁷⁴ Réf. à l'article 365 du Code civil, précité.

⁸⁷⁵ Cette jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation en 2007 était, dans la pratique judiciaire, suivie par les juges du fond, comme en témoigne, notamment, un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Amiens le 17 septembre 2008. V. G. SERRA, RLDC 2008/54, n° 3195. En réalité, la Cour de cassation avait déjà été amenée, dans cette affaire, à se prononcer sur la validité de l'adoption simple, laquelle avait été admise tant par les premiers juges. (TGI Amiens, 8 septembre 2006, précité) que par ceux de la Cour d'appel (CA Amiens, 14 février 2007, précité). Saisi par un pourvoi formé par le ministère public, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 6 février 2008, avait suivi sa jurisprudence inaugurant en 2007 en jugeant que l'adoption simple par la partenaire de l'enfant que l'autre partenaire avait mis au monde à la suite d'une IAD réalisée en Belgique n'était pas conforme à son intérêt. Statuant sur renvoi, la Cour d'appel d'Amiens, autrement composée, a, dans sa décision du 17 septembre 2008, suivi sans réserve la position de la Cour de cassation. Elle a ainsi rappelé que selon l'article 365, alinéa 1 1^{er} : « *L'adoptant est seul investi, à l'égard de l'adopté, de tous les droits d'autorité parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté* ». Elle a insisté sur le fait que l'adoption demandée aurait pour effet de priver la mère biologique de son autorité parentale, ce que celle-ci ne souhaitait pas. Elle en a alors conclu que dans ces conditions et malgré les liens affectifs évidents qui existaient entre l'enfant et la requérante, le prononcé de l'adoption sollicitée n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

373. La Cour de cassation considère d'abord que le refus de prononcer l'adoption simple est exclusivement fondé sur l'article 365 du Code civil car cet article ne profite qu'au conjoint *stricto sensu* et non au partenaire d'un PACS. La Cour estime que, en l'état des textes, le PACS n'étant pas comparable à un mariage et que l'article 365 du Code civil visant que les conjoints et non les personnes liées par un PACS, l'adoption, si elle était prononcée au profit de la partenaire, priverait la mère biologique (ou encore le père) de ses droits d'autorité parentale. Ce transfert est pour la Cour de cassation contraire à l'intérêt de l'enfant. Autrement dit, la Cour de cassation n'entend pas assimiler le partenaire d'un PACS à un conjoint qui est une personne mariée afin de permettre à la mère biologique de partager avec l'adoptante les prérogatives de l'autorité parentale. La Cour de cassation fait une application, en l'espèce, de l'article 365 du Code civil. Le conjoint et le partenaire d'un Pacs ne sont pas dans une situation juridique comparable ce qui justifie, un traitement juridique différent.

374. La Cour de cassation considère ensuite que l'inconvénient de cette dépossession cesserait en cas de délégation-partage de l'autorité parentale au sens de l'article 377 du Code civil ce qui est « *antinomique et contradictoire* » avec l'adoption simple. « *Antinomique et contradictoire* » : l'addition de ses deux adjectifs dont le sens est identique permet de marteler avec force l'affirmation qu'une adoption et une délégation de l'autorité parentale, sans ou avec l'exercice partagé, sont incompatibles et donc impossibles. La logique juridique impose une telle conclusion. La requête en adoption tend à la création d'un lien de filiation et, au-delà, à l'obtention des droits qui en découlent. L'adoptante demande ainsi indirectement que lui soit confiée l'autorité parentale. Elle ne peut donc pas vouloir dans le même temps restituer ou partager l'exercice de cette autorité avec celle qui y a renoncé pour permettre la satisfaction de sa propre demande. Le caractère antinomique de cette démarche s'affiche dans le choix du délégataire. Alors que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale vise dans son article 377 alinéa 1^{er} du Code civil un « *tiers, un membre de la famille, proche digne de confiance* », personne qui par définition n'ont aucune vocation particulière à exercer l'autorité parentale, l'adoptante délégante choisit la mère. Or, cette dernière n'entre pas dans la catégorie des délégataires possibles. Elle est le premier parent et, si elle n'y avait pas renoncé en consentant à l'adoption, elle serait toujours la titulaire de ce droit qui selon la loi lui appartient en sa qualité seule.⁸⁷⁶ Si la délégation au profit de la mère est non envisageable de la part de l'adoptante, corrélativement il est tout aussi antinomique

⁸⁷⁶ Réf. Article 371-1 du Code civil rédigé avant la réforme de 2013 qui prévoit : « *L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ».

que la mère qui par son consentement à l'adoption a renoncé à exercer l'autorité parentale, soit associé à une requête en délégation afin de récupérer cet exercice.

375. Deux enseignements peuvent être ainsi tirés de ces arrêts. Le premier, selon la Cour de cassation, l'adoption des enfants par la compagne de leur mère biologique ne peut être prononcée dans un tel cas, dans la mesure où le prononcé de l'adoption simple a pour effet de conférer l'autorité parentale au seul adoptant. Dès lors, dans une telle configuration, l'adoption simple n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant puisque sa mère par le sang perd ainsi tous ses droits liés à l'autorité parentale. Aussi, en fondant le refus du prononcé de l'adoption simple sur la perte de l'autorité parentale du parent par le sang, la Cour de cassation met en évidence que l'adoption simple n'est possible que si le couple est marié et ferme, par conséquent, l'adoption de l'enfant du partenaire ou du concubin qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel est exclue. Néanmoins, le fondement officiel du refus du prononcé de l'adoption simple, à savoir la perte de l'autorité parentale du parent par le sang, que met ici en avant la Cour de cassation pour justifier sa décision, se cache, en réalité, derrière, une motivation plus officieuse. Admettre le prononcé de l'adoption simple dans de telles circonstances reviendrait à avaliser en amont les pratiques interdites qui ont nécessairement été utilisées pour concevoir les enfants, à savoir le recours à la PMA, ce qui ruinerait purement et simplement le travail du législateur.

376. Le second enseignement qui peut être tiré de cette décision est que la délégation partage de l'autorité parentale sur le fondement des articles 377 et suivant du Code civil est impossible en cas d'adoption simple. En effet, en refusant le prononcé de la délégation, la Cour de cassation semble revenir sur la solution retenue par l'arrêt du 24 février 2006⁸⁷⁷, selon lequel l'article 377, alinéa 1^{er}, « *ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit une union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'enfant* ». En réalité, les faits qui étaient soumis à l'appréciation des juges du fond de Paris et de Bourges ne sont pas les mêmes. L'arrêt du 24 février 2006 permettait, en effet, à la mère biologique, seule titulaire de l'autorité parentale, de déléguer celle-ci à un tiers : sa compagne. Au contraire, selon les données des deux espèces, le délégant aurait dû être la compagne adoptante et le délégataire, c'est-à-dire le *tiers*, la mère biologique des enfants. C'est donc en grande partie parce que la mère ne peut recevoir la qualification de *tiers* que la Cour de cassation a décidé de faire obstacle à un détournement, contraire à l'intérêt de l'enfant, de l'institution de l'adoption. Autrement dit, la délégation d'autorité parentale est possible s'il

⁸⁷⁷ V. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, précité.

n'y a pas eu préalablement une demande d'adoption simple. Dans l'arrêt du 24 février 2006, la délégation partage de l'autorité parentale consentie par la mère biologique initialement seule titulaire de cette autorité au profit de sa compagne maintenait l'autorité parentale de la mère biologique sur son enfant. Il ne s'agissait que d'une délégation partielle d'autorité parentale, sans établissement d'un nouveau lien de filiation qui s'ajouterait ou se substituerait au précédent existant.

377. Dans les arrêts du 20 février, la délégation de l'autorité parentale aurait fait suite à une adoption simple de l'enfant du partenaire pacsé, adoption qui entraînerait le transfert de l'autorité parentale au seul adoptant, le parent biologique ne pouvant plus être titulaire ni exercer les droits en résultant. Il n'y aurait toujours qu'un titulaire de l'autorité parentale, mais elle aurait changé de main. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence conformément à l'article 365 du Code civil en matière d'adoption simple au sein d'un couple homosexuel le 19 décembre 2007⁸⁷⁸. La Cour a, en effet, une nouvelle fois, approuvé le rejet d'une demande en adoption simple formée par la compagne pacsée de la mère biologique⁸⁷⁹. Mais, contrairement, à l'arrêt du 20 décembre 2007, la Cour de cassation a eu à examiner un nouveau moyen de droit tiré de la violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il était, en effet, soutenu par la demanderesse au pourvoi que le refus de prononcer l'adoption constituait une discrimination à l'encontre des personnes de même sexe vivant en union stable et continue dans les liens d'un PACS et une atteinte injustifiée à leur vie privée et familiale.

378. Le moyen conduisait la Cour de cassation à revenir sur la discussion sur la définition du mariage et la discrimination prétendue faite aux personnes de même sexe qui ne peuvent pas se marier⁸⁸⁰. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs « *qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision* ». Le raisonnement de la Cour de cassation apparaît clair et conforme à l'application stricte de l'article 365 du Code civil. Les mêmes arguments

⁸⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2007, n° 06-21.369, Bull. civ. I, n° 392 ; *Dr. fam.* 2008, n° 28, note P. MURAT ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. MASSIP ; *AJ. fam.* 2008. 75, obs. F. CHENEDE, précité.

⁸⁷⁹ CA Riom, 2^e ch., 27 juin 2006, *Min. public c/ Marie-Hélène B*, *Juris-Data* n°2006-315630 ; *RTD civ.* 2007, p. 100, obs. J. HAUSER.

⁸⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, Bull. civ., I, n°113 ; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER ; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, précité.

techniques qui empêchent l'adoption au sein du couple homosexuel sont parfaitement opposables aux couples hétérosexuels dès lors qu'il n'y a pas mariage. En d'autres termes, ces deux types de couples non mariés hétérosexuels sont dans une situation comparable ce qui justifie, au regard de l'article 365 du Code civil un traitement identique et un traitement différent en cas de mariage. La règle énoncée à l'article 365 n'est donc pas fondée sur une discrimination envers les couples homosexuels⁸⁸¹. C'est pour cela que la Cour de cassation a d'ailleurs conclu que les juges d'appel n'avaient pas, en refusant l'adoption, contredit les dispositions de la Convention européenne⁸⁸².

379. Les arrêts rendus par la Cour de cassation les 20 et 19 février 2007 indiquent clairement son refus de consacrer l'adoption simple de l'enfant par le concubin ou le partenaire pacsé du parent biologique et cela conformément à l'article 365 du Code civil⁸⁸³. Dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a été aussi amenée à se prononcer sur l'adoption au sein d'un couple franco-étranger homosexuel. Dans un arrêt rendu le 8 juillet 2010⁸⁸⁴, elle a jugé que l'adoption simple prononcée à l'étranger de l'enfant de sa concubine homosexuelle est bien conforme à l'ordre public international⁸⁸⁵. Mais cette décision

⁸⁸¹Néanmoins, cette absence de discrimination est discutable dans la mesure où le partenaire hétérosexuel pacsé ou en concubinage peut contourner cette impossibilité d'adopter l'enfant de son conjoint en se mariant. Une possibilité non offerte au partenaire homosexuel avant la réforme de 2013 car le mariage lui interdit. D'ailleurs le Conseil constitutionnel soulèvera cette apparente égalité traitement discutable lors de son examen de la conformité de l'article 365 du Code civil à la Constitution. V. Cons. const, déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER.

⁸⁸²Réf. aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁸³La Cour de cassation l'a d'ailleurs, une nouvelle fois, rappelée dans un arrêt rendu le 9 mars 2011. En l'espèce, un couple de femmes avait formé une demande d'adoption simple de l'enfant né de la compagne par insémination artificielle et consentie à l'adoption de l'enfant par celle-ci. Les juges du fond ont rejeté leur demande sur le fondement de l'article 365 du Code civil. Pour obtenir la censure de cette décision, les demanderesses soutenaient que celle-ci allait à l'encontre, d'une part, des droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part, du droit au respect de la vie privée et familiale et au principe de non-discrimination garanti par la Convention européenne. V. dans ce sens: Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10.385, *Dr. Fam.* 2011, com.74, note C. NEIRINCK, *AJ. Fam.*, 2011. 205, note F. CHENEDE.

⁸⁸⁴Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n°08-21.740, *AJ fam.* 2010. p. 394, obs. A. MIRKOVIC, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. GALLMEISTER

⁸⁸⁵Mme B., de nationalité française, et Mme N, de nationalité américaine, vivaient aux Etats-Unis, où elles avaient conclu une convention de vie commune, dite de *domestic partnership*. Mme N. recourt à une insémination artificielle avec donneur anonyme et deux mois après la naissance de la petite Anna, la Cour supérieure du Comté de Delkad, en Géorgie, prononce l'adoption de celle-ci par la compagne de sa mère. Le jugement prévoit que l'autorité parentale sera partagée par la mère biologique et la mère adoptive ; l'acte de naissance sera rectifié avec mention de Mme N. comme mère et celle de Mm B. en qualité de « parent ». Quelques années plus tard, Mme B. demande au juge français l'*exequatur* du jugement américain (Depuis l'abandon par le fameux arrêt *Cornelissen* du contrôle de la compétence législative indirect, l'*exequatur* d'une décision étrangère est soumis à trois conditions : la compétence indirecte du juge étranger, l'absence de fraude à la loi, et la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure. Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*). Le Tribunal de grande instance, puis la Cour d'appel de Paris refuse de faire droit à sa demande, en raison de sa contrariété à l'ordre public internationale français car, en vertu de l'article 365 du Code civil, cette adoption priverait en France la mère biologique de l'autorité parentale dont l'adoptante serait seule investie. Mm B forme un pourvoi en cassation. La Haute juridiction va censurer les arrêts des juges parisiens, au visa de l'article 509 du Code de procédure civile, ensemble l'article 370-5 du Code civil. A cet égard, elle énonce que le refus d'*exequatur* fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français. Et il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant. En

concernait un problème très spécifique, à savoir l'exequatur⁸⁸⁶ en France d'une décision étrangère américaine, en l'espèce, obtenue sans fraude. En ordonnant l'exequatur de la décision américaine, la Cour de cassation a ainsi permis l'adoption simple internationale de la partenaire étrangère de produire tous ses effets en France. Elle n'a pas permis de manière générale à une partenaire d'adopter l'enfant biologique de sa compagne en droit interne⁸⁸⁷. En outre, cette brèche ouverte par la Cour de cassation en 2010⁸⁸⁸ a été assez vite refermée puisqu'en 2012, celle-ci a semblé faire marche arrière. La Cour devait ici se prononcer sur la reconnaissance en France de deux adoptions plénières prononcées à l'étranger au profit de couples homosexuels d'hommes⁸⁸⁹. Dans un cas, il s'agissait d'un couple franco-britannique vivant au Royaume-Uni et dans l'autre, un couple franco-canadien vivant à Montréal⁸⁹⁰. La conséquence, la Cour annule l'arrêt et ordonne l'exequatur de la décision rendue le 10 juin 1999.

⁸⁸⁶ Autrement dit, la reconnaissance juridique sur le sol français, d'une décision prise plus tôt, en l'espèce, par un Tribunal américain, en faveur d'une certaine Mme B.

⁸⁸⁷ La solution adoptée par la Cour de cassation présente ainsi l'avantage de reconnaître dorénavant toutes les adoptions simples de couples homosexuelles légalement autorisées à l'étranger. En effet, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 juillet 2010 est une décision de principe ce qui signifie que tous les couples de même sexe ayant obtenu une décision d'adoption à l'étranger pourront la faire reconnaître en France sur la base de cette jurisprudence. Pour la première fois, la Haute juridiction française reconnaît qu'un enfant peut avoir deux parents de même sexe. Cela peut notamment concerner tous les couples franco-étrangers dont le second parent a pu adopter légalement à l'étranger l'enfant de son partenaire. Cela concerne les Etats-Unis, mais aussi le Royaume-Uni et le Canada. La Cour d'appel de Paris le 27 janvier 2011 a d'ailleurs récemment repris la solution de principe de la Cour de cassation du 8 juillet 2010. En l'espèce, une femme américaine a accouché de deux enfants à la suite d'une procréation médicalement assistée avec donneur anonyme respectivement en 2002 et en 2004, à New-York. En 2005, un tribunal de cette même ville prononce, par deux jugements, leur adoption par la concubine franco-américaine de la mère biologique, dont les droits ne sont pas affectés. Le Tribunal de grande instance de Paris refuse l'exequatur à ces jugements en raison de la violation de l'article 365 du Code civil. La Cour d'appel de Paris considère au contraire que l'exequatur peut être accordée. V. CA Paris, 27 janvier 2011, RG n° 10/02614, *AJ fam.* 2011, p. 151.

⁸⁸⁸ La décision de la Cour de cassation du 8 juillet 2010 a néanmoins mis en relief une discrimination à rebours, puisque des couples de mêmes sexes étrangers peuvent bénéficier sur le sol français de reconnaissance de l'adoption par le second parent qui a été prononcée à l'étranger, alors que pour les couples de personnes de mêmes sexes en France, le second parent de fait, ne peut adopter. Il y avait donc bien une discrimination très claire entre ceux qui vivent à l'étranger et ceux qui vivent en France. La situation était donc paradoxale : une femme ne peut pas exercer le partage de l'autorité parentale ou adopter l'enfant de sa compagne en France, mais si l'adoption a été prononcée à l'étranger, cette adoption peut être reconnue et produire des effets en France. Cette nouvelle discrimination maintenait les enfants des familles homoparentales françaises dans une insécurité juridique, sociale et psychologique du fait de la négation de la reconnaissance du parent social. Il y a même une certaine hypocrisie à se prévaloir d'un ordre public qui prohibe l'adoption par les couples de même sexe en France, comme les mariages homosexuels, et à atténuer ces exigences pour reconnaître des situations régulièrement formées à l'étranger. En plus de cette décision, la Haute juridiction française a refusé, le même jour, un partage d'autorité parentale à un couple de lesbienne au motif que les deux femmes ne « *démontraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis* » V. Cass. civ 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10385, *AJ fam.* 2011, p. 205. C'est pourtant, quelque chose qu'elle reconnaît depuis son arrêt du 24 février 2006. V. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006, 897, note D. VIGNEAU, précité. Cela rend le droit de la famille incohérent et cela signifie que les situations internationales et les situations internes ne sont pas soumises au même régime juridique et qu'il était nécessaire de les mettre sur un même pied d'égalité. Une égalité reconnue avec la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 qui a permise la reconnaissance juridique de la famille homoparentale en permettant la double filiation des parents de même sexe sur les enfants.

⁸⁸⁹ Cass, civ. 1^{er}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n°11-30.262, *AJ. Fam.* p. 397 obs. B. HAFTEL; *Dr. fam.*, Repère 7, p.1, obs. C. NEIRINCK.

⁸⁹⁰ Ces arrêts rendus le 7 juin 2012 par la Première chambre cassent deux arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait ordonné l'exequatur des jugements anglais et québécois d'adoption plénière. V. CA Paris, 24 février 2011, RG n° 10/08848 et RG n° 10/08810. V. aussi « Homoparentalité : la France reconnaît deux adoptions à l'étranger

Cour d'appel de Paris, saisie de la question, avait prononcé l'exequatur des jugements d'adoption au motif qu'une décision étrangère qui prononce l'adoption par un couple non marié et partage entre eux l'autorité parentale ne heurte aucun principe essentiel du droit français⁸⁹¹. Or, ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation qui a jugé en 2012 : « *qu'est contraire à un principe essentiel du droit de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'une enfant née de deux parents de même sexe* »⁸⁹².

380. La doctrine française a tenté d'expliquer ces solutions apparemment contradictoires adoptées par la Cour de cassation à deux années d'intervalle. Selon les auteurs, la Cour de cassation distingue implicitement, s'agissant des adoptions au sein d'un couple franco-étranger, selon qu'il s'agit d'une adoption simple individuelle ou plénière conjointe⁸⁹³. S'il s'agit d'une adoption simple par l'un des membres du couple homosexuel, la transcription du jugement d'adoption étranger est possible⁸⁹⁴. A l'inverse, s'il s'agit d'une adoption plénière par les deux membres du couple homosexuel, elle ne peut être autorisée⁸⁹⁵ dans la mesure où elle aurait pour effet d'indiquer sur l'état civil que l'enfant est « *né* » de deux parents de même sexe, ce qui est contraire à l'ordre public international⁸⁹⁶. En d'autres termes, le raisonnement de la Cour semble être le suivant : en 2010, dans la mesure où l'adoption n'était le seul fait que d'un seul parent adoptant et qu'elle n'avait pas pour effet d'effacer la filiation maternelle préexistante, mais de s'y ajouter, il ne serait agi, aux termes de l'article 370-5 du Code civil⁸⁹⁷, que l'adoption simple, susceptible d'être physiquement transcrite comme telle,

par des couples gays », *Têtu*, 24 mars 2011.

⁸⁹¹ CA Paris, 24 février 2011, *Dr. fam.* 2011, comm. 87, note M. FARGE.

⁸⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, *JCP G* 2012, doct. 878, note H. BOSSE-PLATIERE, *AJ Fam.* 2012, p. 397, B. HAFTEL.

⁸⁹³ Le droit français de l'adoption est en effet particulier en ce qu'il comprend deux formes d'adoption, simple et plénière, qui, lorsqu'il s'agit d'un mineur, sont identiques tant dans les conditions que dans leur procédure. Réf. Article 361 du Code civil. Mais, leurs conséquences, profondément différentes, résultent de la différence de publicité du jugement d'adoption. L'adoption simple est simplement mentionner en marge de l'acte de naissance. L'état civil de l'adopté témoigne de sa filiation en faisant coexister sa famille d'origine et les adoptants. Au contraire l'adoption plénière, irrévocable, consacre la disparition de la famille d'origine et désigne les adoptants comme uniques parents de l'adopté. Le jugement d'adoption plénière est transcrit sur les registres de l'état civil et cette transcription tient lieu d'acte de naissance de l'adopté. L'acte de naissance originaire, revêtu de la mention « adoption » est considéré comme nul. Réf. Article 354 du Code civil. Il en résulte qu'une adoption plénière, à la différence de l'adoption simple, ne peut en aucun cas être accordée en droit positif à un couple homosexuel avant la réforme de 2013.

⁸⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n°08-21.740, *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. A. MIRKOVIC, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. GALLMEISTER, précité.

⁸⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.262, *JCP G* 2012, doct. 878, note H. BOSSE-PLATIERE, *AJ fam.* 2012, p. 397, B. HAFTEL, précité.

⁸⁹⁶ La Cour de cassation vise ainsi l'article 310 du Code civil selon lequel : « *tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* » pour en déduire « *qu'est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant naissance, emporte inscription d'un enfant né de deux parents du même sexe* ».

⁸⁹⁷ L'article 370-5 du Code civil prévoit : « *L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. A défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les*

c'est-à-dire par l'adjonction d'une mention marginale sur l'acte d'état civil continuant à indiquer comme mère la mère initiale. A l'inverse, dans le cas d'espèce, dans la mesure où l'adoption est le fait de deux parents, et qu'elle est, manifestement, destinée à effacer les filiations biologiques originaires, il pourrait s'agir que d'une adoption plénière qui ne peut être transcrite matériellement sur l'acte d'état civil puisqu'elle supposerait, aux termes de l'article 354 du Code civil, d'indiquer l'enfant comme « *né de* » deux parents de même sexe, ce qui serait contraire à l'ordre public international⁸⁹⁸. Aux yeux de la Cour de cassation, la simple circonstance qu'une adoption étrangère donne à l'enfant deux parents de même sexe ne porte pas atteinte à l'ordre public international français. L'adoption ne porte donc atteinte à l'ordre public international que si elle a pour effet d'imposer d'écrire sur un acte d'état civil que l'enfant est né de deux parents de même sexe⁸⁹⁹.

381. La distinction faite par la Cour de cassation dans les arrêts de 2010 et 2012 ne convainc pas pleinement. Les deux arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012 apparaissent finalement en décalage par rapport à l'évolution prévisible du droit interne de l'époque⁹⁰⁰. Les élections présidentielles de mai 2012 ont en effet rendu vraisemblable l'admission prochaine du mariage homosexuel, lequel impliquera nécessairement, aux termes de l'article 343 du Code civil⁹⁰¹, l'adoption homoparentale. La Cour de cassation vient, en l'espèce, modifier le débat. Jusqu'à présent celui-ci portait essentiellement sur le principe, présenté comme une question d'égalité mathématique entre les couples. Cette dernière l'élargit aux conséquences qui en résulteront inmanquablement sur le terrain de la filiation. En effet, le mariage n'est pas uniquement l'institution symbolique qui consacre juridiquement un couple ; il est essentiellement la porte d'accès à la filiation, à toutes les formes de filiations. Les époux ont vocation à devenir parents⁹⁰². Il est d'autant plus curieux que la digue du refus de la famille *consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause* ». La Cour de cassation exploite ici l'article 310 du Code civil en ce qu'il vise le « père » et la « mère » pour en déduire une interdiction en droit français de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe. Au moment même où le législateur envisage de légaliser le mariage homosexuel, la Cour de cassation précise que l'absence de mariage n'est pas le principal obstacle à l'adoption homosexuelle, la différence de sexes entre deux parents est le véritable problème.

⁸⁹⁸ Autrement dit, la conséquence de la reconnaissance d'une adoption étrangère homoparentale, mais tout simplement la conséquence du système français d'adoption plénière, qui, aux termes de l'article 354 du Code civil, veut que l'adoption plénière donne lieu à la rédaction d'un nouvel acte d'état civil affirmant que l'enfant est né des adoptants homosexuels.

⁸⁹⁹ On peut également se demander si la Cour de cassation n'a pas souhaité signifier que l'homoparentalité n'était pas contraire à un principe essentiel du droit français (en supposant que, dans l'affaire du 8 juillet 2010, la Cour de cassation ait vu dans la décision étrangère une manière d'organiser la parentalité et non une modification de la filiation), contrairement à l'homoparenté ? (dont il était clairement question dans les arrêts du 7 juin 2012).

⁹⁰⁰ La solution de la Cour de cassation consacre une nouvelle discrimination entre la personne adoptant l'enfant biologique de son conjoint de même sexe, d'une part, et le couple homoparental adoptant conjointement, d'autre part à un moment où une égalité entre couples se fait clairement sentir par l'arrivée prochaine d'une réforme législative.

⁹⁰¹ L'article 343 du Code civil prévoit : « *L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans* ».

⁹⁰² Avec ces deux arrêts de cassation, la Cour attire une nouvelle fois l'attention sur la déssexualisation de l'état civil que le mariage homosexuel imposerait d'admettre et d'organiser. Il faudrait alors repenser les règles de

homoparentale en droit français est sur le point de céder, c'est à ce moment précis qu'elle entend tenter de la colmater...⁹⁰³. Mais « *d'un point de vue de la politique juridique, on comprend bien dans notre conception de la séparation des pouvoirs, que la Cour de cassation souhaite laisser au législateur le soin de décider sur ce qu'il est convenu de dénommer une question de société* »⁹⁰⁴. C'est justement ce qu'a fait le législateur quelques mois plus tard : en ouvrant dans la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 le mariage aux couples de même sexe, il a ainsi autorisé le couple homosexuel à adopter un enfant en empruntant la voie du mariage⁹⁰⁵.

Toujours est-il, que le refus de prononcer l'adoption simple lorsque celle-ci est sollicitée par la compagne de la mère biologique d'un enfant traduisait automatiquement avant la réforme de 2013 le refus par la jurisprudence française de consacrer la constitution de la famille homoparentale à travers l'adoption. La question avait d'ailleurs été également posée au Conseil constitutionnel et à la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁰⁶, qui ont estimé que la règle de l'article 365 du Code civil n'était nullement contraire à la Constitution et à la Convention. Ils ont donc confirmé la fermeture de la constitution de la famille par la voie de l'adoption simple par la Cour de cassation pour le partenaire homosexuel.

§ 2 - La confirmation de la fermeture

382. Le Conseil constitutionnel a été saisi par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée par un couple de femmes homosexuelles, sur la conformité de l'article 365 du Code civil aux droits et libertés que la Constitution garanti⁹⁰⁷t. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé, par une décision du 6 octobre 2010⁹⁰⁸, pour la constitutionnalité de ce texte, tel qu'interprété par la Cour de cassation (A). Devant lui, des requérantes avaient soutenu que l'article 365 du Code civil privait indirectement un enfant

l'état civil et de la filiation.

⁹⁰³ De fait, en 2010 comme en 2012, le jugement étranger avait pour conséquence de donner à l'enfant deux parents de même sexe, deux véritables parents, exerçant de la même manière l'autorité parentale, complète et irrévocable. L'attitude de la Cour de cassation relève dès lors d'une étonnante posture nominaliste. Comme si le fait de nommer différent les situations suffisait à en faire des choses différentes. Dans les deux cas pourtant, la question essentielle était de savoir si une adoption ayant pour conséquence de donner à l'enfant deux véritables parents de même sexe, exerçant tous deux l'autorité parentale, était, ou non, contraire à l'ordre public international.

⁹⁰⁴ V. H. BOSSE-PLATIERE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.262, précité.

⁹⁰⁵ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

⁹⁰⁶ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, précité.

⁹⁰⁷ Cass. QPC, 8 juillet 2010, n° 10-10.835, *AJ fam.* 2010. 487, obs. F. CHENEDE, précité.

⁹⁰⁸ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, précité.

mineur de la possibilité d'être adopté par le partenaire ou le concubin de son père ou de sa mère (homosexuel ou hétérosexuel) méconnaît le droit de mener une vie familiale normale ainsi que le principe d'égalité devant la loi. Les deux arguments ont été rejetés par le Conseil constitutionnel en 2010 et il a considéré que l'article 365 du Code civil était conforme à la Constitution. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée sur la conformité de l'article 365 du Code civil sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a jugé que la règle posée à l'article 365 du Code civil conduisant à exclure l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé homosexuel ne violait pas ces deux articles de la Convention en raison d'une différence de situation entre les couples mariés et non mariés qui pouvait légitimement justifier une différence en matière d'adoption sans commettre de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁹⁰⁹ (B).

A - La position du Conseil constitutionnel

383. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 8 juillet 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par deux partenaires homosexuelles qui avaient sollicité l'adoption simple de l'enfant de la première par la seconde. Le Tribunal de grande instance avait, en effet, rejeté, dans un premier temps, leur demande d'adoption et c'est à l'occasion du pourvoi contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel qu'elles ont soulevé une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 365 du Code civil⁹¹⁰ qui prévoit un partage de l'autorité parentale au seul profit des couples mariés. Selon les demanderesses, la conformité de l'article 365 du Code civil à la Constitution est douteuse à plus d'un titre. En premier lieu, elles soutiennent qu'il est contraire au droit de mener une vie familiale normale et au principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, protégés par les 10^e et 11^e alinéas du préambule de la Constitution de 1946, puisque son application fait obstacle à la consécration juridique du lien unissant l'enfant au partenaire, sauf à priver la mère biologique de l'autorité parentale (1^{re} et 3^e questions). En deuxième lieu, elles affirment que cette disposition est contraire au droit de mener une vie familiale normale et au principe de non-

⁹⁰⁹ En revanche, pour la CEDH, une différence d'accès à l'adoption en fonction de l'altérité sexuelle est contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. V. CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, req. n°19010/07, à propos du droit autrichien autorisant l'adoption de l'enfant du partenaire uniquement dans le cadre des couples composés d'un homme et d'une femme.

⁹¹⁰ Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, entrée en vigueur le 1er mars 2010, les justiciables ont la possibilité, à certaines conditions et selon une procédure particulière, d'interroger le Conseil constitutionnel sur la conformité d'une disposition législative aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». L'article 61-1 de la Constitution est ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». La loi organique du 10 décembre 2009 détermine les conditions d'application de cet article et institue la question prioritaire de constitutionnalité.

discrimination entre les enfants, en ce qu'il prévoit un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent biologique seulement dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint (2^e question). En troisième et dernier lieu, elles soutiennent que l'article 365 du Code civil est contraire au droit de mener une vie familiale normale et au principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle, en ce qu'il prévoit un partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et le parent biologique seulement dans le cas de l'adoption au sein d'un couple marié, condition que ne peuvent satisfaire les personnes de même sexe auxquelles le mariage est interdit.

384. La Cour de cassation conclut ainsi au renvoi de cette question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel. Saisie de ce moyen d'inconstitutionnalité, la Cour de cassation a été amenée à vérifier, conformément au nouvel article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, introduit par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, si les trois conditions nécessaires au renvoi au Conseil constitutionnel étaient remplies. Tout d'abord, la disposition contestée était-elle applicable au litige? Sans aucun doute puisque c'est l'article 365 du Code civil, qui avait conduit au rejet de la demande en adoption formée par les partenaires. Ensuite, cette disposition avait-elle déjà été déclarée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel? Non, les juges constitutionnels n'ont jamais eu l'occasion de se pencher sur l'article 365 du Code civil. Enfin, et surtout, la question présente-t-elle « *un caractère sérieux* »? Cette dernière condition est évidemment essentielle, car c'est elle qui permettra à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat d'exercer leur mission de « *filtrage* ».

385. En l'espèce, la Cour de cassation a estimé que seul l'un des deux griefs d'inconstitutionnalité invoqué par les partenaires présentait un caractère sérieux. En effet, elle ne dit rien de l'atteinte au « *droit de mener une vie familiale normale* » et au « *principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* » protégés, selon le pourvoi, par les 10^e et 11^e alinéas du préambule de la Constitution de 1946. Pourquoi ce silence ? Peut-être, tout simplement, parce que ces deux dispositions ne font pas référence, expressément tout du moins, aux droits invoqués par les partenaires... Peut-être également, et plus vraisemblablement, parce que la Cour de cassation a considéré que ce grief d'inconstitutionnalité n'était pas sérieux. Les hauts magistrats ont peut-être considéré que la vie privée et familiale et l'intérêt des enfants n'étaient nullement atteints par cette disposition : le défaut de lien de filiation, voire le défaut de partage de l'autorité parentale, n'étant pas nécessairement un obstacle à la protection et à l'éducation de l'enfant. En revanche, la Cour de cassation a estimé que la question posée par les partenaires présentait un caractère sérieux

« au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité ». Par contre, les hauts magistrats n'ont pas accordé le même crédit aux deux discriminations dénoncées par le pourvoi : la question de l'inégalité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle n'est nullement renvoyée au Conseil constitutionnel ; seule la question de la distinction opérée entre les enfants selon qu'ils ont été adoptés par le conjoint ou le concubin de leur parent biologique présente un caractère sérieux selon la Cour de cassation. Cette décision semble parfaitement justifiée tant il est clair que l'article 365 du Code civil conformément au sens conservateur de l'égalité opère une distinction, non pas selon l'orientation sexuelle, mais selon la nature des liens unissant les membres du couple : mariés ou pas. Bien sûr, cette disposition pénalise davantage les couples homosexuels puisque seuls les couples hétérosexuels peuvent aujourd'hui prétendre au mariage et donc bénéficier du partage d'autorité parentale prévu à l'article 365 du Code civil.

386. Dans ce sens, ce n'est donc pas l'article 365 du Code civil, mais l'article 144 du Code civil⁹¹¹ qui est en cause, car c'est lui qui fait obstacle au mariage entre personnes de même sexe. C'est ainsi logique que la Cour de cassation ait posé la question suivante au Conseil constitutionnel : la différence de traitement entre les enfants prévue par l'article 365 du Code civil selon que l'adoptant est marié ou non porte-t-elle atteinte au principe constitutionnel d'égalité ? Le Conseil constitutionnel s'est toutefois posé une tout autre question, et cela pour deux raisons. D'une part, il a estimé que ce n'était pas la lettre de l'article 365 du Code civil, mais la portée donnée à cette disposition par l'interprétation de la Cour de cassation qui devait faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. D'autre part, ne se sentant nullement tenu par les termes du pourvoi de la Cour de cassation, il a choisi d'exercer ce contrôle, non seulement au regard du principe d'égalité, mais également à celui du droit de mener une vie familiale normale.

387. La question que le Conseil se proposait de trancher était donc la suivante. L'interdiction de l'adoption de l'enfant mineur de son partenaire ou de son concubin, issue de l'interprétation de l'article 365 du Code civil par la Cour de cassation, est-elle contraire à la Constitution? Le Conseil constitutionnel apporte une réponse négative à cette question en concluant à la conformité de l'article 365 - tel qu'il est interprété par la Cour de cassation - à la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel, l'interdiction jurisprudentielle de l'adoption n'est pas contraire ni au droit de mener une vie familiale normale, d'une part, ni au principe d'égalité devant la loi, d'autre part. Effectivement, le juge constitutionnel constate, d'abord, que l'interdiction de l'adoption de l'enfant de son partenaire ou de son concubin ne porte

⁹¹¹ Article 144 du Code civil : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ».

nullement atteinte au « *droit de mener une vie familiale normale* », droit qui résulte, selon le Conseil constitutionnel, du 10^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « *La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires de leur développement* ». Le Conseil constitutionnel considère, dans ce sens, que la jurisprudence de la Cour de cassation ne fait pas obstacle à la liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix⁹¹². Il rappelle également que ce refus de l'adoption n'interdit pas davantage que ce parent associe ce concubin ou son partenaire à l'éducation et à la vie de l'enfant. Les concubins et les partenaires ont d'ailleurs aujourd'hui la possibilité d'officialiser juridiquement cette association en recourant à la délégation-partage d'autorité parentale entre eux, à condition évidemment, comme le rappelle la Cour de cassation, que cette délégation soit justifiée par les circonstances et conforme à l'intérêt de l'enfant⁹¹³. Le Conseil constitutionnel décide, enfin et surtout, que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec sa mère ou son père ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. Il rappelle que l'existence d'une situation de fait ne commande pas nécessairement sa consécration par le droit.

388. Concrètement, le Conseil constitutionnel rappelle que l'homosexualité n'est pas en France, un obstacle à la parentalité. Par conséquent, il en déduit que l'absence de lien de filiation entre la compagne de l'homosexuelle mère de l'enfant « *commun* » et l'enfant ne porte pas atteinte au droit pour les requérantes de mener une vie familiale normale. En d'autres termes, la parenté peut ne pas être un droit protégé, car dans les faits, la parentalité existe et que l'Etat n'y a pas mis obstacle⁹¹⁴. En plaçant ainsi, la notion de vie familiale sous l'angle de la parentalité de fait⁹¹⁵, il restait plus qu'au Conseil constitutionnel à déterminer si la différence de traitement entre les couples mariés et les couples non mariés⁹¹⁶, était contraire au principe d'égalité devant la loi issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et

⁹¹² Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, précité.

⁹¹³ Cass. QPC, 8 juillet 2010, n° 10-10 835, *AJ fam.* 2010. 487, obs. F. CHENEDE, précité. V. Aussi en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, précité.

⁹¹⁴ La position du Conseil constitutionnel se rapproche de la position de la Cour européenne des droits de l'homme adoptée dans son arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *JCPG* 2010, n° 41, note 1013, H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, précité.

⁹¹⁵ Il est encore remarquable que le Conseil constitutionnel fonde la constitutionnalité du refus de parenté des homosexuels sur la parentalité de fait, alors qu'à peine trois mois plus tôt, au moment même où elle transmettait la QPC, la Cour de cassation a très clairement limité la parentalité de droit. Elle a en effet exclu le 8 juillet 2010 la possibilité d'une homoparentalité fondée sur la délégation-partage de l'autorité parentale en l'absence de circonstances exceptionnelles. V. Cass. QPC, 8 juillet 2010, n° 10-10.835, *AJ fam.* 2010. 487, obs. F. CHENEDE, précité. Dans un précédent arrêt, la Cour de cassation avait déjà exigé la démonstration de ces circonstances exceptionnelles, mais elle avait exigé que celles-ci étaient remplies en l'espèce. V. Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, précité.

⁹¹⁶ Par voie de conséquence, entre les couples hétérosexuels qui peuvent prétendre au mariage et les couples homosexuels qui ne le peuvent pas.

du citoyen de 1789. Avant de répondre à cette question, le Conseil rappelle « *que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». La question ainsi soumise à son examen était la suivante : la disparité de traitement, issue de l'interprétation constante de l'article 365 du Code civil conforme à un sens conservateur de l'égalité, justifie-t-elle une différence de situation des couples mariés et des couples non mariés ?

389. En guise de réponse, le Conseil constitutionnel énonce une leçon de démocratie. Il constate en effet que « *le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation des couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs* ». Rappelant que l'article 61-1 de la Constitution⁹¹⁷, à l'instar de l'article 61⁹¹⁸, ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, le Conseil en déduit qu'il ne lui appartient pas « *de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* ». Le Conseil constitutionnel se fonde ainsi expressément sur la différence de situation entre les couples mariés et les couples non mariés pour écarter le grief d'inconstitutionnalité de l'article 365 du Code civil parce que cet article est conforme au sens du principe de l'égalité exercé par le législateur français⁹¹⁹. Les concubins et les pacsés, quelle que soit leur orientation sexuelle, sont logés à la même enseigne, puisque, dans les deux cas, le régime juridique est identique ce qui justifie donc au sens de l'égalité un traitement juridique identique sans reproche de discrimination.

390. Pourtant, à bien y regarder, la situation des concubins et pacsés de sexe différent et de même sexe n'est pas la même. Autant le couple de concubins ou de pacsés hétérosexuels peut contourner l'obligation imposée par l'article 365 du Code civil en se mariant (il n'y a pas de transfert de l'autorité parentale), autant le couple de concubins ou de pacsés homosexuels

⁹¹⁷ Réf. au contrôle *a posteriori*.

⁹¹⁸ Réf. au contrôle *a priori*.

⁹¹⁹ Ce motif de différence de traitement justifié par l'existence de situations différentes est régulièrement mis en avant pour justifier des différences de règles pour des couples mariés et des partenaires pacsés, telles notamment l'impossibilité pour ces derniers de bénéficier d'une pension de réversion. C'est dans ce sens que le Conseil constitutionnel, le 18 juin 2010, a confirmé : « *Les dispositions de l'article L. 45 du Code des pensions civiles et militaires de retraites qui organisent le partage de la pension de réversion entre les ex-conjoints d'un fonctionnaire ne sont pas contraires à la Convention européenne des droits de l'homme car elles instituent une différence de situation entre les personnes vivant en concubinage et les conjoints* » Cons. const. 18 juin 2010, n° 315016.

ne peut échapper à la rigueur conservatrice de la règle, avant la réforme de 2013, où le mariage civil ne lui est pas ouvert⁹²⁰. Ainsi, derrière une apparente égalité de traitement, il existe une discrimination indirecte, qui ne touche que les couples de personnes de même sexe, dont l'enfant ne peut pas être adopté par le parent social. Une telle analyse n'a en réalité pas échappé au Conseil constitutionnel qui a préféré renvoyer la question au législateur plutôt que de l'aborder. Car, par définition, toutes les questions prioritaires de constitutionnalité concernent et ne peuvent concerner que les lois. C'est donc, une nouvelle fois, au législateur de s'emparer de cette question et non pas au Conseil constitutionnel. Il aura fallu attendre l'adoption de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe promise par le président M. F. HOLLANDE durant sa campagne présidentielle pour que l'adoption simple soit enfin ouverte aux couples homosexuels et que soit reconnue juridiquement la constitution de la famille homoparentale.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel a été confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme. Le grief d'inconventionnalité de l'article 365 du Code civil par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas non plus été retenu par la Cour.

B - Une position confirmée par la CEDH

391. La Cour européenne des droits de l'homme a été, en effet, saisie de la question de savoir si le refus de l'adoption par le partenaire homosexuel est-il contraire aux droits fondamentaux ? En l'espèce, un couple ensemble depuis 1989 et pacsées depuis 2002, Mesdames VALERIE GAS et NATHALIE DUBOIS, élèvent ensemble leur fille, née en 2000 après une insémination artificielle en Belgique. La compagne forme en 2006 une requête en adoption simple, rejetée par les juridictions de fond. Les jeunes femmes renoncent au pourvoi en cassation qu'elles avaient formé pour se diriger, dès 2007, vers la Cour européenne des droits de l'homme, estimant que leur droit à la vie privée et familiale avait été atteint de façon discriminatoire par rapport aux couples hétérosexuels, mariés ou non. La Cour européenne des droits de l'homme a, le 31 août 2010,⁹²¹ déclaré recevable la requête en tout point identique à celle dont a eu à connaître le Conseil constitutionnel⁹²² et l'audience relative à cette affaire s'est tenue le 12 avril 2011⁹²³. Sa décision était ainsi très attendue quant la

⁹²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, Bull. civ. I, n°113; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, précité.

⁹²¹ CEDH, 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*, req. n°2595/07, *AJ fam.* 2010. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC.

⁹²² Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *Dr. fam.* 2010, repère 10, V. LARRIBAU-TEMEYRE ; *D.* 2010, jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, précité.

⁹²³ L'audience de cette affaire dépendait de la décision du Conseil constitutionnel sur la conformité à la Constitution de l'article 365 du Code civil. En effet, si le Conseil constitutionnel avait considéré que cet article

compatibilité de notre droit de l'adoption avec le principe de non-discrimination. En définitive, le 15 mars 2012⁹²⁴, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à l'absence de discrimination et fait une nouvelle fois preuve de prudence et de modération dans l'interprétation jurisprudentielle de la Convention⁹²⁵.

392. De façon préliminaire et judicieuse, la Cour a pris le soin de comparer la présente affaire avec un précédent, l'affaire *E.B c/France*⁹²⁶. Le droit français autorisant l'adoption d'un enfant par un célibataire et ouvrant ainsi la voie de l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, la Cour avait considéré que les raisons avancées par le Gouvernement français ne pouvaient justifier le refus d'agrément opposé à la requérante homosexuelle. Celle-ci s'étant vue opposer des motifs tenant à sa situation, la Cour les a jugés discriminatoires. Dans cette affaire, la discrimination était directement fondée sur l'orientation sexuelle ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce. A la différence de l'affaire *E.B c/France*, l'homosexualité de l'adoptante ne s'opposait pas par principe à son projet d'adoption. En effet, l'article 365 du Code civil ne distingue pas ses effets en fonction de l'orientation sexuelle mais en fonction de la situation matrimoniale, entre les couples mariés et les autres. Partant de ce constat, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné la situation juridique de la requérante par rapport à celle des couples mariés, d'une part, et par rapport aux couples hétérosexuels non mariés, d'autre part.

393. La Cour européenne commence par rappeler « *que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux gouvernements Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage homosexuel [...]. De plus, lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré* ». Elle poursuit en affirmant que « *le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent [...] et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques [...]. Par conséquent, la Cour estime que l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés* ». En d'autres termes, la

constituait une discrimination entre homos et hétéros, la Cour européenne des droits n'aurait plus eu besoin d'examiner la requête de ses clientes. Mais, dans sa décision, du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a préféré renvoyer la question au législateur, et la Cour européenne des droits de l'homme a donc repris les choses en main.

⁹²⁴ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n°25951/07, *AJ. fam.* 2012. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *Dr. fam.* 2012, comm. 82, p. 27, obs. C. NEIRINCK, *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, D. 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, D. 2013, p. 663, obs. GALLOUX J.-C et H. GAUMONT-PRAT, précité.

⁹²⁵ Réf. à sa position controversée prise en matière de mariage homosexuel. CEDH, 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*, req. n°2595/07, *AJ fam.* 2010. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, p. 27, obs. C. NEIRINCK, précité.

⁹²⁶ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, précité.

restriction de certains droits aux couples mariés, bénéficiant d'un régime dérogatoire par opposition aux couples non mariés, ne contrevient pas aux exigences conventionnelles⁹²⁷, le mariage étant une institution singulière dont les Etats sont libres de déterminer l'étendue du statut conféré. Qui plus est, concernant la question de l'adoption par le second parent, il n'existe aucun consensus au niveau européen⁹²⁸.

394. La solution de la Cour européenne doit par ailleurs être complétée par l'opinion concordante du juge SPIELMANN ralliée par la juge BERRO-LEFEVRE. Même s'ils admettent que les requérantes se trouvaient dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés, il n'est « *pas évident que cette différence de traitement soit contraire à la Convention* » et plus particulièrement au droit au respect de la vie familiale. En effet, la Cour européenne n'impose pas aux Etats l'établissement d'un lien de filiation dès lors que l'absence de statut légal n'empêche pas de vivre avec les enfants⁹²⁹. Or, en l'espèce, le refus de l'adoption n'empêche pas la vie familiale de se dérouler normalement. En cas de crise, la délégation de l'autorité parentale reste possible « *lorsque les circonstances l'exigent* » et surtout « *dans l'intérêt de l'enfant* ». De plus, en cas de décès, la mère peut recourir au testament pour désigner sa partenaire comme tutrice de l'enfant. Enfin, l'adoption simple sera toujours possible à la majorité de l'enfant. La Cour européenne des droits de l'homme écarte ainsi le grief des requérantes d'une discrimination par rapport aux couples mariés dans la mesure où elles ne sont pas dans une situation juridique différente.

395. La Cour européenne des droits de l'homme examine ensuite la situation des requérantes par rapport à celles des couples hétérosexuels non mariés. La Cour européenne des droits de l'homme relève, pour l'essentiel, que « *des couples pacsés dans une situation juridique comparable, la conclusion d'un pacs, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple. Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes* ». En d'autres termes, le grief des requérantes, en tant qu'il touche à leur orientation sexuelle, ne pouvait être fondé, puisque, des requérants hommes et femmes non mariés n'auraient pas pu davantage mener à bien un tel projet d'adoption. En revanche, l'absence de discrimination apparaît tout de suite moins évidente lorsqu'il s'agit d'aborder la situation spécifique des couples hétérosexuels ayant eu recours à l'insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD). « *Assez curieusement, c'est bien en*

⁹²⁷ V. opinion contraire du juge SPIELMANN ralliée par le juge BERRO-LEFEVRE.

⁹²⁸ V. opinion concordante du juge SPIELMANN à laquelle se rallie la juge BERRO-LEFEVRE : « En février 2011, l'adoption par le second parent était possible dans dix des quarante-sept Etats parties à la Convention, soit 21,3% de ces Etats : Belgique, Danemark, Finlande, Allemagne, Islande, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède et Royaume-Uni.

⁹²⁹ CEDH, 2 novembre 2010, *Serife Yigit c/ Turquie*, req. n°3979/05.

amont, et avant même d'aborder cette différence de traitement entre couples hétérosexuels non mariés et couples homosexuels, que la Cour a répondu à cet argument »⁹³⁰.

396. A ce sujet, la Cour « relève que, si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère thérapeutique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave ». Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que « la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes ». Cette décision est d'un apport majeur en ce qu'elle consacre le caractère non discriminatoire de la législation française qui réserve aux couples hétérosexuels infertiles l'accès à l'insémination artificielle avec donneur anonyme de sperme (IAD).

397. Certes, on peut reprocher à la Cour un manque de clarté en ce qu'elle n'explique pas visiblement en quoi l'infertilité d'un couple hétérosexuel se différencie de l'infertilité d'un couple homosexuel⁹³¹. Pour autant, il semble évident que des différences fondamentales séparent ces deux cas d'infertilité, le caractère pathologique pour l'un et le caractère purement structurel pour l'autre. En d'autres termes, l'accès à l'IAD est subordonné à l'existence d'un but thérapeutique et ne doit pas pallier une impossibilité structurelle d'enfanter. A l'appui de cette prise de position déterminante, M. Dijon, affirme : « Si à la pointe actuelle de l'évolution des droits de l'homme en matière de vie privée, on trouve par exemple la revendication hétérosexuelle ne doit plus apparaître de quelque façon que ce soit comme supérieure à toute autre orientation sexuelle, alors il faut que la société s'interroge à nouveau sur ses propres fondements : d'où viennent les humains ? Si l'on répond qu'ils viennent d'un don mutuel de l'homme et de la femme, alors il devient impossible pour le droit de banaliser l'unicité de la figure parentale qui assume la différence sexuelle dans la parole humaine. L'engendrement des humains par un lien, humain lui aussi, se donne à lire non pas comme une option quelconque du sujet mais comme une norme qui institue le droit »⁹³².

398. *In fine*, la Cour s'est penchée sur la discrimination indirecte alléguée par les requérantes. Cette discrimination indirecte résulte du fait que les couples hétérosexuels, pouvant se marier, ont un droit potentiel à bénéficier d'une adoption simple avec le partage d'autorité, alors que les couples homosexuels qui, selon la législation française, ne peuvent

⁹³⁰ V. Les critiques de N. HERVIEU, obs. ss CEDH 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n°25951/07.

⁹³¹ V. Sur ce point les critiques de N. HERVIEU, op. cit.

⁹³² X. DIJON, *Droit naturel. Les questions du droit*, Tome I, éd. PUF, coll. Thémis droit privé, 1998, p. 196.

accéder au mariage, sont définitivement privés du droit d'adopter l'enfant de l'autre. Répondant de façon laconique, la Cour ne fait que réitérer les conclusions concernant l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Face à la récente décision de la Cour ayant reconnu aux Etats la liberté d'accorder ou non aux couples de même sexe le droit au mariage⁹³³, une cohérence jurisprudentielle s'imposait et commandait une démarche aussi réservée dans la présente affaire. Partant, la Cour conclut, par six voix contre une, qu'il n'y pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8⁹³⁴. En conclusion, la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et enfin la Cour européenne des droits de l'homme interprètent littéralement l'article 365 du Code civil et ferment, en conséquence, la constitution de la famille homoparentale par la voie de l'adoption simple d'un enfant par le partenaire ou concubin homosexuel.

Avant la réforme de 2013, elle représentait le seul moyen légal, pour un couple homosexuel d'établir un double lien de filiation avec un enfant. La délégation partage de l'autorité parentale constituait et demeurait finalement le seul moyen de rattacher juridiquement l'enfant au partenaire homosexuel du parent biologique. En effet, depuis la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002⁹³⁵, la délégation partage constituait un palliatif pour les couples homosexuels à la règle conservatrice de l'article 365 du Code civil pour reconnaître la famille homoparentale. Néanmoins, elle ne permet pas d'établir un lien de filiation mais elle avait pour but de faire face aux enjeux de la vie de tous les jours pour de nombreuses « *familles homoparentales* ».

Section 2 - L'assouplissement à l'impossibilité légale : la délégation partage de l'autorité parentale

399. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, a modifié la délégation partage de l'autorité parentale prévue à l'article 377 alinéa 1 du Code civil : « *Les 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*

⁹³³ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, JCPG 2010, n° 41, note 1013, H. FULCHIRON ; *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, précité.

⁹³⁴ Comme dans son arrêt du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n°30141/41, la Cour européenne des droits estime légitimement qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est le mieux placé pour modifier les institutions relatives à la famille, aux rapports entre les adultes et aux enfants, à la notion de mariage. En ce sens, rappelons que l'ensemble du droit français de la filiation repose sur l'altérité sexuelle et que, compte tenu de cette approche, qui relève d'un choix de société, la mise en place de la possibilité pour un enfant d'avoir une filiation établie uniquement à l'égard de deux femmes ou de deux hommes constituerait une réforme de principe qui ne peut émaner que d'un Parlement.

⁹³⁵ La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ». Le principe de la délégation partage de l'autorité parentale est ainsi de permettre aux père et mère de l'enfant de partager tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec un *tiers* (§1). Cette possibilité de délégation partielle renvoie à la question du statut du beau-parent et a donné lieu à des arrêts importants concernant les couples homosexuels. Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, elle était d'ailleurs très utile pour le couple homosexuel pour reconnaître *a minima* la constitution de la famille homoparentale. Elle permettait en effet au partenaire homosexuel de partager l'autorité parentale de l'enfant avec le parent biologique et aussi de maintenir des liens avec l'enfant en cas de rupture du couple et en cas de décès du parent biologique (§2).

§ 1 - Le principe de la délégation partage de l'autorité parentale

400. Avant la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la délégation d'autorité parentale était peu usitée en raison de son manque de souplesse. Le *tiers* était juste substitué aux parents, sans réellement pouvoir collaborer avec eux dans l'exercice de leur fonction. Désormais, la délégation partage de l'autorité parentale est conçue comme un mode temporaire d'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale, détaché de l'idée d'abandon de l'enfant par ses parents. Elle est susceptible d'offrir à un *tiers* la possibilité de participer activement à l'exercice de l'autorité parentale. Cet assouplissement de la règle de la délégation visait avant tout le beau-parent et n'a donc pas été proposé en considération du couple homosexuel (A). Mais, la Cour de cassation a reconnu, pour la première fois dans un arrêt de principe du 24 février 2006⁹³⁶, cette possibilité de la délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel en jugeant : « *l'article 377, alinéa 1^{er} du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue* » (B).

⁹³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHT, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, précité.

A - L'interprétation donnée par le législateur français

401. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a assoupli les règles de la délégation d'autorité parentale pour permettre un partage de l'exercice de celle-ci entre le (s) parent (s) et un tiers. Initialement, la loi n° 79-459 du 4 juin 1970⁹³⁷ subordonnait à une condition stricte la délégation de l'autorité parentale à un *tiers*. En effet, préalablement à la demande de délégation, l'enfant devait avoir été « remis » à un *tiers* ou à un établissement. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a supprimé cette condition, de façon à étendre la possibilité de déléguer l'autorité parentale à un *tiers*. Ainsi, dans sa rédaction issue de cette loi, le nouvel article 377 du Code civil dispose dans son alinéa 1^{re} : « *Les 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, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ».

402. La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a également innové en permettant, dans l'article 377-1, alinéa 2, du Code civil, que cette délégation consiste en un partage de l'autorité parentale entre parent (s) et délégataire (s) alors que sous l'empire de la loi antérieure la délégation ne pouvait avoir pour effet que de transférer ladite autorité. L'objet d'une telle délégation- partage de l'autorité parentale est « *en générale de permettre à un tiers d'épauler provisoirement les parents, pendant une période de crise et, plus particulièrement d'asseoir juridiquement l'autorité éventuelle des beaux-parents dans les familles recomposées*⁹³⁸ ». Même si elle a été, au départ, pensée pour le beau-parent de l'enfant qui évolue dans une famille recomposée, la délégation partage de l'autorité parentale a été rapidement envisagée par certains auteurs comme une solution applicable au sein du couple homosexuel. Madame RUBELLIN-DEVICHI, avait notamment écrit que la réforme de l'autorité parentale réalisée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 « *qui assouplit les règles de délégation d'autorité parentale pour permettre un partage de l'exercice entre le parent et un tiers, n'était assurément pas proposée en considération du couple homosexuel, mais elle pourrait être facilement utilisée en faveur du couple homosexuel, mais elle pourrait être facilement utilisée en faveur du concubin homosexuel de l'enfant alors qu'il n'y a aucun contexte de crise*⁹³⁹ ». L'auteur avait vu juste. La nouvelle délégation de l'autorité parentale, ainsi insérée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 aux articles 377 et 377-1 a, à plusieurs

⁹³⁷ Ancienne loi n°79-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

⁹³⁸ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 1081.

⁹³⁹ J. RUBELLIN-DEVICHI, *JCP G* 2002, I, n°101.

reprises à partir des années 2000, été invoquée en justice avec succès par des couples de femmes homosexuelles élevant ensemble un enfant. Plus précisément, la délégation-partage de l'autorité parentale a été sollicitée en justice par la compagne de la mère par le sang de l'enfant, qui n'a pas la qualité de mère adoptive à l'égard de celui-ci.

403. Le Tribunal de Paris, le 2 avril 2004, a accueilli une demande en délégation partage de l'autorité parentale⁹⁴⁰. Cette demande de délégation partage de l'autorité parentale a été faite par la mère biologique qui avait perdu ses droits parentaux sur ses trois enfants à la suite du prononcé de l'adoption simple de ses enfants à sa concubine par le Tribunal de Paris le 27 juin 2001⁹⁴¹. La délégation partage de l'autorité parentale accordée par le Tribunal de Paris a eu pour effet de restituer à la mère biologique ses droits parentaux que lui avait fait perdre le prononcé de l'adoption simple. Le Tribunal de grande instance de Nice a autorisé, par trois fois⁹⁴², la délégation de l'exercice de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère. Ainsi, dans la première affaire, le Tribunal de grande instance de Nice, le 8 juillet 2003, a considéré, alors qu'il était saisi par un couple de femmes, qu'« *il apparaît dans l'intérêt de l'enfant, en raison des liens d'affection très fort l'unissant à I. B (la compagne de sa mère) de faire droit à la requête* ». Et dans les deux autres espèces, le même Tribunal, le 7 avril et le 30 avril 2004 a été jusqu'à accepter de prononcer « *une délégation croisée* » à deux femmes vivant ensemble et ayant donné naissance à un enfant. Ainsi, chaque mère a obtenu que soit déléguée à l'autre femme une partie de l'autorité parentale.

404. Enfin, dans une décision rendue le 17 février 2006⁹⁴³, le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance d'Agen, a, sur le fondement de l'article 377-1, alinéa 2, du Code civil, fait droit à une demande de délégation partage de l'exercice de l'autorité parentale au motif qu'il résulte de l'ensemble du dossier que cette solution est justifiée par les besoins d'éducation de l'enfant. Dans sa décision, le juge a relevé que l'existence d'une communauté de vie entre la requérante et sa compagne ainsi que le comportement de celle-ci au moment de la naissance de l'enfant permettent de présumer que la délégation de l'exercice de l'autorité parentale est conforme à l'intérêt de l'enfant. Les juridictions de fond appliquent donc la lettre des articles 377 et 377-1 du Code insérés par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 pour se prononcer en faveur d'une délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel. Ils reconnaissent expressément que la nouvelle délégation partage de l'autorité parentale, introduit par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 aux articles 377 et 377-1 du Code civil, puisse s'appliquer au partenaire homosexuel.

⁹⁴⁰ TGI Paris, 2 avril 2004, *JCP G* 2005, I, n° 116, obs. J. RUBELLIN-DEVICHL.

⁹⁴¹ TGI Paris, 27 juin 2001, n° RG 01/03298, *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. HAUSER, précité.

⁹⁴² TGI Nice, 8 juillet 2003, TGI Nice, 7 avril 2004 et 30 juin 2004, *AJ fam.* 2006, p. 453, obs. F. CHENEDE.

⁹⁴³ TGI Agen, 17 février 2006, RG : 05/01 672, *RJPF* 2006-11/43.

La Cour de cassation a eu également l'occasion de préciser sa position en la matière postérieurement aux juges du fond. Comme eux, elle s'appuie sur la lettre des articles 377 et 377-1 du Code civil insérés par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 pour reconnaître expressément la possibilité d'une délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel.

B - L'interprétation donnée par la Cour de cassation

405. La Cour de cassation a eu l'occasion de livrer pour la première fois sa position sur le sujet dans un arrêt rendu par sa première chambre civile le 24 février 2006⁹⁴⁴ dans lequel elle a jugé que la délégation-partage de l'autorité parentale peut être prononcée au sein d'un couple homosexuel si la condition « *circonstances l'exigent* » expressément prévu par l'article 377, alinéa 1^{er} est strictement remplie en l'espèce. Dans l'affaire dont avait eu à connaître la Haute juridiction en 2006, le couple de deux femmes homosexuelles était lié par une relation stable depuis de nombreuses années. L'une d'elles avait mis au monde deux filles, lesquelles étaient nées grâce à l'assistance d'un donneur. La filiation maternelle avait été établie à l'égard de la femme qui avait conçu biologiquement les enfants. Aucune filiation paternelle n'ayant été établie, la mère par le sang était donc seule titulaire de l'autorité parentale à l'égard des enfants. Le couple de femmes avait donc saisi la justice demandant à ce que l'exercice de l'autorité parentale soit partiellement délégué à la compagne de la mère légale des enfants sur le fondement de l'article 377 du Code civil.

406. Dans un arrêt rendu le 11 juin 2004, la Cour d'appel d'Angers avait délégué partiellement à ladite compagne l'exercice de l'autorité parentale, dont la mère légale est seule titulaire. Le Procureur général près la Cour d'appel a alors formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation se devait de répondre au problème suivant : une mère biologique peut-elle demander à ce que soit déléguée l'autorité parentale qu'elle exerce sur ses enfants au profit de sa compagne avec qui elle vit depuis de nombreuses années? La question reçoit une réponse affirmative de la Cour de cassation qui, dans sa décision du 24 février 2006, a considéré que « *l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* », ajoutant que « *le prononcé*

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHT, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, précité.

d'une délégation partielle de l'exercice de l'autorité parentale, sans précision des droits délégués, n'équivaut pas au prononcé d'une délégation totale ». La Cour de cassation admet expressément le principe même de l'autorité parentale au profit de la compagne homosexuelle de la mère légale des enfants, en précisant néanmoins quelles sont les modalités de celle-ci⁹⁴⁵.

407. A ce titre, la Haute juridiction a subordonné la délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel à deux conditions. Il fallait, tout d'abord, conformément à l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil, que les « *circonstances l'exigent* ». Cette expression légale avait suscité une controverse doctrinale, controverse à laquelle la Cour avait apporté son éclairage. Selon la première conception défendue, la délégation volontaire de l'autorité parentale à un tiers sur le fondement de ce texte n'est possible que si le ou les parents légaux sont dans l'impossibilité d'exercer leur autorité parentale sur leur enfant ou s'il existe des circonstances tout à fait exceptionnelles. Cette première interprétation était celle que défendait le procureur de la République qui faisait valoir dans ces conclusions que : « *l'article 377 du Code civil subordonne la délégation volontaire de l'autorité parentale de l'un des parents au profit d'un tiers à l'existence de circonstances particulières et non sur la seule crainte d'un événement hypothétique* » (à savoir en l'espèce, le risque de décès prématuré de la mère légale des enfants) « *sans constater de circonstances avérées ou prévisibles interdisant à Mme X d'exercer son autorité sur ses enfants, la cour d'appel n'a pas donné de base à sa décision* ». Cette conception restrictive avait d'ailleurs été retenue un temps par le Tribunal de grande instance de Paris qui, dans un jugement du 2 avril 2004, avait refusé de prononcer la délégation afin de pallier l'impossibilité juridique d'avoir une seconde filiation paternelle ou maternelle⁹⁴⁶. Selon une deuxième conception plus souple, il n'est pas nécessaire que les circonstances revêtent un caractère exceptionnel pour qu'une délégation de l'autorité parentale puisse être prononcée sur le fondement de l'article 377 du Code civil⁹⁴⁷.

408. Et c'est précisément cette seconde interprétation que la Cour de cassation avait retenue dans son arrêt du 24 février 2006 puisqu'elle avait accepté que la condition relative à l'exigence de « *circonstances* » soit appréciée à la lumière de l'intérêt de l'enfant, deuxième condition requise. En effet, pour que la délégation volontaire de l'autorité parentale puisse

⁹⁴⁵ La Cour de cassation a accepté, dans cette décision, de faire produire des effets de droit à une situation de fait pourtant illicite. En effet, il est fort probable qu'en l'espèce, les deux enfants en question aient été conçus par assistance médicale à la procréation, laquelle a été réalisée à l'étranger en infraction avec la loi française. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A. Mais plutôt que de sanctionner le caractère illicite de la situation et de considérer que l'institution de la délégation de l'autorité parentale est, ici, détournée, la Cour de cassation a accepté que la délégation de l'autorité parentale soit utilisée au sein du couple homosexuel. V. notamment, en ce sens, J. HAUSER, « Détournements de délégation : à quoi bon légiférer ? », *RTD civ.* 2006, p. 297 ; D. BOURGAULT-COUDEVYLLE, *RLDC* 2006/27, n° 2056.

⁹⁴⁶ TGI Paris, 2 avril 2004, *JCP G* 2005, I, n° 116, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, *AJ. fam.* 2004, p. 453, obs. F. CHENEDE.

⁹⁴⁷ V. notamment, en ce sens, D. AUTEM, La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale, *RJPF* 2003-1/11).

être prononcée, il fallait aussi, selon la Haute juridiction, que la mesure soit conforme à « l'intérêt supérieur de l'enfant ». La référence implicite de la Cour à l'article 3, §1, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 lequel vise l'« intérêt supérieur » de l'enfant⁹⁴⁸ est ici tout à fait évidente. Sur ce deuxième point, la Cour de cassation s'était retranchée derrière l'appréciation souveraine des juges du fond puisqu'elle avait énoncé notamment qu'« ayant relevé que (les enfants) étaient décrites comme des enfants épanouies, équilibrées et heureuses, bénéficiant de l'amour, du respect, de l'autorité et de la sérénité nécessaires à leur développement, que la relation unissant Mme X et Mme Y était stable depuis de nombreuses années et considérée comme harmonieuse et fondée sur un respect de leur rôle auprès des enfants », la Cour d'appel « a pu décider qu'il était de l'intérêt des enfants de déléguer partiellement à Mme Y l'exercice de l'autorité parentale dont Mme X est seule titulaire et de le partager entre elles ».

409. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les deux principales conditions dans l'arrêt rendu le 8 juillet 2010⁹⁴⁹. La Haute juridiction a en effet confirmé dans cette décision que la délégation devait être justifiée par des « circonstances particulières », exigence prévue à l'article 377, al 1, et être « conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». La Cour de cassation vérifie minutieusement en l'espèce que ces deux conditions sont remplies. Dans le cas contraire, elle n'hésite pas à refuser la délégation partage. C'est d'ailleurs ce qu'elle a jugé le 8 juillet 2010⁹⁵⁰. En l'espèce, la Cour de cassation confirme le jugement de la Cour d'appel de Douai en rejetant la délégation partage d'autorité parentale au sein d'un couple de femmes homosexuelles au motif qu'elle n'était justifiée ni par des *circonstances particulières* ni par l'*intérêt de l'enfant*⁹⁵¹. Au terme d'une argumentation détaillée, la Cour d'appel de Douai avait en effet rejeté les principaux éléments invoqués par les requérantes pour l'accord de la délégation partage de l'autorité parentale. Les deux femmes avaient, d'abord, fait état de déplacements professionnels qu'elles sont appelées à effectuer et qui obligerait ainsi la compagne à accomplir au bénéfice des enfants des actes que seule la

⁹⁴⁸ L'article 3, §1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 dispose : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁹⁴⁹ Cass. civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, D. 2010, p. 1786, *AJ. fam.* 2010, p. 394, obs. F.CHENEDE, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER, *RDSS* 2010, p. 1128, obs. C. NEIRINCK.

⁹⁵⁰ Cette décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation est importante en ce qu'elle vient rappeler aux couples homosexuels et au juges du fond que l'admission de la délégation d'autorité parentale au profit de la partenaire n'est nullement automatique, mais suppose la satisfaction de ces deux conditions. En l'espèce, la Cour de cassation confirme le jugement de la Cour d'appel de Douai en rejetant la délégation partage d'autorité parentale au sein d'un couple de femmes homosexuelles au motif qu'elle n'était justifiée ni par des *circonstances particulières*, ni par l'*intérêt de l'enfant*.

⁹⁵¹ La référence implicite de la Cour à l'article 3, §1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, lequel vise l'intérêt supérieur de l'enfant, est encore ici tout à fait évidente. V. Annexe 7 : Le droit de la famille en schémas. L'enfant.

délégation de l'autorité parentale leur permet d'exercer. Les juges du fond avaient constaté que ces déplacements sont exceptionnels, et surtout qu'ils ne caractérisent pas, à eux seuls, les « *circonstances particulières* » exigées par l'article 377, al.1, du Code civil.

410. Au soutien de cette affirmation, les juges du fond avaient constaté que, mis à part le cas d'urgence médicale, dans lequel les médecins seraient d'ailleurs en tout état de cause dans l'obligation d'agir, les partenaires n'alléguaient pas de situations particulières qui nécessitaient des décisions d'une urgence telle qu'il n'était pas possible, soit d'attendre le retour de la mère biologique pour les prendre, soit tout simplement de la contacter pour recueillir son autorisation, « *les moyens modernes de communications permettant aujourd'hui de contacter instantanément une personne où qu'elle soit dans le monde* ». Ensuite, les requérantes avaient mis en avant le fait que l'une d'entre elles pourrait un jour être victime d'un accident. Les juges du fond ont répondu qu'il s'agissait d'éléments hypothétiques auxquels se trouve confronté tout parent qui exerce seul l'autorité parentale par suite de décès de l'autre parent ou en raison d'un lien unique de filiation. Enfin, les demanderesses avaient mis en avant la conformité de la demande à l'intérêt de l'enfant fondé sur leur relation stable et durable ainsi que les liens fraternels unissant l'enfant et la compagne de la mère biologique.

411. Les juges du fond ont conclu que les demanderesses ne démontraient nullement que leur bien-être n'est pas assuré et qu'elles n'expliquaient pas en quoi la délégation d'autorité parentale permettrait aux enfants, « *et non aux mères, puisqu'il n'est ici question que de l'intérêt de l'enfant* » ont ajouté les juges du fond. Cette motivation pour le moins circonstanciée, a convaincu la première Chambre civile de la Cour de cassation qui rappelle que la délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel n'est nullement automatique et qu'il appartient aux demandeurs de prouver et aux juges du fond de contrôler, que les deux conditions posées en 2006, l'existence de *circonstances particulières* et la conformité à *l'intérêt de l'enfant*, sont satisfaites en l'espèce. Or, les requérantes n'avaient, en l'espèce, pas démontré que la délégation sollicitée était motivée par l'intérêt supérieur des enfants⁹⁵². Elle a jugé que : « *si l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* »⁹⁵³. La Cour de cassation, dans son arrêt du 8 juillet 2010, se prononce ainsi pour une

⁹⁵² Comme l'a souligné Mme Cl. NEIRINCK, la Cour de cassation : « *assure ainsi le respect d'un ordre public interne qui refuse aux femmes célibataires l'accès à l'insémination artificielle avec donneur, la conception programmée d'un enfant sans père et la déssexualisation de l'acte de naissance de celui-ci* ». V. Note sous Cass. civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, précité.

⁹⁵³ Cass. civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, D. 2010, p. 1786, AJ. fam. 2010, p. 394, obs. F.CHENEDE, RTD civ. 2010, p 547, obs. J. HAUSER, RDSS 2010, p. 1128, obs. Cl. NEIRINCK, précité.

lecture stricte de la condition « *circonstances particulières* » de l'article 377, alinéa 1^{re}, tout à fait conforme à l'esprit de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. La délégation-partage de l'autorité parentale reste possible au sein de la famille homosexuelle à la double condition ferme que son prononcé implique l'existence de circonstances particulières et une conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

412. Mais, l'analyse de la jurisprudence rendue après 2006 et 2010 a mis en évidence que les délégations partage de l'autorité parentale ont, de manière générale, été appréciées souplement par les juges, lesquels ont fait droit, plus ou moins systématiquement, aux requêtes présentées devant eux par des couples homosexuels. Ce qui amène les juges à accorder plus facilement, contrairement à la Cour de cassation, une délégation partage de l'autorité parentale au sein de familles homosexuelles. Plusieurs espèces le mettent nettement en évidence. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 5 mai 2006⁹⁵⁴ a infirmé la décision d'un juge aux affaires familiales qui avait refusé de prononcer la délégation de l'autorité parentale demandée par la compagne de la mère légale de l'enfant (né d'une PMA réalisée en Finlande) au motif que la délégation volontaire fondée sur l'article 377, alinéa 1^{er}, du Code civil était prévue pour pallier l'impossibilité pour les parents d'exercer leur devoir et nécessitait donc une défaillance objective et préalable des délégants, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que le texte ne s'oppose en réalité pas à ce qu'une mère qui est seule titulaire de l'autorité parentale délègue tout ou partie de celle-ci à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant. C'est également dans ce sens qu'a statué le Tribunal de grande instance de Lille, le 11 décembre 2007⁹⁵⁵. L'espèce présentait d'ailleurs une originalité : il s'agissait d'un couple de lesbiennes dans lequel chacune des deux femmes avait donné naissance à un enfant issu d'une PMA (en établissant le lien de droit à son égard) et avaient ensuite introduit en justice une demande de délégation de l'autorité parentale sur l'enfant de l'autre. Autrement dit, il s'agissait de demandes croisées de délégations d'autorité parentale, lesquelles ont été accueillies par la juridiction lilloise qui a notamment relevé que : « *l'enquête n'a mis en évidence aucun carence éducative, ne recueillant que des propos positifs en ce qui concerne le bien-être, l'éducation et l'épanouissement des enfants. (...) Tous s'accordent pour dire que les enfants sont heureux, épanouis et très à l'aise, en famille ou chez les amis. Les institutrices attestent en la prise en charge conjointe des enfants et de la scolarité par les deux femmes pour les deux enfants. (...) Les aléas de la vie et les risques potentiels (au cours des déplacements professionnels, etc...)* »

⁹⁵⁴ V. *AJ. fam.* 2006, p. 333, note F. CHENEDE.

⁹⁵⁵ TGI Lille, 11 décembre 2007, *AJ. fam.* 2008, p. 119, note F. CHENEDE.

ne rendent pas inutile de prendre des mesures pour éviter toute difficulté en cas d'accident, d'indisponibilité du parent biologique de chaque enfant (...) ».

413. Il arrive aussi que la délégation de l'autorité parentale soit prononcée au sein d'un couple homosexuel masculin, comme en témoigne une décision rendue par un juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Grenoble le 28 janvier 2008⁹⁵⁶. Après avoir obtenu un agrément en 2003 (ce qui était très exceptionnel à cette date), un homme avait réussi à adopter, quatre ans après, un enfant en la forme plénière. Quelques mois plus tard, son compagnon avait introduit une requête pour que l'autorité parentale sur l'enfant lui soit déléguée. Cette demande avait été accueillie au motif : *« qu'il est de l'intérêt de l'enfant que M. Y qui élève, de fait, l'enfant avec M. X puisse participer aux décisions relatives à l'enfant »*. En 2009, les juridictions du fond affinent leur jugement et n'exigent plus qu'il soit rapporté la démonstration d'une indisponibilité de la mère⁹⁵⁷. Les Tribunaux de grande instance et la Cour d'appel de Paris en particulier se contentent désormais d'affirmer que le fait que l'enfant soit élevé dans un contexte homoparental et n'ait de filiation établie qu'à l'égard de sa mère constitue des circonstances qui justifient que la délégation partage de l'autorité parentale soit prononcée. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris, a pu, en septembre 2009, prononcer une délégation partage de l'autorité parentale, sans caractériser une circonstance particulière après avoir relevé qu'*« en l'espèce, les circonstances et l'intérêt de l'enfant exigent qu'Elisa, qui n'a pas de filiation paternelle établie, puisse bénéficier de la conjonction de deux parents également investis de l'autorité parentale, afin que soit poursuivi un rôle éducatif et affectif continu auprès d'elle, notamment en cas d'absence ou d'empêchement de la mère biologique »*⁹⁵⁸. Ainsi, les juges du fond avaient tendance à considérer que les conditions légales nécessaires au prononcé de la délégation de l'autorité parentale, à savoir l'existence de circonstances spéciales et la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant, sont remplies dès lors que les deux homosexuel/les vivent ensemble et s'occupent l'un (e) et l'autre de l'enfant dans les faits.

414. De la même manière et allant plus loin, le Tribunal de grande instance de Créteil, le 24 mars 2011⁹⁵⁹, a prononcé deux délégations partage d'autorité parentale croisées (chaque femme, membre du couple, avait eu un enfant), sans là aussi caractériser une indisponibilité professionnelle de la mère. Dans ces deux espèces, le Tribunal s'est contenté de motiver son jugement de la manière suivante : *« Il résulte de l'enquête de police et des débats que Mmes A et B, qui ont saisi la juridiction d'une requête conjointe, vivent ensemble depuis [...] et ont*

⁹⁵⁶ TGI Grenoble, 28 janvier 2008, *AJ. fam.* 2008, p. 476, note F. CHENEDE.

⁹⁵⁷ V. C. MECARY, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ. fam.* 2011. 604.

⁹⁵⁸ V. En ce sens : TGI Paris, 18 septembre 2009, n° 09/34715, *AJ. fam.* 2009, p. 490, note F. CHENEDE.

⁹⁵⁹ TGI Créteil, 24 mars 2011, RG n° 10/06078 et n°10/06079, *AJ. fam.* 2011, p.604, note C. MECARY.

conclu un pacte civil de solidarité le [...] 2006 et qu'elles élèvent ensemble le jeune X, fils de Mme A, né le [...] 2006 et qui est dépourvu de filiation paternelle, cette circonstance particulière exposant au risque de se retrouver sans protection au cas où un accident surviendrait à sa mère ». Autrement dit, le Tribunal a relevé seules circonstances particulières (requisites tant par l'article 377 du Code civil que la Cour de cassation) l'absence de filiation paternelle de l'enfant. Quelque mois plus tard, le Tribunal de grande instance de Paris, a tenu le même raisonnement. Après avoir relevé que « les requérants vivent en union stable depuis près de douze ans ; que la naissance d'A résulte d'un projet parental commun ; qu'A profondément attachée à l'enfant contribue à tous ses besoins au sein du foyer et participe activement à son éducation; que l'entourage familial, social, scolaire d'A connaît les liens étroits qui existent entre elle et An., comme en témoignent les différentes attestations versées au débat », il en conclut qu'« il est de l'intérêt supérieur d'A, dépourvue de filiation paternelle, que la compagne de la mère puisse, dans le cadre juridique de la délégation-partage de l'autorité parentale, continuer d'exercer le rôle éducatif qu'elle a toujours joué auprès d'elle et notamment en cas d'impossibilité pour sa mère d'assurer son rôle parental, pour quelle que cause que ce soit »⁹⁶⁰.

415. S'inscrivant dans le même courant, le Tribunal de grande instance de Nanterre, dans une décision du 24 août 2011⁹⁶¹, prononce une délégation partage de l'autorité parentale, après avoir constaté la vie commune, le projet d'enfant commun : « afin de permettre d'assurer une stabilité affective de l'enfant à l'égard des deux personnes composant le couple et de permettre à Mme M [compagne] de réaliser des actes relevant de l'autorité parentale en l'absence de sa compagne, il sera fait droit à la requête qui est conforme à l'intérêt de l'enfant ». De la même manière, le Tribunal de grande instance de Paris dans deux décisions rendues les 23 septembre⁹⁶² et 14 octobre 2011⁹⁶³ a aussi jugé que le seul fait que l'enfant soit élevé dans un contexte homoparental et n'ait de filiation établie qu'à l'égard de sa mère est constitutif des circonstances qui justifient que la délégation partage de l'autorité parentale soit prononcée. La Cour d'appel de Paris dans deux arrêts du 20 octobre a réitéré la position qu'elle a énoncée le 16 juin 2011⁹⁶⁴ en considérant que le fait que l'enfant n'ait de filiation établie qu'à l'égard de sa mère justifiait la délégation partage de l'autorité parentale. Enfin, la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Bayonne le 26 octobre 2011⁹⁶⁵ s'inscrit totalement dans ce courant puisque le Tribunal, après avoir rappelé : « les requérantes exposent qu'elles vivent en concubinage et ont signé un pacte civil de solidarité

⁹⁶⁰ TGI Créteil, 24 mars 2011, RG n° 10/22338, *AJ fam.* 2011, *AJ fam.* 2011, p. 604, note C. MECARY.

⁹⁶¹ TGI Nanterre, 24 août 2011, RG n° 11/04363, *AJ fam.* 2011, p. 604, note C. MECARY.

⁹⁶² CA Paris, 23 sept. 2011, RG n° 11/35995.

⁹⁶³ CA Paris, 14 oct. 2011, RG n° 11/35997.

⁹⁶⁴ CA Paris, 20 oct. 2011, RG n° 11/04042 et RG n° 10/11743.

⁹⁶⁵ TGI Bayonne, 26 oct. 2011, n° 11/00950, *JurisData* n° 2011-023498.

le [...] au Tribunal d'instance de Bayonne; qu'elles élèvent ensemble les deux enfants qui sont soutenus par leurs familles respectives; qu'elles sont considérées dans leur entourage comme étant le foyer parental de ces deux enfants et que cette délégation partielle d'autorité parentale est de l'intérêt de ces deux enfants », a jugé qu'« il est de l'intérêt des deux mineures que les deux adultes présents au foyer partagent cette autorité parentale et que celle-ci étant exercée de fait conjointement cette situation soit juridiquement consacrée ».

416. Au regard de ces différentes décisions rendues en 2011 que le fait que l'enfant n'ait pas de filiation paternelle établie et qu'il élevé par un couple homosexuel uni et stable est une circonstance qui suffit à permettre le prononcé de la délégation-partage de l'autorité parentale dans ce contexte. Ainsi les circonstances liées à l'indisponibilité professionnelle de la mère biologique de l'enfant, qui étaient avancées au départ à l'appui des premières demandes de délégation-partage de l'autorité parentale au sein de la famille homosexuelle, sont sans importance pour les juges du fond. Et en 2012, le Tribunal de grande instance de Paris a été plus loin puisqu'il a fait totalement fi des circonstances particulières exigées à l'appui de la demande de délégation-partage de l'autorité parentale. Il a, en effet, accueilli la demande en relevant que : « bien que n'ayant pas de lien biologique avec l'enfant, elle (la partenaire pacsée de la mère biologique) constitue pour Dakota un référent affectif incontestable et est appelée à gérer également le quotidien de l'enfant. Dès lors, bien que les requérants ne justifient pas d'un empêchement particulier de la mère dans l'exercice de ses fonctions parentales, il est de l'intérêt de Dakota que sa situation juridique soit en adéquation avec sa situation affective et matérielle et qu'elle puisse au même titre que (la mère) prendre des décisions à son égard et accomplir même en l'absence de cette dernière, les démarches administratives concernant l'enfant »⁹⁶⁶. Enfin, en 2013, la même juridiction, le Tribunal de grande instance de Paris, a encore franchi un pas supplémentaire. Elle a, en effet, prononcé une délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère biologique de l'enfant dans une espèce où la filiation paternelle de l'enfant était établie (le père biologique ayant donné ici son accord à ladite délégation) et alors même qu'il n'existait pas de circonstances particulières au soutien de la délégation-partage. Ainsi, relevant la stabilité des relations entre la mère et sa compagne, leur désir partagé d'enfant et l'attachement profond et réciproque de l'enfant à la compagne de sa mère, le Tribunal conclut qu'il est de « l'intérêt de l'enfant, pour faciliter la vie quotidienne et répondre à toutes les circonstances imprévisibles de la vie, d'ordonner la délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la compagne de la mère biologique de l'enfant »⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ TGI, Paris, 21 septembre 2012, n° RG : 11/44249, *AJ fam.* 2012, p. 550, obs. C. SIFFREIN-BLANC.

⁹⁶⁷ TGI Paris, 22 février 2013, n° RG : 12/35092, *AJ fam.* 2013, p. 232, note I. GALLMEISTER.

Ils ont pris finalement la mesure de la nécessité de protéger un enfant élevé dans un contexte homoparental. Il n'y a aucune raison de penser qu'il puisse en aller différemment pour un enfant élevé par un couple d'hommes ou seul l'un d'entre eux est juridiquement le père⁹⁶⁸. On peut qu'approuver ce positionnement des juridictions de fond, qui fait de l'intérêt de l'enfant une considération primordiale. A l'évidence, un enfant élevé dans un contexte homosexuel, qui n'a juridiquement qu'un parent, doit pouvoir être protégé avec le seul outil juridique qui existait à ce moment-là : la délégation partage de l'autorité parentale, à défaut, avant la réforme du 17 mai 2013, de pouvoir bénéficier d'une adoption par le parent de fait, seule solution qui lui permettait d'avoir une protection juridique la plus complète et la plus entière. La délégation partage de l'autorité va également constituer, à cette période, la seule solution pour résoudre les problèmes que rencontrent les couples homosexuels en cas de rupture ou de décès du parent biologique de l'enfant.

§ 2 - Le but de la délégation partage de l'autorité parentale

417. Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, les enfants vivant dans les familles homosexuelles voient leur filiation établie à l'égard d'un seul des deux parents : à l'égard du parent biologique quand l'enfant a été conçu par insémination artificielle, du parent naturel, ou à l'égard du parent adoptant puisqu'en France une personne célibataire peut adopter⁹⁶⁹. Antérieurement à la réforme de 2013, le partenaire homosexuel ne peut se voir accorder l'adoption simple de l'enfant de son compagnon ou de sa compagne⁹⁷⁰ et l'adoption conjointe des couples homosexuels est interdite⁹⁷¹. Il donc considéré comme un parent social⁹⁷² qui a souvent partagé le désir d'enfant de sa compagne ou de son compagnon, contribue aux charges et à l'éducation des enfants, vit avec l'enfant qui créer un lien affectif avec lui. Le législateur français ne lui donne aucun statut avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, aucune responsabilité et aucun

⁹⁶⁸ Soit par l'adoption plénière par l'un des membres du couple. V. TGI Grenoble, 6 juin 2011, n° 11/01095, inédit, soit par le biais d'une gestation pour autrui.

⁹⁶⁹ Réf. Article 343-1 du Code civil prévoit qui prévoit : « *L'adoption peut être demandée par toute personne âgée de plus de « vingt-huit ans* », précité.

⁹⁷⁰ Les articles 343 et 346 du Code civil réservent l'adoption conjointe aux seuls couples mariés et le mariage homosexuel français est interdit. Cass. civ 1^{re}, 13 mars 2007, Bull. civ. I, n°113; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, précité. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

⁹⁷¹ Une telle possibilité d'adoption n'étant ouverte qu'aux couples mariés, les couples de même sexe subissent une nouvelle fois ici les conséquences de leur impossibilité d'accès au mariage français avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

⁹⁷² Le parent social peut-être un co-parent ou un beau-parent, les deux termes sont à dissocier. Le co-parent est partie au projet parentale initial alors que le beau-parent vient de dans un temps second par rapport au projet parentale. Donc, autant il peut exister qu'un co-parent, autant il peut exister une multitude de beaux-parents.

droit, c'est un *tiers*⁹⁷³. L'enfant n'a qu'un seul parent légal et ses liens avec son second ne sont pas protégés dans notre droit actuel.

418. Il en découle de vraies difficultés. L'absence de droits octroyés au partenaire du parent légal des enfants pose un certain nombre de problème au quotidien, comme par exemple, l'impossibilité d'inscrire les enfants dans un établissement scolaire ou encore l'impossibilité de donner son consentement à une intervention chirurgicale. Mais, la situation devient sérieuse en cas de rupture du dit couple, suite à une séparation ou un décès du parent biologique. Le partenaire ne peut espérer obtenir aucun droit sur l'enfant. Cet argument n'avait d'ailleurs pas manqué d'être développé, dans les principales demandes de délégation partage de l'autorité parentale des couples homosexuels en première instance mais également par la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 février 2006⁹⁷⁴. Le recours à la délégation partage de l'autorité parentale représentait, donc, le seul moyen pour le parent biologique de rattacher juridiquement son enfant à son partenaire homosexuel. La délégation d'une partie de l'autorité parentale du parent biologique permettait au partenaire homosexuel de créer un lien avec l'enfant, lien, qui lui permettra de conserver des droits parentaux en cas de rupture, suite à une séparation (A) ou décès du parent biologique (B). Néanmoins, la délégation partage de l'autorité parentale ne permet pas de produire l'effet souhaité par les couples homosexuels celui d'établir un lien de filiation entre l'enfant et le partenaire homosexuel pour constituer une famille homoparentale. Pour que ce soit le cas, il faudrait envisager une transformation de la délégation partage de l'autorité parentale en adoption simple, une proposition que le Professeur PIERRE MURAT avait d'ailleurs suggéré dans une note qu'il avait consacrée à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 24 février 2006⁹⁷⁵ (C).

⁹⁷³ Le tiers peut être défini comme une personne qui n'est pas lié à l'enfant par un lien de filiation ni par aucun lien juridique.

⁹⁷⁴ En effet, elle avait constaté que : « l'absence de filiation paternelle laissait craindre qu'en cas d'événements accidentel plaçant la mère, astreinte professionnellement à de longs trajets quotidiens, dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, sa compagne ne se heurtât à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle avait toujours eu aux yeux des enfants ». La Cour de cassation a été sensible à l'argument. En admettent le prononcé d'une délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la compagne homosexuelle de la mère légale des enfants, elle a ainsi mis à la disposition du couple homosexuel un instrument fort utile puisque le législateur va ainsi pouvoir accomplir, et ce en toute légalité, des actes courants dans la vie courante de l'enfant : autorisations diverses (de soin, d'hospitalisation, de sorties scolaires...), obtention de pièces d'identité, etc... Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006, 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHT, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, précité.

⁹⁷⁵ P. MURAT, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, comm. 89, p. 19.

A - La rupture du couple homosexuel

419. Les couples de femmes homosexuelles saisissent la justice, au moment de leur séparation, afin que soit prononcée une délégation de l'autorité parentale. La nouvelle délégation partage de l'autorité parentale instaurée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 est effectivement particulièrement utile pour garantir le maintien des liens de l'enfant avec le partenaire du parent biologique en cas de séparation volontaire du couple. Lors de la rupture, le partenaire du parent biologique peut se prévaloir de l'article 371-4 alinéa 1 du Code civil⁹⁷⁶, introduit par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, qui permet d'organiser les relations personnelles de l'enfant avec certaines personnes qui peuvent lui être cher en obtenant un droit de correspondance ou de visite. Cet article dispose que « *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* »⁹⁷⁷. Autrement dit, l'article 371-4, alinéa 2 du Code civil reconnaît qu'en cas de séparation du couple, l'enfant peut garder des liens avec un *tiers*, au besoin sans l'accord des père et mère. Le partenaire homosexuel, considéré comme un *tiers*, pourra, en cas de séparation avec le parent biologique, conserver des liens avec l'enfant. La rédaction antérieure était très restrictive. En effet, des « *situations exceptionnelles* » étaient requises et seul un simple « *droit de correspondance ou de visite* »⁹⁷⁸ pouvait être accordé. Même si la jurisprudence a élargi le droit de correspondance et de visite au droit d'hébergement⁹⁷⁹, l'application de cet article restait assez contraignante. Désormais, seul compte l'intérêt de l'enfant, apprécié par le juge. Et la formule utilisée est assez souple pour englober différentes modalités de relations personnelles : d'un droit de visite ou d'hébergement à des relations téléphoniques ou via internet. Ce texte constitue une des rares dispositions en faveur des familles recomposées, et il peut, donc, bénéficier au partenaire homosexuel du parent de l'enfant. En cas de séparation, celui-ci peut conserver des liens avec l'enfant.

420. Certains tribunaux ont accordé des droits de visite élargis au concubin homosexuel qui a pu être qualifié de second parent. Ainsi, en a décidé le Tribunal de grande instance de Bressuire, le 6 janvier 2000, dans une espèce où deux femmes vivaient en concubinage depuis 1985 et désiraient des enfants. Un homme avait été choisi pour que l'une

⁹⁷⁶ L'article 371-4 du Code civil : « *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* ».

⁹⁷⁷ La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe est venue préciser : « *en particulier lorsque les tiers a résidé de manière stable avec l'un ou l'autre de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables* ». Il est évident que cet ajout de la loi de 2013 vise à faire du beau-parent de l'enfant un tiers privilégié et ce, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel.

⁹⁷⁸ V. Article 371-4, alinéa 2, ancien du Code civil.

⁹⁷⁹ V. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112, *RTD civ.* 1986, 736, note RUBELLIN-DEVICHI.

puisse avoir des enfants. Le statut de « *seconde mère* » conféré à la concubine avait naturellement fait naître des sentiments affectifs très forts entre la femme et l'enfant. Après la séparation du couple en 1999, elle demanda et obtint un droit de visite. Le Tribunal a alors justement considéré que les circonstances exceptionnelles de l'article 371-4 du Code civil étaient réunies, et que le droit sollicité était conforme à l'intérêt des enfants. Ce type de jugement, obtenu avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, est dorénavant devenu plus fréquent, dans la mesure où les conditions de l'article 371-4, alinéa 2 ont été assouplies.

421. Cela a, en effet, été le cas, du Tribunal de grande instance de Lille qui a rendu, sur ce point, un jugement le 18 décembre 2007⁹⁸⁰. Dans sa décision, le Tribunal, après avoir relevé que l'enfant « *a été élevé par les deux femmes ensemble dans le cadre du foyer qu'elles avaient constitué* », a souligné « *qu'il apparaît ainsi discriminatoire d'exclure un enfant de la possibilité de bénéficier du partage de l'autorité parentale souhaité par sa mère et son ancienne amie sur le seul motif qu'elles sont de même sexe* ». La jurisprudence connaît aussi des cas de conjoints mariés, devenus parents, qui divorcent à la suite du comportement sexuel de l'un d'eux : le maintien des relations et le partage de l'autorité parentale avec le parent devenu homosexuel ne sont pas forcément un problème. Et reprenant le texte même de l'article 377 du Code civil, le Tribunal a constaté que celui-ci n'impose pas que la communauté de vie entre les deux femmes persiste pour que la demande en délégation de l'autorité parentale soit recevable. Après avoir vérifié que les conditions d'accueil de l'enfant étaient satisfaisantes chez l'ex-compagne de la mère biologique de l'enfant, le Tribunal a prononcé la délégation de l'autorité parentale.

422. Quelque temps plus tard, la Cour d'appel de Rennes a eu, elle aussi, à statuer sur une demande identique. Dans sa décision du 30 octobre 2009, elle a donné à un couple séparé de femmes homosexuelles la délégation d'autorité parentale avec exercice partagé, au profit de celle qui n'avait pas porté leur enfant⁹⁸¹. Dans son arrêt, la Cour d'appel « *dit que l'autorité parentale sur l'enfant sera ainsi partagée en Anne R et Emilie B pour tous les besoins de l'éducation de l'enfant* » et cette délégation partielle de l'autorité parentale « *apparaît conforme à l'intérêt de l'enfant se justifiant d'autant plus du fait de la séparation de la mère de sa compagne* ». La Cour a infirmé ainsi un jugement rendu en novembre 2008 par le Tribunal de Grande Instance de Rennes, qui avait rejeté leur demande de délégation d'autorité parentale, invoquant principalement la séparation des deux femmes, le caractère récent de cette séparation, et une « *hypothétique dégradation future de leurs relations* ». Anne

⁹⁸⁰ TGI Lille, 18 décembre 2007, *Dr. fam.* 2008, comm. 58, obs. P. MURAT.

⁹⁸¹ « Délégation d'autorité parentale autorisée pour un couple homosexuel séparé », *Libération*, 9 novembre 2009.

et Emilie avaient eu une petite fille en septembre 2006. Anne, inséminée en Belgique, en est la mère biologique, mais depuis la conception jusqu'à aujourd'hui, elles se sont positionnées toutes deux comme les deux parents de l'enfant. Depuis leur séparation en juin 2008, elles ont organisé « *une garde alternée, et s'investissent de manière égale dans la vie de leur fille, malgré l'absence de cadre juridique* » ont-elles affirmées. Lors de l'audience, le parquet avait mis en avant l'intérêt du lien existant entre Emilie et la petite fille, et reconnu que « *son engagement actuel s'apparente bien à celui d'un parent dans le cadre de la séparation d'un couple* »⁹⁸².

423. Ce couple d'homosexuels était le deuxième couple séparé en France à obtenir cette délégation, et le premier à l'obtenir en appel car le TGI d'Aix-en-Provence avait aussi accordé une délégation d'autorité parentale à un couple de femmes le 10 septembre 2008⁹⁸³. C'est également dans ce sens que la Cour d'appel de Paris, le 1^{er} décembre 2011⁹⁸⁴ a accordé une délégation partage d'autorité parentale pour un couple homosexuel séparé depuis dix ans et élevé ensemble, dans les faits, les enfants que l'une d'elles avait adoptés. Après la rupture du couple, une résidence alternée avait dans les faits été mise en place par les deux femmes. Pour officialiser la situation, les deux femmes, bien que séparées depuis des années, ont introduit une demande de délégation-partage de l'autorité parentale. Le Tribunal de grande instance de Paris a rejeté leur demande. Il a été infirmé par la Cour d'appel de Paris. Pour permettre ce partage, les juges parisiens relèvent tout d'abord que, « *depuis leur séparation, Claire R... (La mère) et Marie D... ont, d'un commun accord, organisé la vie des enfants de telle sorte qu'ils soient alternativement chez l'une ou chez l'autre en période scolaire comme en période de vacances* ». Puis, les juges de fond poursuivent en affirmant que le « *maintien de ce mode de vie dont bénéficient les enfants depuis six années, grâce au comportement bienveillant et responsable de Claire R... et Marie D..., nécessite le partage de l'autorité parentale pour que, dans l'intérêt supérieur [des enfants], Marie D... puisse, dans le cadre juridique de la délégation partage, continuer d'exercer le rôle éducatif qu'elle a toujours*

⁹⁸² De la même façon le Tribunal de grande instance d'Annecy a eu à connaître en 2010, lui aussi, des conséquences juridiques de la rupture d'un couple homosexuel. Il s'agissait ici de deux femmes homosexuelles qui avaient mis fin à leur pacte civil de solidarité. Dans ce contexte de séparation, la compagne de la mère biologique avait obtenu une délégation-partage de l'autorité parentale. Le juge aux affaires familiales avait homologué leur accord pour une résidence alternée et avait même fixé une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à hauteur de 200 euros que l'ancienne partenaire devait verser à la mère biologique de l'enfant. Dans un jugement rendu le 1^{er} juillet 2010, le Tribunal de grande instance s'est contenté de trancher le conflit qui continuait d'opposer les deux ex-partenaires au sujet du choix de l'école de l'enfant. TGI Annecy, 1^{er} juillet 2010, n° RG : 09/02356, *AJ fam.* 2010, p. 435, note V. AVENA-ROBARDET. Comme le souligne Mme V. AVENA-ROBERT, cette décision met en évidence que le « *couple homosexuel peut être traité comme un vrai couple de parents* ».

⁹⁸³ « Délégation d'autorité parentale autorisée pour un couple homosexuel séparé », *Télu*, 6 novembre 2008.

⁹⁸⁴ CA Paris, 1^{er} décembre 2011, RG n° 11/06495, *AJ. Fam.* 2012, p. 146, note C. SIFFREIN-BLANC.

joué auprès [d'eux], en outre particulièrement nécessaire à l'entrée dans l'adolescence. Il convient dès lors de faire droit à leur demande »⁹⁸⁵.

A travers cet arrêt, les juges tentent d'appliquer aux séparations des couples homosexuels les mêmes principes que ceux issus de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 : la coparentalité malgré la séparation⁹⁸⁶. A ce propos, il est pertinent de noter que, dans les motifs extrêmement lapidaires de la décision, il est seulement affirmé que les deux femmes exerceront en commun l'autorité parentale sans que soit précisé au préalable que ce partage provient d'une délégation-partage. En grossissant le trait, c'est un peu comme si les deux femmes apparaissaient comme les deux mères des enfants puisque l'origine de ce partage n'est pas spécifiée. Dans tous ces cas d'espèce, le prononcé d'une telle délégation partage de l'autorité parentale est très utile en cas de séparation du couple homosexuel, car elle permet à celle qui n'est pas la mère légale de l'enfant d'exercer officiellement une fonction de parent qui jusqu'alors existait dans les faits de par la vie commune. La délégation partage de l'autorité parentale permet également au partenaire homosexuel de conserver ses droits parentaux sur l'enfant en cas de décès du parent biologique.

B - En cas de décès du parent biologique

424. Avant la réforme de 2013, l'enfant évoluant au sein d'une famille homosexuelle n'avait, dans notre droit positif, qu'un parent qui exerce l'autorité parentale. Donc, à la mort de celui-ci, cet enfant devient orphelin et une tutelle s'ouvre à son égard⁹⁸⁷. Cependant, l'article 403 du Code civil⁹⁸⁸ permet au parent légal de désigner, de son vivant et s'il n'est pas privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'éventuel futur tuteur de sa progéniture. De ce fait, il pourra choisir son concubin puisque le droit lui permet de choisir un tuteur, parent ou non...⁹⁸⁹ Cette nomination ne peut être faite que sous la forme d'un testament ou d'une

⁹⁸⁵ L'arrêt rapporté de la Cour d'appel de Paris du 1^{er} décembre 2011 montre aussi en l'espèce que les juges font fi de la qualification des circonstances particulières, ne justifiant la mesure qu'à travers l'intérêt des enfants. A ce titre, l'intérêt des enfants, brièvement caractérisé, les juges ne faisant pas état de leur relation avec l'ex concubine ni de leur ressenti, semble déterminé par le maintien de leur mode de vie. En somme, il va de l'intérêt des enfants de pérenniser cet équilibre éducatif résultant de ce partage de fait organisé par le couple depuis plus de six ans. Pour ce faire, seule la reconnaissance d'un partage de l'autorité parentale, dans le cadre juridique de la délégation-partage, permettait d'assurer légalement cette continuité.

⁹⁸⁶ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, A et B.

⁹⁸⁷ Réf. Article 390 alinéa 1 du Code civil qui prévoit : « La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité ».

⁹⁸⁸ L'article 403 al. 1 du Code civil prévoit : « Le droit individuel de choisir un tuteur, qu'il soit ou non parent du mineur, n'appartient qu'au dernier vivant des père et mère s'il a conservé, au jour de son décès, l'exercice de l'autorité parentale.

⁹⁸⁹ Outre la délégation-partage de l'autorité parentale, un deuxième instrument juridique est en effet susceptible de présenter un arrêt dans ce contexte particulier de décès. Lorsque le seul parent biologique et légal de l'enfant décède, ce dernier est alors placé sous tutelle. Or, la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, est venue introduire, au titre de la tutelle

déclaration spéciale devant notaire⁹⁹⁰. En l'absence de désignation d'un tuteur testamentaire, c'est la famille d'origine qui bénéficiera de l'organisation de la tutelle⁹⁹¹. Dans ce cas, le parent social pourra encore être désigné comme le tuteur par le Conseil de famille, mais il risque d'entrer en conflit avec les grands-parents qui sont désignés par la loi comme les tuteurs au titre de l'ascendant du degré le plus rapproché⁹⁹². Dans ce cas-là, la résidence habituelle de l'enfant peut être fixée au domicile de ses grands-parents. Le parent social se retrouve ainsi dans la même situation d'une séparation avec le parent biologique. Il peut donc obtenir un droit de visite⁹⁹³ ou de correspondance à l'égard de l'enfant⁹⁹⁴. En revanche, dans la situation ou après le décès du parent biologique, il y a le parent social et l'autre parent biologique des enfants, la délégation partage devient très utile. Elle va permettre au parent social de partager l'autorité parentale de l'enfant avec le parent légal.

425. C'est dans ce sens que la Cour de cassation a rendu un arrêt, le 16 avril 2008⁹⁹⁵, dans lequel elle a accordé une délégation partage de l'autorité parentale entre le père légal et la compagne de la mère décédée des enfants. A son décès, la mère biologique homosexuelle avait laissé deux enfants qui étaient issus d'une relation hétérosexuelle antérieure et pour lesquels la filiation paternelle était établie. Au moment du décès, c'est la compagne de la mère biologique qui avait pris en charge les deux enfants. Peu après le décès, le père des enfants et la compagne de la défunte ont saisi le juge aux affaires familiales d'une requête conjointe en vue d'une délégation partielle de l'autorité parentale au profit de la compagne survivante. Ils s'opposaient ainsi à la sœur de la mère biologique des enfants qui réclamait d'être désignée tutrice des enfants. La Cour d'appel avait alors fixé la résidence habituelle des enfants chez la

testamentaire, une nouvelle disposition qui peut aisément être mise en œuvre dans la famille homosexuelle. Il s'agit de ce nouvel article 403 du Code civil précité qui donne la possibilité au dernier vivant des père et mère de choisir un tuteur, lequel peut être parent ou non du mineur. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'un parent désigne, si le lien de filiation a été seulement établi à son égard, son compagnon ou son partenaire homosexuel comme tuteur de son enfant. De la sorte, ce dernier pourra après le décès du parent biologique, continuer, à jouer un rôle dans la vie de l'enfant, notamment en le représentant dans tous les actes de la vie civile et en gérant ses biens durant sa minorité. Mais ce procédé juridique comme la délégation-partage de l'autorité parentale n'établit pas un lien de filiation.

⁹⁹⁰ L'article 403 al. 2 du Code civil dispose : « Cette désignation ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire ».

⁹⁹¹ L'article 404 du Code civil : « S'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou si celui qui a été désigné en cette qualité vient à cesser ses fonctions, le conseil de famille désigne un tuteur au mineur ».

⁹⁹² L'article 734 du Code civil prévoit : « En l'absence de conjoint successible, les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit : 1° Les enfants et leurs descendants ; 2° Les père et mère ; les frères et sœurs et les descendants de ces derniers ; 3° Les ascendants autres que les père et mère ; 4° Les collatéraux autres que les frères et sœurs et les descendants de ces derniers. Chacune de ces quatre catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants ».

⁹⁹³ L'article 373-2-1 du Code civil dispose : « L'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé à l'autre parent que pour des motifs graves ».

⁹⁹⁴ L'article 371-4 du Code civil prévoit : « 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 ».

⁹⁹⁵ Cass. civ. 1ère, 16 avril 2008, n° 07-11.273, Bull. civ. I, n° 106, *Dr. fam* 2008, comm. 101, note P. MURAT, *JCP G* 2009, I, n° 102, n°9, obs. A GOUTTENOIRE, *Defrénois* 2008, p. 1846, obs. J. MASSIP, *RTD civ.* 2008, p. 470, obs. J. HAUSER.

compagne de la mère décédée et avait délégué partiellement les droits de l'autorité parentale détenue par le père des enfants. La tante des enfants a alors formé un pourvoi en cassation considérant qu'en application de l'article 377 al. 1^{er} du Code civil, le juge doit choisir quelqu'un de préférence dans la parenté. Le 16 avril 2008, la Cour de cassation rejette le recours au motif « *qu'aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Comme tel était le cas, en l'espèce, la Cour de cassation a relevé que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision. Il s'agit aussi d'un attendu de principe, qui tranche une question qui n'avait pas, jusqu'à présent, été soumise à la Cour de cassation. Autrement dit, le juge devant simplement chercher si les circonstances, en l'espèce la mort de la mère d'enfants âgés alors de trois et six ans, rend possible ou non une telle délégation et si elle était conforme à l'intérêt des enfants, ce qui était le cas en l'espèce.

426. Cette décision met donc en évidence que la délégation de l'autorité parentale est une institution à laquelle peut accéder, après le décès de la mère biologique, sa compagne survivante. L'intérêt d'y recourir dans une telle circonstance est évident puisque la délégation va ainsi permettre à celle ou celui qui ne peut pas établir de lien de droit avec les enfants d'exercer à leur égard une fonction de parent⁹⁹⁶. En l'espèce, cette délégation aboutie à un partage de l'autorité parentale permettant à la concubine de la défunte d'exercer l'autorité parentale avec le père des enfants. Outre le droit de fixer la résidence des enfants à son domicile, elle bénéficiera du pouvoir d'accomplir les actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation des enfants. En revanche, les actes graves resteront de la compétence exclusive du parent, le père, ce qui implique en pratique une véritable coopération avec la délégataire avec laquelle il ne vit pas. Cependant, une question reste en suspend celle de savoir ce qu'il adviendra des enfants en cas de décès du père. La délégation d'autorité parentale prendra fin faute de délégant. La concubine de la mère se retrouvera dépourvue de titre juridique lui permettant de conserver la charge des enfants sauf si le père à la désigner comme tutrice⁹⁹⁷, dans un testament ou une déclaration spéciale devant notaire⁹⁹⁸. A défaut, seul le Conseil de

⁹⁹⁶ Néanmoins, pour ce faire, certaines conditions doivent impérativement être remplies comme le rappelle ici la Cour de cassation. Ainsi, il faut que les circonstances l'exigent et que la délégation soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Mais surtout, il faut que le titulaire de l'autorité parentale, s'il en existe un, y consente. Dès lors, si les enfants ont un père légal, il faudra nécessairement que la compagne survivante entretienne de bonnes relations avec lui pour le faire adhérer pleinement à la mesure.

⁹⁹⁷ L'article 403 du Code civil dispose : « *Le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou non, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère, s'il a conservé, au jour de sa mort, l'exercice de l'administration légale ou de la tutelle* ».

⁹⁹⁸ L'article 403 al. 2 du Code civil dispose : « *Cette nomination ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire* ».

famille pourra décider de la nommer en qualité de tutrice⁹⁹⁹, ce qui semble, en l'espèce, peu probable compte tenu de l'opposition manifestée par la famille par le sang. De toute évidence, la délégation partage de l'autorité parentale peut permettre, en cas de décès du parent biologique de l'enfant, d'éviter que l'enfant n'ait plus rien qui le rattache au survivant du couple dans la cellule qui l'avait accueilli à sa naissance, et qui avait pourvu à ses besoins et à son éducation.

L'assouplissement de la loi du 4 mars 2002 sur la délégation partage de l'autorité parentale aura permis au partenaire homosexuel d'être assimilé à un *tiers*, ce qui lui permet de maintenir avec l'enfant des liens juridiques et affectifs développés au cours de sa vie de couple avec le parent biologique. C'est finalement, reconnaître au partenaire homosexuel, un statut de beau-parent qui a des droits sur l'enfant qui n'est pas le sien mais qui participe à son éducation et à ses besoins comme n'importe quel beau-parent dans une famille recomposée hétérosexuelle. Enfin, la délégation partage de l'autorité parentale est faite, dans l'intérêt de l'enfant. Tout ces cas d'espèce, montre que les juges considèrent que les liens noués entre l'enfant et le partenaire doivent être préserver, en cas de séparation ou en cas décès, pour éviter que l'enfant n'ait plus aucune attache avec la personne ayant pourvu à ses besoins et à son éducation. Néanmoins, la délégation partage de l'autorité parentale ne produit pas les effets souhaités par les couples homosexuels, à savoir établir un lien de filiation entre l'enfant et le partenaire homosexuel. Il faudrait, pour que se soit le cas, transformer la délégation partage de l'autorité parentale en adoption simple. Cette transformation peut être possible et suggérée par le Professeur PIERRE MURAT.

C - La transformation de l'autorité parentale en adoption simple

427. Dans la note qu'il consacre à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 24 février 2006¹⁰⁰⁰, le professeur PIERRE MURAT avait fait une proposition inédite qui doit être relayée : il suggère de transformer en adoption simple, à la demande de l'enfant devenu majeur, une délégation-partage de l'autorité parentale qui a bien fonctionné pendant la minorité de celle-ci. Le professeur PIERRE MURAT souligne que : « ... *en ouvrant clairement le recours à la délégation-partage, solution qui répond aux besoins quotidiens des intéressés tout en ménageant l'avenir, elle trace la voie d'une alternative au statut familial plénier tiré de l'octroi initial d'un lien de filiation. En cela, il n'est donc pas*

⁹⁹⁹ L'article 404 du Code civil : « *S'il n'y a ni tuteur testamentaire ni ascendant tuteur ou si celui qui avait été désigné en cette qualité vient à cesser ses fonctions, un tuteur sera donné au mineur par le conseil de famille* ».

¹⁰⁰⁰ P. MURAT, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2006, comm. 89, p. 19.

même certain que la solution de la Cour de cassation constitue le premier pas d'une démarche qui nous mènerait tout droit vers l'homoparentalité... sauf, peut-être, à constater d'ici quelques années que le partage de l'autorité parentale a fait le lit de situations qui méritent plus ample consécration juridique ». Il se pose alors cette intéressante question : « Serait-il après tout si choquant qu'une délégation-partage qui a bien fonctionné durant la minorité soit transformée en adoption simple à la demande de l'enfant devenu majeur ? ». Ainsi, se trouveraient *a posteriori* consacrés des liens affectifs nécessairement réels et partagés. Le système aurait au moins un double avantage.

428. Selon le professeur PIERRE MURAT, un tel système comporterait, d'une part, une phase probatoire, à savoir la mesure de délégation de l'autorité parentale qui est toujours réversible ou aménageable. En effet, le stade de la délégation de l'autorité parentale étant toujours réversible ou aménageable, il laisse donc place à des ajustements induits par les aléas de la vie : les couples homosexuels pas d'avantages que les couples hétérosexuels ne sont à l'abri des ruptures.... Ainsi, l'auteur considère que « là où un lien de filiation prématurément établi conduirait à des situations inextricables et généralement définitives, la délégation permet d'agir dans la nuance et d'adapter ». D'autre part, le système aurait un effet consolidateur sur le terrain de la filiation mais dans un second temps seulement (c'est-à-dire postérieurement à la mission éducative remplie par le concubin du parent) et sous réserve de la volonté de l'enfant (qui, de la sorte, ne se voit rien imposer). Le professeur PIERRE MURAT ajoute : « à une époque où les droits de l'enfant sont au centre des préoccupations, il serait tout de même surprenant d'imposer *ab initio* au mineur une conception atypique de la filiation qui s'ancre dans le seul désir des adultes et découle d'un simple « projet parental » ». Dans ce cas précis, l'exercice d'une longue parentalité par un homosexuel à l'égard d'un enfant qui n'est pas le sien mais dont il a organisé la venue au monde permettrait la consécration ultérieure de sa parenté. Parenté et parentalité se rejoindraient alors et serait ainsi consacrée l'homoparentalité¹⁰⁰¹. Mais, au regard de la position du Conseil constitutionnel¹⁰⁰² sur l'adoption et celle de la position de la Cour de cassation sur la délégation partage de l'autorité parentale¹⁰⁰³, il est évident qu'aucun statut légal n'est ouvert à l'enfant des

¹⁰⁰¹ Dans ce sens, le Professeur H. FULCHIRON explique que le terme homoparentalité « mélange deux questions qu'ils emportent cependant de distinguer : la parenté vient du latin *pario*, engendrer. Le parent est celui qui engendre ou, plus généralement, celui que la loi désigne comme le père ou la mère de l'enfant : la parenté renvoie à un rapport de filiation. Le terme de parentalité recouvre une fonction : la prise en charge, la protection et l'éducation de l'enfant ». V. H. FULCHIRON, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur l'homoparentalité », *AJ fam.* 2006, p. 392.

¹⁰⁰² Cons. const. 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC : *Dr. fam.* 2010, Repère 10, V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁰⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNEAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHT, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT et Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, *D.* 2010, p. 1786, *AJ fam.* 2010, p. 394, obs.

homosexuels lui permettant d'être traité juridiquement comme l'enfant de la compagne de la mère biologique ou/et d'être élevé par elle. Pourtant, ce n'est pas faute d'avoir proposé des solutions.

Seul le prononcé de la délégation-partage de l'autorité parentale au sein du couple homosexuel permet ainsi à celui qui n'est pas le parent légal de l'enfant d'exercer la fonction de parenté. Les deux intéressés, enfant et compagnon homosexuel de son parent biologique, ne sont, dans cette situation, liés par aucun lien de droit. Mais aujourd'hui, le législateur français va beaucoup plus loin. Il admet dorénavant depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la consécration de la parenté homosexuelle par le biais de l'adoption en reconnaissant le mariage homosexuel. La constitution de la famille homoparentale en droit français prend ainsi tout son sens sur le plan juridique à partir de la réforme opérée en 2013 (Titre 2).

Titre 2 - La constitution de la famille homoparentale à partir de 2013

429. Jusqu'à l'élection de FRANÇOIS HOLLANDE en 2012, jamais il n'avait été envisagé de modifier l'exigence qu'un couple marié se compose de deux personnes de sexe différent. Jamais depuis PORTALIS un changement aussi profond n'avait été envisagé. Or, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 supprime la différence de sexe¹⁰⁰⁴.

Un chapitre spécifique de la loi est consacré aux règles de conflits de lois en cas de mariages internationaux. Désormais les mariages célébrés à l'étranger entre personnes de même sexe sont reconnus si les formalités prévues par la loi sont respectées et que le mariage est célébré par une autorité compétente. En revanche la reconnaissance des mariages homosexuels français à l'étranger sera plus difficile, car subordonnée à des pays qui ont reconnu le mariage homosexuel.

L'autorisation au mariage offre désormais la possibilité aux couples de même sexe d'adopter. En effet, l'article 346 al. 1^{er} du Code civil ne permet l'adoption que par les couples mariés, l'ouverture au mariage homosexuel ouvre naturellement cette possibilité. La parentalité homosexuelle entre dans les faits, même si une certaine prudence s'impose, notamment pour la délivrance de l'agrément et le prononcé de l'adoption par le Tribunal de grande instance qui se fait au nom de l'intérêt de l'enfant. Mais certains Etats sont connus pour leurs réticences, voire leur interdiction de confier un enfant à un couple homosexuel. Avec la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les adoptions plénières prononcées à l'étranger au bénéfice de couples homosexuels sont automatiquement transcrites à l'Etat civil.

L'opposition à l'encontre du projet de loi est franche, parfois frontale, mobilisant aussi contre elle une partie de la communauté universitaire, certains l'imaginant comme le début d'une incitation à la GPA. En dépit de la saisine du Conseil Constitutionnel¹⁰⁰⁵, la loi est définitivement adoptée le 23 avril 2013. Toutefois les traces de l'âpreté des débats s'effacent rapidement dans l'opinion publique, les enquêtes d'opinion montrant une acceptation de plus en plus grande de la notion même de couple homosexuel.

¹⁰⁰⁴ V. Annexes 6 : La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

¹⁰⁰⁵ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. DIEU, *D.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OUUDOT, p. 954, obs. D. AUTEM, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, et p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *AJ fam.* 2013, p. 332, Etude F. CHENEDE ; *RFDA* 2013, p. 923, Etude P. DEVOLVE, et p. 936, Etude G. DRAGO ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. BRUNET ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. HAUSER ; B. MATHIEU, « Les questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, *JCP* 2013, act. 588.

En Europe, la loi conforte la position progressiste de la CEDH, cette dernière ayant déjà inclus le couple homosexuel dans son interprétation de l'article 8 de la Convention sur le droit à une vie familiale¹⁰⁰⁶. Mais la Cour semble s'imposer la limite de laisser aux Etats une marge d'appréciation suffisante pour insérer ou pas le mariage homosexuel dans leurs législations nationales (Chapitre 1).

430. Bien que les sujets liés à la PMA et à la GPA ne figurent pas dans le projet de loi du gouvernement, assez rapidement au Parlement le débat est détourné de son objet premier pour prendre une direction inattendue. Si certains souhaitent profiter de la discussion autour du mariage entre personnes de même sexe pour ouvrir la PMA, voire la GPA, d'autres craignent au contraire que la loi contienne les germes d'une ouverture programmée mais non encore annoncée.

La PMA constitue en effet une revendication et un enjeu importants pour les couples homosexuels à qui cette assistance médicale à la procréation est interdite. Toutefois, de manière contournée, les couples de femmes homosexuelles peuvent avoir recours à une PMA pratiquée à l'étranger et procéder à une adoption de retour en France. Toutefois sur la question de sanctionner cette pratique la jurisprudence n'est pas encore tout à fait stabilisée.

Le débat sur une éventuelle ouverture de la PMA s'oriente autour de plusieurs arguments qui du côté des opposants se ramènent à la défense d'un choix de civilisation qui ne peut laisser la place qu'à la procréation entre un homme et une femme. Du côté de ceux qui défendent la possibilité de la PMA pour les femmes homosexuelles, les arguments ressemblent à s'y méprendre à ceux qui étaient avancés au début des années 1970 pour légaliser l'avortement : le tourisme procréatif ne peut que générer une insécurité sanitaire préjudiciable à la femme.

Concernant la GPA les termes du débat semblent plus simples, puisqu'elle est strictement interdite en France, au point d'ailleurs que des sanctions pénales sont prévues à l'encontre des couples qui ont recours à ce procédé. Pourtant, sur la question de la transcription sur les registres d'état civil des jugements d'adoption établis à l'étranger pour un enfant né d'une GPA, la CEDH condamne la France¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁰⁰⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11 ; *Daloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note C. NEIRINCK ; *AJ. fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note BERGOIGNAN-ESPER ; *RDT civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773 ; F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1797 ; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation

Si le débat en France semble figé, la pression exercée au plan international par des Etats qui reconnaissent la GPA comme la Grèce, devrait inciter au réexamen à long terme des positions les plus hostiles. Si la France ne change pas radicalement sa position sur la GPA il n'est pas interdit d'imaginer qu'un jour elle l'assouplisse afin de tenir compte d'un contexte international plus contrasté que notre débat très binaire sur cette problématique ne semble le refléter (Chapitre 2).

pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806 ; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184 ; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419.

Chapitre 1 - Les conséquences concrètes de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013

« En vous présentant aujourd’hui ce projet de loi qui contient des dispositions ouvrant le mariage à droits constants et l’adoption à droits constants aux couples homosexuels, le gouvernement choisit de permettre aux couples de même sexe d’entrer dans cette institution et de pouvoir composer une famille comme les couples hétérosexuels, c’est-à-dire de pouvoir le faire, soit par une union de fait que l’on appelle le concubinage, soit par un contrat, le PACS, soit par le mariage »¹⁰⁰⁸.

431. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe rompt avec une règle ancrée par les rédacteurs du Code civil de 1804, intangible depuis : le mariage concerne exclusivement deux personnes de sexe différent. L’article 143 du Code civil s’écrit désormais : *« le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe »*. Désormais le mariage est accessible aux personnes de même sexe, produisant ainsi les mêmes droits que pour les couples hétérosexuels, que ce soit en France ou s’agissant des mariages internationaux. Mais sans doute que l’une des conséquences les plus importantes est l’ouverture à l’adoption, constituant ainsi l’aboutissement d’une revendication ancienne liée à la constitution de la famille homosexuelle (Section 1).

432. Mais la loi provoque dans un premier temps rejet assez spectaculaire auprès d’une partie de l’opinion publique, de certains élus qui vont jusqu’à refuser de célébrer des mariages entre personnes de même sexe. Puis, progressivement, l’opinion publique va intégrer l’idée du mariage entre personnes du même sexe, y compris ses conséquences comme la possibilité d’adoption, entérinant ainsi une évolution des mentalités commencées depuis bien avant 2013. Les conséquences du vote de la loi de 2013 vont se faire sentir sur la jurisprudence européenne tout en construisant peu à peu un consensus en Europe sur l’acceptation de formes d’unions entre personnes de même sexe (Section 2).

¹⁰⁰⁸ Extrait du discours de CHRISTIANE TAUBIRA, garde des sceaux, ministre de la Justice, prononcé le 29 janvier 2013 à l’Assemblée nationale lors de la présentation du projet de loi sur le mariage homosexuel. V. « Le discours de Christiane Taubira pour le mariage pour tous », *Le Figaro*, 27 janvier 2013.

Section 1 - La reconnaissance juridique de la constitution de la famille homoparentale

433. Véritable bouleversement introduit dans un droit de la famille qui prend en général le temps de l'évolution, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 permet à deux personnes de même sexe de se marier. Une réforme qui a provoqué une vague de contestation importante. Concernant les mariages internationaux, la loi nouvelle fait œuvre de simplification. L'adoption d'un article 202-1 et 202-2 du Code civil apporte une solution de plus grande simplicité à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger (§1).

434. Avant 2012, plusieurs obstacles venaient contrarier les volontés d'adoption des couples homosexuels qui souhaitaient créer un double lien adoptif avec l'enfant. Il ne leur restait comme solution que la mise en place d'une délégation partagée de l'autorité parentale. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 change la donne puisque les couples homosexuels peuvent désormais adopter. Toutefois, comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel, toute adoption devra obligatoirement se conformer aux intérêts de l'enfant. Par ailleurs, l'adoption plénière n'est pas toujours envisageable si les conditions prévues par l'article 345-1 du Code civil ne sont pas remplies. En revanche, une fois l'adoption prononcée par le tribunal, l'autorité parentale est exercée par les deux conjoints. Pour autant le mécanisme de la délégation partagée présente toujours un intérêt dans certaines situations. La loi de 2013 a aussi prévu des règles applicables dans les cas de mariage international. Mais l'application de ces règles est liée également à l'aléa de la reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger (§2).

§ 1 - L'ouverture du mariage homosexuel

435. Pour le législateur français, le mariage pour tous, c'est d'abord l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Toutes les propositions faites à l'Assemblée nationale¹⁰⁰⁹ et au Sénat¹⁰¹⁰ pour offrir aux personnes de même sexe un équivalent du mariage (alliance civile ou union civile) ou pour créer un super-Pacs (concubinage) ont été rejetées. Présentée par CHRISTIANE TAUBIRA, ministre de la Justice, comme une étape décisive dans la longue marche vers l'égalité des droits¹⁰¹¹, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, a

¹⁰⁰⁹ V. Par exemple : Doc. AN. 9 novembre 2005, n° 2668.

¹⁰¹⁰ V. Par exemple: Doc. Sénat 8 novembre 2005, n° 65.

¹⁰¹¹ Réf. Extrait du discours de CHRISTIANE TAUBIRA, garde des sceaux, ministre de la Justice, prononcé le 29 janvier 2013 à l'Assemblée nationale lors de la présentation du projet de loi sur le mariage homosexuel. V. « Le

ébranlé la définition classique du mariage traditionnellement conçu comme l'union d'un homme et d'une femme ayant pour finalité la procréation. Ce bouleversement a provoqué de nombreuses réactions, tant dans la société française¹⁰¹² que parmi les juristes (A).

436. Cependant, l'adoption de cette loi n'emporte pas seulement une modification importante en matière de mariage en droit français. En contenant de nouvelles règles de conflits de la loi applicable à la validité du mariage de personnes de même sexe ont été adoptées, elle produit aussi des conséquences non négligeables en droit international privé. Jusqu'alors, la France faisait partie des Etats prohibitifs et devait comme tel se poser la question de la reconnaissance des mariages homosexuels conclus dans un Etat permissif¹⁰¹³. Désormais, non seulement elle a intégré le clan des Etats permissifs, mais encore, a fait le choix de trouver une solution à la problématique de la détermination de la loi applicable que peut soulever la volonté d'union de personnes de nationalités différentes. C'est aussi la voie de la promotion internationale des mariages homosexuels qui a été retenue par le législateur français¹⁰¹⁴ (B).

A - La reconnaissance française du mariage aux personnes de même sexe

437. Le Code civil s'est toujours refusé à définir le mariage, se contentant d'en préciser les caractères¹⁰¹⁵. Le Doyen Carbonnier considérait que c'est mieux ainsi, car « *chacun sait ce qu'il faut entendre par là; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes* »¹⁰¹⁶. Dans cette optique, Portalis confirme que le mariage est « *la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée* »¹⁰¹⁷. La différence de sexe du mariage découlait implicitement des articles 75 alinéa 6 du Code civil¹⁰¹⁸ et 144 du Code civil¹⁰¹⁹. Jusqu'à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe la différence de sexe

discours de Christiane Taubira pour le mariage pour tous », *Le Figaro*, 27 janvier 2013, précité.

¹⁰¹² Réf. Section 2 de ce chapitre.

¹⁰¹³ V. Au sujet de l'Allemagne, URS PETER GRUBER, « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand », *RCDIP* 2013, p. 65.

¹⁰¹⁴ V. A. GOSSELIN-GORAND, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 24.

¹⁰¹⁵ Le mariage est un accord de volonté et il comporte un rite scellé par l'Etat puisqu'il est célébré publiquement par l'officier de l'état civil. V. Articles 146 et 165 du Code civil.

¹⁰¹⁶ V. J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 21^e éd., 2002.

¹⁰¹⁷ V. Portalis, « Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage », *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PU d'Aix-Marseille, coll. des publications du Centre de philosophie du droit, 1998, p. 80.

¹⁰¹⁸ L'ancien article 75 al. 6 du Code civil dispose : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans* », précité.

¹⁰¹⁹ L'article 144 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 prévoyait : « *L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». La loi nouvelle modifie ce texte en y substituant la formule asexuée suivante : « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus* ».

dans la définition du mariage n'était donc pas explicitement inscrite dans le Code civil, tant elle avait semblé évidente aux rédacteurs du Code de Napoléon qui faisaient du mariage l'acte fondateur de la famille. Mais, celui-ci était bien traditionnellement conçu comme l'union d'un homme et d'une femme ayant pour finalité la procréation¹⁰²⁰. Cette exigence de différence de sexe qui interdisait le mariage aux couples de même sexe n'a pas été remise en question avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ni par les juges judiciaires¹⁰²¹, ni par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰²², ni par le Conseil constitutionnel.¹⁰²³ En effet, la différence des sexes dans le mariage relevait de l'ordre public familial, la nullité absolue venant sanctionner, par opposition à la nullité relative, une règle qui intéresse l'ordre public¹⁰²⁴. Cette règle est en outre inscrite dans plusieurs grandes Conventions internationales qui lient la France : la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹⁰²⁵, la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰²⁶ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966¹⁰²⁷.

438. C'est l'élection de FRANCOIS HOLLANDE en tant que président de la République en mai 2012 qui a permis une évolution quant à la définition même du mariage. L'admission du mariage homosexuel en droit français figurait en effet dans le programme du candidat FRANCOIS HOLLANDE en vue de son élection à la présidence de la République¹⁰²⁸. L'engagement n° 31 était ainsi rédigé : « *j'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels* ». Quelques mois après sa prise de fonction, le président de la République a demandé à la ministre de la Justice,

¹⁰²⁰ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

¹⁰²¹ Réf. Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113 ; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, D. 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, Defrénois 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

¹⁰²² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, Dr. fam 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, RTD civ. 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, JCP G 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F. SUDRE ; D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; AJ. fam. 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹⁰²³ Cons. const. du 28 janvier 2011 n° 2010-92 QPC, D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, AJ. fam. 2011, p. 157, obs. F. CHENEDE ; JCP 2011, chron. 29, obs. A. GOUTTENOIRE ; JCP 2011, p. 250, libres propos A. MIRKOVIC, précité.

¹⁰²⁴ V. Cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113 ; D. 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER; RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, D. 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, RTD civ. 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTD civ. 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, Defrénois 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

¹⁰²⁵ Article 16 : « 1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. 2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux. 3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

¹⁰²⁶ Article 12 : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

¹⁰²⁷ Article 23-2 : « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. 3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux ».

¹⁰²⁸ Le slogan adopté par FRANCOIS HOLLANDE durant sa campagne présidentielle était le suivant : « *le changement, c'est maintenant* » - Mes 60 engagements pour la France.

CHRISTIANE TAUBIRA et à la ministre déléguée à la Famille, DOMINIQUE BERTINOTTI, de coécrire un projet de loi visant à ouvrir le mariage et l'adoption aux couples homosexuels. Présenté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012¹⁰²⁹, le projet de loi a été discuté relativement rapidement au Parlement puisque la loi « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* » a été promulguée et publiée au journal officiel le 18 mai 2013¹⁰³⁰, une journée seulement après avoir été validée dans sa totalité par le Conseil constitutionnel¹⁰³¹. Le 29 mai 2013, quelques jours seulement après l'entrée en vigueur de loi, le premier mariage homosexuel a été légalement célébré en France¹⁰³².

439. L'innovation principale de cette loi est d'insérer dans le Code civil un article 143 nouvellement rédigé selon lequel : « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* »¹⁰³³. La loi nouvelle supprime la différence de sexe, une condition essentielle du mariage avec ses conséquences sur la parenté. Autoriser à se marier, les couples homosexuels bénéficient aussi désormais de la plupart des droits ouverts aux couples mariés, parmi lesquels des droits en matière d'adoption¹⁰³⁴. La théorie du « *genre différencié* »¹⁰³⁵ trouve ainsi une consécration dans la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Un nouvel article 6-1 a été ajouté dans le titre préliminaire du Code civil. Il est présenté comme un principe par la circulaire du 29 mai 2013¹⁰³⁶ et non comme une disposition balai¹⁰³⁷. Ce nouvel article énonce : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent Code, que les époux ou les*

¹⁰²⁹ V. Projet de loi, *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, AN. n° 344, 7 novembre 2012 ; Sénat n° 349 ; AN. n° 920 (2^e lecture), 15 avril 2013.

¹⁰³⁰ V. JO 18 mai 2013, n° 0114, p. 8253.

¹⁰³¹ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

¹⁰³² V. « Le premier mariage homosexuel a été célébré en France », *Le Monde*, 29 mai 2013.

¹⁰³³ Pour quelques commentaires sur cet article : V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « l'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012, n° 98, 4872 ; J. HAUSER, « Le projet de la loi sur le mariage des personnes de même sexe », *JCP* 2012, p. 2000 ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100 ; « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP* 2013, p. 1123 ; C. NEIRINCK, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013, Dossier 2 ; A. LEBEL, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ. fam.* 2013, p. 122 ; J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, « Panorama droit des couples », *D.* 2013, p. 1089, et *D.* 2014, p. 1342 ; A.-M. LEROYER, « Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, au présent, au futur », *D.* 2013, p. 1697 et J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doct. 1185.

¹⁰³⁴ V. Section 1, § 2, A de ce chapitre 1.

¹⁰³⁵ V. C. CHILAND, « Utilité d'un glossaire pour clarifier les problèmes concernant le genre et l'homosexualité », *PSN* volume 11, n° 4/2013.

¹⁰³⁶ Circulaire d'application de la loi du 17 mai 2013, 29 mai 2013, NOR : JUSC1312445C.

¹⁰³⁷ Le principe énoncé à l'article 6-1 nouveau du Code civil conduit toutefois beaucoup plus loin que la suppression des mots *pères* et *mère* prévue dans l'avant-projet de loi. V. Dans ce sens : C. BRUNETTI-PONS, « Ce que prévoit précisément le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *RLDC*, mars 2013, p. 79 et s.

parents soient de sexe différent ou de même sexe »¹⁰³⁸. Le législateur introduit un principe¹⁰³⁹ qui repose sur la suppression de la différence de sexe dans la définition du couple et de la parenté, sous la seule réserve de la filiation biologique¹⁰⁴⁰. Les couples de même sexe sont donc soumis aux mêmes règles que les couples de sexes différents en matière de mariage et d'adoption¹⁰⁴¹. Ce nouvel article 143 du Code civil a suscité de nombreuses réactions lors de la discussion parlementaire et de massives manifestations dans la rue, lesquelles ont parfois donné lieu à des débordements et actions violentes¹⁰⁴².

440. Des réserves ont été exprimées par une partie de la doctrine civiliste insistant sur le changement fondamental que cela entraînerait et les répercussions qui en résulteraient sur les fondements même de la conception du mariage et de la famille. En ouvrant le mariage et par là même l'adoption aux couples de personnes de même sexe, l'article 143 du Code civil a ainsi ébranlé la définition hétérosexuelle du mariage et de la famille traditionnelle française : la famille P.M.E¹⁰⁴³. Une partie de la communauté universitaire a manifesté son hostilité aux orientations prises dans la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Certains universitaires juristes, tels que FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ, JEAN HAUSER, AUDE MIRKOVIC, avaient d'ailleurs signé et adressé aux sénateurs, au cours de la navette parlementaire, une pétition en forme de motion pour préciser leur point de vue que le projet de loi du gouvernement impliquait un bouleversement profond du droit, du mariage, et, surtout de la parenté. Cette motion met ainsi en garde contre l'avènement d'un « *marché des enfants* ». « *En*

¹⁰³⁸ Les mots « *père et mère* » sont remplacés par « *parent* » pour une meilleure lisibilité, ces modifications ne touchent cependant pas l'essentiel, ne concernant ni les actes d'état civil, ni le livret de famille. « *Père et mère* » figureront dans ces documents pour les parents de sexe différent. Le Conseil d'Etat avait déjà alerté sur ce point montrant que cette disparition avait eu « *une valeur symbolique que l'on ne peut sous-estimer* ». Pour les enfants rattachés à deux personnes de même sexe, le terme « *parent* » sera utilisé de manière indifférenciée. V. F. GRANET-LAMBRECHT et P. HILT, « Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe », *Dr. fam.* 2013, p. 336 et CE, avis, oct. 2012 cité par A. LEBORGNE, « Réforme du mariage et de l'adoption : un avis sur les avis ? », *RJPF* 2013-3/1.

¹⁰³⁹ En outre, l'article 14 de la loi du 17 mai 2013 y ajoute une autorisation du Gouvernement pour prendre par voie d'ordonnance, dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, notamment : « *Les mesures nécessaires pour adapter l'ensemble des dispositions législatives, à l'exception de celles du Code civil, afin de tirer les conséquences de l'application aux conjoints et parents de même sexe des dispositions applicables aux conjoints et parents de sexe différent* ». Le Conseil constitutionnel a limité la portée de cette habilitation à la modification de la rédaction de certaines dispositions législatives, décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, cons. n° 81.

¹⁰⁴⁰ La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe n'a pas modifié la présomption de paternité prévue par l'article 312 du Code civil qui dispose : « *L'enfant conçu « ou né » pendant le mariage a pour père le mari* ». Le mariage fonde encore aujourd'hui sur la paternité du mari de la femme qui accouche. La réforme ne gomme pas la réalité biologique qui fait naître un enfant d'un rapport fécondant entre un homme et une femme. L'enfant ne peut être réputé issu de deux hommes ou de deux femmes. V. C. BRUNETTI-PONS, « *Recherches familiales* », 2014/1, n° 11, p. 111-130, Union nationale des associations familiales (UNAF).

¹⁰⁴¹ V. C. BRUNETTI-PONS, « *L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous* », *RLDC*, juin 2013, p. 73 et s.

¹⁰⁴² V. Section 2, § 1, A de ce Chapitre 1.

¹⁰⁴³ V. X. LACROIX, « *Un mariage homosexuel : non-discrimination ou confusion ?* », p. 47, et P. MALAURIE, « *Les nouveaux visages de la famille* », P. MALAURIE, « *Les nouveaux visages de la famille* », p. 261, H. FULCHIRON (dir), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, « *Thèmes et commentaires* », Dalloz, 2009.

l'état, ce texte invite à aller fabriquer les enfants à l'étranger, ce qui est déjà inacceptable, en attendant de dénoncer l'injustice de la sélection par l'argent pour organiser le marché des enfants en France », avaient prévenu les juristes. En conclusion, invoquant leur vocation à veiller à la protection par le droit des personnes les plus vulnérables, ils avaient demandé à la Chambre haute de « *renoncer à un texte qui se révèle celui de l'esclavage moderne des femmes et de la nouvelle traite des enfants* »¹⁰⁴⁴.

441. Saisi des recours présentés par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs¹⁰⁴⁵, le Conseil constitutionnel a quant à lui déclaré la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe conforme à la Constitution dans toutes ses dispositions¹⁰⁴⁶. Les requérants avaient notamment invoqué différents arguments à l'encontre de l'article 143 du Code civil. L'altérité sexuelle des époux était, à l'évidence, l'enjeu central de la loi. La suppression par la loi déférée de cette condition essentielle posait d'abord un problème d'égalité. Pour les requérants, dès lors que les couples de même sexe n'étaient pas dans la même situation, à l'égard de la procréation, que les couples de sexe différent, ils devaient faire l'objet d'un traitement différent. Avant l'intervention du législateur de 2013, tant le Conseil constitutionnel¹⁰⁴⁷ que la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁴⁸ avaient estimé que la nécessité de l'altérité sexuelle n'était constitutive d'aucune discrimination dès lors que les situations étaient différentes.

442. Dans la décision présentée ici, le Conseil constitutionnel réaffirme à plusieurs reprises cette application du principe selon lequel une différence de situation peut entraîner une différence de régime : « *le législateur, qui n'était pas tenu de retenir les mêmes règles pour les mariages contractés entre personnes de sexe différent, n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables* »¹⁰⁴⁹ ; « *les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe* »¹⁰⁵⁰. Le Conseil constitutionnel relève à cet égard que : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni*

¹⁰⁴⁴ V. « Mariage gay : 170 juristes interpellent les sénateurs », *Le Figaro*, 25 mars 2013.

¹⁰⁴⁵ V. F.-X. BRECHOT, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP G* 2012, p. 2326 ; B. DAUGERON, « Mariage pour tous : retour sur la constitutionnalité du référendum », *D.* 2013, 320 et B. PAUVERT, « Sur une disputation contemporaine et brûlante », *Dr. fam.* 2013, Dossier 10.

¹⁰⁴⁶ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

¹⁰⁴⁷ V. Cons. const. 28 janvier 2011 n° 2010-92 QPC, *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *AJ. fam.* 2011, p. 157, obs. F. CHENEDE ; *JCP* 2011, chron. 29, obs. A. GOUTTENOIRE ; *JCP* 2011, p. 250, libres propos A. MIRKOVIC, précité et Cons. const. 6 octobre n° 2010-39 QPC, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. NEIRINCK ; *AJDA* 2011, p. 529, note MAZIAN ; *Dr. fam.* 2010, p. 489, obs. C. MECARY ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, Repère 10, note V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, Jur. p. 2744, note F. CHENEDE ; *AJ. fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, précité.

¹⁰⁴⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹⁰⁴⁹ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

¹⁰⁵⁰ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Cons. 44.

à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »¹⁰⁵¹. Toutefois, poursuit-il : « *« si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »*.¹⁰⁵² En d'autres termes, le traitement différent de situations identiques est contraire au principe d'égalité, mais pas le traitement identique de situations différentes. Mais, c'est aussi et surtout une manière pour le Conseil constitutionnel de revenir à considérer que l'application de ce principe relève des élus du Peuple et non du juge constitutionnel : *« le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur »*¹⁰⁵³.

443. Les parlementaires avaient aussi invoqué un important grief relatif à la violation du principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. Selon le Conseil : *« si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentales, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme*¹⁰⁵⁴ ». La question a divisé la doctrine en deux camps. D'un côté, certains auteurs démontrèrent que les trois conditions prévues en 1988 étaient bel et bien réunies au sujet de la condition d'altérité sexuelle du mariage¹⁰⁵⁵. Il faut ainsi rappeler que la reconnaissance d'un PFRLR suppose qu'il doit être puisé dans une législation républicaine antérieure à 1946, ne jamais avoir été contredit par une loi ultérieure, et revêtir *« une certaine importance »*, c'est-à-dire

¹⁰⁵¹ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Cons. 15.

¹⁰⁵² V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Cons. 15.

¹⁰⁵³ V. Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Cons. 22. De 2010 à 2013, la position du Conseil constitutionnel n'aurait donc pas varié : c'est au législateur, et non au juge constitutionnel, qu'il appartient de se prononcer sur l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe.

¹⁰⁵⁴ Pour les deux premières conditions, V. Déc. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, Loi portant amnistie, cons. 12.

¹⁰⁵⁵ V. Dans ce sens : F.-X. BRECHOT, « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *JCP G* 2012, doctr. 1388 ; P. DELVOLLE, « Mariage : un homme, une femme : *Le Figaro*, 7 novembre 2012 ; L. CANDIDE, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. pal.* 3 octobre 2012, n° 278, p. 7 ; B. PAUVERT, « Sur une disputation contemporaine et brûlante », *Dr. fam.* 2013, Dossier 10 et G. DRAGO, « Mariage entre personnes de même sexe : problématiques de constitutionnalité », *LPA* 11 février 2013, n° 30, p. 4 et s.

être « *fondamental* »¹⁰⁵⁶. De l'autre côté, fut affirmée l'impossibilité de reconnaître ce principe¹⁰⁵⁷, que le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel porte non seulement sur la Constitution, mais plus largement, sur le bloc de constitutionnalité comprenant, ces principes dont l'alinéa 1^{er} du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 affirme qu'ils sont fondamentaux et reconnus par les lois de la République. Selon la jurisprudence ultérieure du Conseil constitutionnel, est élevé à cette dignité, un principe qui se fonde sur une législation précise et constante, adoptée sous l'une des Républiques ayant précédé la Constitution de 1946 et qui se trouve doté d'un caractère obligatoire et général.

444. Le principe d'altérité sexuelle des époux respecterait-il ces trois conditions ? D'un point de vue normatif, ce principe était contenu dans le Code civil ainsi que l'avait confirmé la Cour de cassation en 2007¹⁰⁵⁸. Le Code civil ayant été adopté le 21 mars 1804, soit à la toute fin de la première République, puisque l'Empire n'a été proclamé que le 18 mai 1804, il s'agit d'une loi de la République. Quant aux deux autres conditions, elles ne sont font pas défaut : ce principe n'a fait l'objet d'aucune exception, avant l'entrée en vigueur du préambule de la Constitution de 1946 comme après, le principe est général et non contingent. L'examen de ces conditions aurait donc pu conduire le Conseil constitutionnel à affirmer l'existence d'un PFRLR. Cependant, à l'occasion de son contrôle, il a créé une nouvelle condition, insolite portant sur le domaine de la règle considérée. Il faut désormais, en plus des trois conditions, que la règle intéresse les droits et libertés fondamentaux, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics¹⁰⁵⁹. La portée de cette innovation jurisprudentielle dépasse l'évidence le seul cadre du mariage homosexuel. Poursuivant sa démonstration, le Conseil constitutionnel, affirme que les règles relatives au mariage ne relèvent d'aucune de ces catégories nouvellement érigées en ce domaine des PFRLR. Il est certain que le mariage possède peu de liens avec la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics. Mais, est-il si évident que le mariage soit étranger aux « *droits et libertés fondamentaux* » ? Il est permis de s'en étonner à la lumière de la propre jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle la liberté du mariage est une composante de la liberté personnelle et

¹⁰⁵⁶ Pour la troisième condition, V. Déc. n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux, cons. 9.

¹⁰⁵⁷ V. Dans ce sens : X. DUPRE DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit : *RDLF*, chron. 23 ; D. BERT, « Le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation : un principe à valeur constitutionnel ? », *RJPF* 2012, 11 ; D. ROMAN et X. DUPRE DE BOULOIS, « Le mariage, Napoléon et la Constitution : *Le Figaro*, 19 novembre 2012 ; A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, chron. n° 4 ; P. MURAT, « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *Nouveau Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 39, p. 19 et s ; D. ROUSSEAU, « Le mariage pour tous relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. pal.* 13 décembre 2012, p. 5 et C. TUKOV, « Un recours attendu qui ne s'est pas fait attendre », *JCP*, n° 19, 6 mai 2013, p. 523.

¹⁰⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113 ; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER ; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, *D.* 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, *Defrénois* 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

¹⁰⁵⁹ Cons. const. décision, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC. Cons. 21.

résulte dès lors, des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits et du citoyen de 1789¹⁰⁶⁰. Le Conseil constitutionnel réaffirme cet indéfectible lien dans la décision commentée¹⁰⁶¹. Et que dire des articles 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui affirment, l'un et l'autre, le droit de se marier et de fonder une famille à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ? A défaut de vraiment comprendre l'affirmation du Conseil constitutionnel, il convient de s'en souvenir¹⁰⁶².

445. Dans tous les cas, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 représente un changement majeur dans la conception du mariage et de la famille. Les réserves émises par une partie de la doctrine civiliste sont fondées. C'est bien la conception du mariage et, en même temps, la finalité de la famille, qui se trouvent remises en cause. Car dès lors que le mariage s'ouvre aux personnes de même sexe, le risque est grand qu'il se détache de la parenté. Il serait moins l'institution fondatrice de la famille, mais une institution parmi d'autres permettant simplement la reconnaissance sociale des individus¹⁰⁶³. Dans ce sens, IRENE THERY a défendu l'idée d'une redéfinition du mariage civil sur l'institution d'un lien de couple et non pas de filiation¹⁰⁶⁴. En arrière-plan, cela impliquera certainement une réflexion sur l'articulation entre les différentes formes de conjugalité et posera la question de la raison d'être du PACS¹⁰⁶⁵. Mais, au-delà du couple, le véritable enjeu est celui de l'accès à la parenté que les couples homosexuels espèrent obtenir par la voie de l'adoption. Cet espoir risque d'être déçu en raison de la crise que traverse l'adoption et des obstacles que rencontreront les couples homosexuels s'ils se tournent vers l'adoption internationale¹⁰⁶⁶. Plus particulièrement, la vraie question sera donc celle de l'accès à la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes homosexuelles avec la perspective d'une remise en cause, ici aussi, des principes familiaux sur lesquels se fonde le droit français en ce domaine¹⁰⁶⁷. A l'avenir, les couples d'hommes homosexuels mariés pourront sans doute invoquer la discrimination dont ils sont victimes s'il ne leur est pas permis de recourir à une mère porteuse. L'admission du mariage entre personnes de même sexe entraînera donc nécessairement dans son sillage une reconstruction du

¹⁰⁶⁰ V. Cons. const. décision 28 janvier 2011, n° 2010-92 DC QPC, *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *AJ. fam.* 2011, p. 157, obs. F. CHENEDE ; *JCP* 2011, chron. 29, obs. A. GOUTTENOIRE ; *JCP* 2011, p. 250, libres propos A. MIRKOVIC, précité.

¹⁰⁶¹ Cons. const. décision 17 mai 2013 n° 2013-669. Cons. 23.

¹⁰⁶² Remarque de J.-R. BINET, « Conformité de la loi ouvrant le mariage aux couple de personnes de même sexe à la Constitution », *Dr. fam.* 2013, comm. 98, p. 70.

¹⁰⁶³ V. Dans ce sens, I. THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.* 2013, Dossier 17, p. 9-12 et C. BIDAUD-GARON, « Le mariage sans sexe », *Dr. fam.* 2013, Dossier 18, p. 13-15.

¹⁰⁶⁴ V. I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, rapport à Mmes les ministres M. Aubry et E. Guigou, Odile Jacob, 1998.

¹⁰⁶⁵ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012, n° 98, 4872.

¹⁰⁶⁶ V. Section 1, §2, A- de ce Chapitre 1.

¹⁰⁶⁷ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, A et B

droit de la filiation sur un autre fondement que le fondement biologique qui le sous-tend actuellement¹⁰⁶⁸.

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe ne s'applique pas seulement aux couples homosexuels vivant en France. Elle étend son champ d'application au plus grand nombre de couples homosexuels et cela, quelle que soit leur nationalité en reconnaissant par la même occasion le mariage international aux personnes de même sexe.

B - La reconnaissance du mariage aux personnes de même sexe en droit international privé

446. Le mariage est international au regard de l'ordre juridique français dès lors qu'un élément d'extranéité de la situation rattache ce mariage à un autre Etat. C'est le cas notamment lorsque l'un ou l'autre des époux, ou même les deux, n'est pas de nationalité française. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a bien entendu pris en compte l'internationalisation croissante des rapports entre personnes privées : en 2012, 16 % des mariages célébrés en France impliquaient au moins un conjoint de nationalité étrangère¹⁰⁶⁹. Le développement du mariage entre personnes de même sexe dans le monde¹⁰⁷⁰, l'augmentation des couples mixtes et la mobilité des couples qui se déplacent d'un Etat à un autre ou ont un lien avec plus d'un Etat, ont incité le législateur français à établir des règles de conflits de lois en vue de répondre aux questions soulevées par l'introduction du mariage entre personnes de même sexe. Consciente de ces incidences en droit international privé, la loi « *mariage pour tous* », a créé un chapitre IV *bis* dans le titre V du livre premier du Code civil, intitulé « *Des règles de conflit de lois* », dans lequel deux articles, l'article 202-1 et l'article 202-2 du Code civil ont été adoptés autant pour répondre à la question des conditions de forme et de fond du mariage que pour résoudre le problème de la reconnaissance en France des mariages célébrés à l'étranger¹⁰⁷¹. Mais, elles suscitent également une incertitude quant à la reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger.

¹⁰⁶⁸ V. Conclusion générale.

¹⁰⁶⁹ Selon le bilan démographique de l'INSEE pour 2012 : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=irsocsd20122.

¹⁰⁷⁰ V. Annexes : Le mariage homosexuel en droit comparé.

¹⁰⁷¹ Avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les règles de conflits spécifiquement relatives au mariage n'étaient pas inscrites dans le Code civil. Un certain nombre de Convention internationales s'intéressent à cette question, mais ne sont jamais entrées en vigueur en France ou ont été dénoncées depuis. La France est toutefois liée par quelques conventions bilatérales qui contiennent des règles de conflit de lois en matière de célébration du mariage. V. Dans ce sens : I. BARRIERE BROUSSE, *JCI. Droit international*, Fasc. 546-10, Mariage : conditions de fond, n° 14 et 19.

447. La célébration d'un mariage international ressortant de la compétence de l'officier d'état civil français doit d'abord répondre à des conditions de forme et de fond. Ces deux catégories de conditions étant soumises à des règles de conflit de lois distinctes, il est donc nécessaire de déterminer au préalable si la condition en cause est formelle ou substantielle, pour lui appliquer le régime adéquat. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel la nature de la condition devait être déterminée *lege fori*¹⁰⁷². Une fois que cette question préliminaire est réglée, il convient pour l'officier d'état civil compétent de mettre en œuvre la bonne règle de conflit de lois, et après la loi matérielle applicable, selon qu'il s'agit d'une condition de forme ou d'une condition de fond.

448. La Cour de cassation française retient et affirme que les conditions de forme du mariage, en tant qu'acte juridique, sont subordonnées au respect de la loi interne du pays de célébration¹⁰⁷³. Cette règle est désormais explicitement formulée par le Code civil à l'article 202-2 : « *Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu* ». Ainsi, tout mariage célébré en France, indépendamment de la nationalité des époux ou même de leur résidence ou domicile, devra obéir aux formalités préparatoires¹⁰⁷⁴, ne pas faire l'objet d'une opposition à mariage¹⁰⁷⁵, et répondre aux conditions de solennité¹⁰⁷⁶ et de publicité¹⁰⁷⁷ de la célébration en mairie.

449. Les textes internationaux¹⁰⁷⁸ soumettent en général la question des conditions de fond à la loi nationale des époux, mais le droit international privé de source interne n'avait pas prévu de règle spécifique en la matière. En ce que le mariage modifie l'état des personnes, la question relevait de la catégorie du statut personnel, laquelle faisait l'objet d'une règle de conflit de loi générale contenue à l'article 3, alinéa 3 du Code civil : « *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* ». Cette règle, construite

¹⁰⁷² V. Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1995, *Caraslanis*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 723, note H. BATIFFIOL ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international*, Dalloz, 2006, n° 27, p. 245.

¹⁰⁷³ V. Par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, n° 81-12.611, *JurisData* n° 1982-701439 ; *D.* 1983, J. 431, note E. AGOSTINI ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note BISCHOFF.

¹⁰⁷⁴ Réf. Article 63 du Code civil.

¹⁰⁷⁵ Réf. Article 172 à 179 du Code civil.

¹⁰⁷⁶ Réf. Article 75 du Code civil.

¹⁰⁷⁷ Réf. Article 175 du Code civil.

¹⁰⁷⁸ Par exemple : la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages non en vigueur en France opte aussi largement pour la *lex loci celebrationis* dans son article 3 : « *Le mariage doit être célébré : 1) lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration et que l'un d'eux a la nationalité de cet État ou y réside habituellement ; ou 2) lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'État de la célébration* ». Mais aussi, la Convention franco-polonaise du 5 avril 1967, article 4 et la Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971, article 3, al. 1^{er} (consultable sur le site : www.jafbase.fr/afrique.html) et la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, article 5.V. Dans ce sens : I. BARRIERE BROUSSE, *JCI. Droit international*, Fasc. 546-10, Mariage : conditions de fond, n° 14 et 19 et V. Aussi : S. CLAVEL et E. GALLANT, *Les grands textes de droit international privé*, Dalloz, 2014.

comme une règle unilatérale, avait très tôt été bilatéralisée par la jurisprudence¹⁰⁷⁹, si bien que le statut personnel était régi par la loi nationale de l'individu. Cette soumission à la loi nationale était corroborée par les dispositions du Code civil relatives au mariage des Français à l'étranger, ceux-ci ne devant pas contrevenir aux dispositions du droit français relatives aux conditions de fond du mariage¹⁰⁸⁰.

450. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, ne heurte pas la solution classique en renvoyant à la loi personnelle des époux. Il n'y a pas ici de réelle novation puisqu'il est en effet traditionnel en matière de mariage d'interroger la loi nationale des époux pour vérifier les conditions et qualités requises pour l'union¹⁰⁸¹. Le nouvel article 202-1 du Code civil prévoit ainsi : « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* ». Selon la tradition française, la loi personnelle est la loi nationale. C'est donc la nationalité qui est choisie explicitement par la loi comme critère de rattachement, celle-ci devant nécessairement être appréciée au jour du mariage¹⁰⁸². Lorsque les époux possèdent des nationalités distinctes, le droit français distingue traditionnellement deux types de conditions de fond. Pour les premières¹⁰⁸³, la validité du mariage s'apprécie pour chacun des époux au regard de sa loi nationale. Il y a donc application distributive des lois nationales¹⁰⁸⁴. Pour les secondes¹⁰⁸⁵, la jurisprudence française commandait de faire

¹⁰⁷⁹ CA Paris, 13 juin 1814, Busqueta : Sirey, 1814, 2, p. 383 ; B. ANCEL et Y. LAQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 1, p.1, précité.

¹⁰⁸⁰ Article 171- du Code civil qui renvoie au chapitre premier du titre V consacré au mariage, « des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ».

¹⁰⁸¹ V. Notamment D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 2, partie spéciale, Thémis, PUF, 2^e éd. 2010, spéc. n° 722.

¹⁰⁸² Lorsque les époux possèdent la nationalité de plusieurs Etats, se posent la question du conflit de nationalités. La tradition française retient des solutions différentes selon que les nationalités en cause sous toutes étrangères. Prime la nationalité la plus effective. V. Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1974, n° 72-12.196, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 260, note NISARD ; *JDI* 1975, p.298, note Alexandre. Ou si la nationalité française est impliquée, c'est alors celle-ci qui primera, en tant que nationalité du for : V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1968, KASAPYAN, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note H. BATIFFOL ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 2006, n° 46. Cette approche de la résolution du conflit de nationalité est largement mise à mal par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle semble laisser les individus résoudre eux-mêmes le conflit de nationalité par l'expression de leur volonté. V. CJCE, plén. 2 oct. 2003, aff. C- 148/02, *Garcia Avello*, JurisData n° 2003-400027 ; *JDI* 2004, p. 1225, obs. POILLOT-PEREZZUTTO ; *D.* 2004, Jur. p. 1476, note AUDIT ; *Rev. crit. DIP.* 2004, p. 192, note LAGARDE.

¹⁰⁸³ Relatives à l'âge, capacité, consentement notamment.

¹⁰⁸⁴ V. Notamment : CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, Jur. p. 156, note BOULANGER ; *D.* 1996, somm. 174, obs. B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 41, note Gannagé. Cass. civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n° 06-20.208, JurisData n° 2007-040395 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 200, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 755, 2^e esp., note B. ANCEL ; *RDLC* 2007, n° 2748, obs. G. MARREAUD DES GROTTES ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 08-13.390, 2^e esp. JurisData n° 2009-047411 ; *Dr. fam.* 2009, comm. 81, obs. B. FARGE ; *RJPF* 2006-6/26, p. 25, 2^e esp., obs. A. LEBORGNE.

¹⁰⁸⁵ Empêchements à mariage tirés de la parenté ou de l'alliance, de l'existence d'un précédent mariage non dissous, et la question de l'altérité de sexe des époux. En ce sens, une réponse ministérielle de 2006 affirme bien qu'un mariage ne peut être valablement célébré entre personnes de même sexe que si, indépendamment de la *lex loci celebrationis*, les lois personnelles de chacun des époux autorisent ce type de mariage. Rép. Min. n° 16294, JO Sénat Q 9 mars 2006, p. 722 ; *JCP N* 2006, p. 363, note MIGNOT.

application cumulative des deux lois nationale¹⁰⁸⁶s. En d'autres termes, il y a application de la loi la plus restrictive. Par conséquent, dès lors qu'un époux est ressortissant d'un Etat qui interdit le mariage entre personnes de même sexe, la célébration devrait théoriquement être impossible. Mais, cette problématique de l'application cumulative des lois personnelles est évacuée par la loi elle-même qui instaure un mécanisme certes logique, mais qui opère un renversement radical¹⁰⁸⁷.

451. La rédaction initiale du projet de loi¹⁰⁸⁸ prévoyait l'éviction de la loi personnelle prohibitive, sous réserve des engagements internationaux de la France, dès lors que la loi de l'Etat sur le territoire duquel était célébré le mariage le permettait. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a réécrit cette disposition, si bien que le nouvel article 202-1 du Code civil prévoit désormais dans son alinéa que : « *toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Cette règle semble directement inspirée de la législation belge¹⁰⁸⁹. En outre, la nouvelle écriture de l'article permet dans une certaine mesure d'évincer les difficultés que suscitait la première version, au regard d'un ordre public à deux vitesses¹⁰⁹⁰. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe est ainsi érigée en principe essentiel de l'ordre public français, non expressément nommé, c'est bien lui qui est en jeu, ici, et va évincer une loi désignée par une règle de conflit pour y substituer une loi permissive, l'originalité étant que la loi substituée n'est pas nécessairement la loi du for¹⁰⁹¹. Dans le projet de la loi nationale, il était substitué à la loi personnelle prohibitive la *lex loci celebrationis*¹⁰⁹² permissive :

¹⁰⁸⁶ V. CA Paris, 26 mars 2009, n° 07/18590, JurisData, n° 2009-001767.

¹⁰⁸⁷ V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 7.

¹⁰⁸⁸ V. Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe. N° 344. Etude d'impact. Novembre 2012. Consultable sur le site : www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁸⁹ Réf. Article 46, alinéa 2, de la loi belge portant Code de droit international privé qui prévoit : « *L'application d'une disposition est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personne de même sexe lorsque l'une d'elle a la nationalité d'un Etat ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet le mariage* ». En écartant l'application « d'une disposition du droit désigné », le législateur belge fait directement appel au processus d'exclusion de la loi étrangère que constitue l'exception d'ordre public international. Ainsi, si la loi étrangère prohibitive est évincée, le droit belge sera appliqué.

¹⁰⁹⁰ V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 15.

¹⁰⁹¹ V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 4 : H. FULCHIRON indique que cette règle joue comme une exception d'ordre public qui permet d'écarter la loi prohibitive dès lors que l'un des époux a un lien personnel avec un système juridique qui admet le mariage entre personnes de même sexe. Ce lien sera la loi personnelle de l'un des futurs conjoints qui admet le mariage entre personnes de même sexe ou la loi de la résidence habituelle ou du domicile de l'un des futurs conjoints qui admet le mariage entre personnes de même sexe. La loi personnelle de l'un des conjoints ou celle de son domicile ou de sa résidence suffit à écarter la ou les lois personnelles prohibitives. Dans ce sens, le mariage d'une italienne et d'une française pourra être valablement célébré en France comme le mariage entre deux Suisses ou deux Allemands si l'un d'eux a son domicile ou sa résidence en France.

¹⁰⁹² *Lex loci celebrationis* est un terme latin pour un principe juridique en common law anglaise, traduit approximativement par « la loi de la terre (*lex loci*) où le mariage a été célébré ». Elle se réfère à la validité de l'union, indépendamment des lois du mariage des pays concernés: où les deux personnes ont la nationalité légale ou la citoyenneté, ou où ils vivent (résident ou sont domiciliés). L'hypothèse sous la common law est qu'un tel mariage, lorsqu'il est valablement célébré en vertu de la législation pertinente de la terre, est aussi légal et valide.

la compétence de l'autorité qui célèbre le mariage absorbait alors la question du conflit de lois quand au fond du mariage¹⁰⁹³. La version définitive prévoit d'autoriser le mariage quand il est permis par la loi personnelle de l'un des futurs conjoints : alors que l'application cumulative des lois nationales aux empêchements bilatéraux conduisait traditionnellement à l'application de la loi la plus restrictive, la volonté du législateur français d'imposer internationalement le « *mariage pour tous* » conduit à appliquer au contraire la loi la plus permissive. Mais encore, si aucune des lois personnelles ne valide ce type d'union, l'officier d'état civil célébrant un mariage entre personnes de même sexe en France peut apprécier cette faculté au regard de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a son domicile ou sa résidence, qui pourra être le cas échéant la loi française.

452. Dans cette optique, un « *tourisme nuptial* »¹⁰⁹⁴ aurait pu se développer en raison de la large ouverture du droit français sur le mariage entre personnes de même sexe : la formulation de la nouvelle règle de conflit invitait les homosexuels étrangers dont la loi nationale est prohibitive à venir se marier en France¹⁰⁹⁵. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a élargi la compétence territoriale de l'officier d'état civil en matière de mariage : celui-ci peut désormais être célébré, outre dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence, dans la commune où l'un des parents¹⁰⁹⁶ a son domicile ou sa résidence. Il est donc possible qu'un étranger homosexuel vienne se marier en France. Néanmoins, l'officier d'état civil français reste soumis à la règle de conflit de l'article 202-1 du Code civil, et c'est là que se révèle tout l'intérêt de la réécriture de la disposition¹⁰⁹⁷. La première version du projet de loi qui alignait la compétence de l'officier d'état civil avec la loi applicable à la question de l'altérité de sexe conduisait là à un vrai risque de « *tourisme nuptial* ». Mais, la disposition adoptée le limite véritablement. M. HUGUES FULCHIRON propose de réhabiliter la fraude à la loi ou de créer un mécanisme pour tempérer le risque de *law shopping* en matière de statut personnel¹⁰⁹⁸. Le Conseil

¹⁰⁹³ V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 4.

¹⁰⁹⁴ V. A. PANET, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.* 2013, Dossier 29, p. 47-50.

¹⁰⁹⁵ V. L. AYNES, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012, p. 2750.

¹⁰⁹⁶ Sous entendu le père et la mère.

¹⁰⁹⁷ Par exemple : l'officier d'état civil français sera compétent pour célébrer le mariage de deux hommes dont l'un est polonais et l'autre hollandais. Le mariage peut être valablement célébré, en ne portant pas atteinte à la prohibition constitutionnelle du mariage homosexuel en Pologne dès lors que la loi néerlandaise suffit à assurer la validité au fond de l'union. L'article 18 de la Constitution polonaise prévoit en effet la protection du mariage : « *en tant qu'union d'une femme et d'un homme* ». En revanche, deux femmes allemandes qui ont leur résidence habituelle en Italie ne pourront jamais obtenir la célébration de leur mariage en France : même si l'officier d'état civil est compétent, ni la loi allemande, ni la loi italienne n'autorise le mariage entre personnes de même sexe, aucune des lois nationales ou de résidence des époux ne permet la célébration. En revanche, si ces mêmes femmes résidaient en Belgique, la célébration en France serait alors possible.

¹⁰⁹⁸ V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 36.

constitutionnel, quant à lui, saisi du contrôle de cette loi, a affirmé qu'il appartenait aux juridictions compétentes de sanctionner de telles pratiques¹⁰⁹⁹.

453. Cependant, la règle introduite par l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil, ne peut s'appliquer aux ressortissants de pays avec lesquels la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle. En raison de la hiérarchie des normes, les conventions internationales ayant une valeur supérieure à la loi s'appliqueront à un mariage concernant un ou deux ressortissants de ces pays. Dans ce sens, la circulaire du 29 mai 2013¹¹⁰⁰, dresse la liste des conventions conclues par la France avec les pays suivants : la Pologne¹¹⁰¹, le Maroc¹¹⁰², la Bosnie-Herzégovine, du Monténégro, de la Serbie, du Kosovo, de la Slovénie¹¹⁰³, du Laos¹¹⁰⁴, du Cambodge¹¹⁰⁵, de la Tunisie¹¹⁰⁶ et de l'Algérie¹¹⁰⁷. Lorsqu'un mariage sera envisagé entre deux personnes de même sexe, dont l'un des futurs époux est ressortissant de l'un des pays lié à la France par une convention internationale, l'officier de l'état civil français ne pourra pas célébrer le mariage. Cependant, l'élargissement de la possibilité de contracter un tel mariage en présence de l'interdiction de la loi personnelle de l'un des époux multiplie les mariages « boiteux »¹¹⁰⁸ qui ne seront pas reconnus dans l'Etat d'origine du ressortissant étranger si la loi prohibe ou ne reconnaît pas le mariage entre personnes de même sexe. Dans ce cas, l'officier de l'état civil doit attirer l'attention des intéressés sur la possibilité de non-reconnaissance de leur mariage et des risques encourus au regard de certaines législations applicables dans le pays d'origine et des sanctions pénales qui peuvent être encourues¹¹⁰⁹. La

¹⁰⁹⁹ V. Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669, DC- consid. 30 : JO 18 mai 2013, p. 8281.

¹¹⁰⁰ V. Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil) NOR : JUSC1312445C. V. sur la question : C. BIDAUD-GARON, « Mariage consulaire... pour tous ? », *JGP G* 2013, p. 1325, *ibid*, *JCP G* 2013, p. 729 et H. FULCHIRON, « Mariage pour tous ...ou presque ? à propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personne de même sexe », *D.* 2013, p. 1969.

¹¹⁰¹ Convention relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille du 5 avril 1967 (publiée par décret n° 69-176 du 13 février 1969, article 4, al. 2 et 3).

¹¹⁰² Convention relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 (publiée par décret n° 83-435 du 27 mai 1983, article 5).

¹¹⁰³ La Bosnie-Herzégovine (accord par échange de lettre du 3 décembre 2003, publié par décret n° 2004-96 du 26 janvier 2004), Le Monténégro (accord sous forme d'échange de lettre du 30 septembre 2010, publié par décret n° 2012-621 du 2 mai 2012), la Serbie (accord publié par décret n° 2003-457 du 16 mai 2003), le Kosovo (accord sous forme d'échange de lettre des 4 et 6 février 2013, publié par décret n° 2013-349 du 24 avril 2013) et la Slovénie (accord sous forme d'échange de lettre du 28 mars 1994, publié par décret n° 96-229 du 15 mars 1996) ont repris la Convention franco-yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille du 18 mai 1971 (publiée par décret n° 73-492 du 15 mai 1973).

¹¹⁰⁴ Convention judiciaire avec le Laos du 22 octobre 1953, publiée par décret n° 59-593 du 22 avril 1959.

¹¹⁰⁵ Décret n° 59-593 du 22 avril 1959, dans lequel ont été publiés les accords entre la France et le Cambodge des 29 août et 9 septembre 1953.

¹¹⁰⁶ Convention judiciaire du 9 mars 1957 publiée par décret n° 58-86 du 1^{er} février 1958.

¹¹⁰⁷ Convention des pourparlers d'Evian du 18 mars 1962 : Déclaration des garanties.

¹¹⁰⁸ V. M. REVILLARD, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Defrénois*, 15 juillet 2013, n° 13-14 et V. Aussi, S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUME, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, perspectives de DIP », *D.* 2013, p. 1756.

¹¹⁰⁹ V. A. BOICHE, « Aspect de droit international privé », *AJ. fam.* 2013, n° 6, p. 363-365. La circulaire du 29 mai 2013 établit une liste des pays ou entités pour lesquels il impératif que l'officier d'état civil informe les futurs époux. En

circulaire précise qu'il conviendra, le cas échéant, de faire application de l'article 169 du Code civil¹¹¹⁰, qui permet au procureur de la République de dispenser de la publication des bans¹¹¹¹.

454. L'application de la règle énoncée par l'article 202-2 du Code civil et l'exception prévue par la circulaire du 29 mai 2013 ont été mises en application par un arrêt très médiatisé¹¹¹² de la Cour de cassation du 28 janvier 2015¹¹¹³ relatif à la possibilité de célébrer ou non, en France, un mariage franco-marocain d'un couple de même sexe. Les faits étaient les suivants : Un homme de nationalité française, Dominique, et un homme de nationalité marocaine, Mohammed, en couple, ont déposé un dossier de mariage auprès de leur mairie. Après publication des bans, la célébration était prévue le 14 septembre 2013. Cependant, le Procureur de la République s'est opposé à la célébration du mariage¹¹¹⁴ au motif que la loi marocaine, applicable en vertu de la Convention franco-marocaine¹¹¹⁵, interdit le mariage entre deux personnes de même sexe et en invoquant

majorité, il s'agit d'Etats de statut musulman.

¹¹¹⁰ L'article 169 du Code civil prévoit : « *Le procureur de la République dans l'arrondissement duquel sera célébré le mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai ou de l'affichage de la publication seulement* ».

¹¹¹¹ La circulaire du 29 mai 2013 souligne aussi qu'il y a finalement que dans peu de pays où la reconnaissance du mariage homosexuel ne posera pas problème : Belgique, Espagne, Canada, certains pays des Etats-Unis d'Amérique, certains Etats brésiliens, Pays-Bas, Suède, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud, Mexico D.F, Argentine, Norvège, Danemark, Portugal, Islande, et Uruguay.

¹¹¹² V. « Le mariage d'un couple homosexuel franco-marocain autorisé en Cassation », *Le Monde*, 28 janvier 2015.

¹¹¹³ V. Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n° 13-50.059, *Dalloz actualité* 2015, obs. R. MESA ; D. 2015, p. 464, obs. I. GALLMEISTER, note H. FULCHIRON; D. 2015, p. 1408, obs. LEMOULAND et Vigneau ; *AJ. fam.* 2015, point de vue B. HAFTEL ; *AJ. fam.* 2015, p. 172, obs. A. BOICHE ; *Gaz. pal* 5 février 2015, n° 36, p. 11 avis J.-D. SARCELET ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. PUIG ; *JCP G* 2015, p. 525, note GANNAGE, *Dr. fam.* 2015, comm. 63, note A. DEVERS et FARGE; *RJPF* 2015-2/15, note DUBARRY. Arrêt confirmé par la CA de Rennes 6^e Ch. A., 17 mars 2015, n° 14/05460. La Cour d'appel de Rennes se conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation pour écarter la loi étrangère qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe. Les faits de l'espèce sont quasiment identiques à ceux qui ont donné lieu à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 janvier 2015. Deux femmes, l'une de nationalité française, l'autre de nationalité marocaine, voient le procureur du Tribunal de grande instance de Rennes former opposition à leur mariage. Le Tribunal, saisi dans le cadre d'une procédure à jour fixe, ordonne la mainlevée de l'opposition. Le procureur a fait appel, le tout avant qu'intervienne l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015 susvisé. Ce dernier est toutefois déjà rendu lorsque la Cour d'appel de Rennes rend sa décision. Le procureur rappelait que, selon le principe de hiérarchie des normes, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 prime sur l'article 202-1 du Code civil tel qu'issu de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, et qu'aux termes de cette Convention, c'est la loi marocaine prohibant le mariage entre personnes de même sexe qui régit les conditions de fond du mariage pour la future épouse marocaine. Il soutenait par ailleurs que la réserve d'ordre public énoncée à l'article 4 de la Convention ne pouvait pas être mise en œuvre dans la mesure où la prohibition du mariage homosexuel ne relèverait pas de la conception française de l'ordre international. La Cour d'appel ne suit pas le procureur et considère, bien au contraire, que cette prohibition est désormais bel et bien au contraire à la conception française de l'ordre public international, au regard tant du droit interne, tel que réformé par la loi du 17 mai 2013, que du droit européen. Partant, la Cour d'appel confirme le jugement ayant ordonné la mainlevée de l'opposition. Ce faisant, elle s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2015, auquel elle fait d'ailleurs expressément référence dans sa motivation.

¹¹¹⁴ Réf. Article 175-1 du Code civil qui autorise le Procureur de la République à s'opposer à la célébration du mariage dans les cas où il peut demander la nullité.

¹¹¹⁵ Il en va ainsi de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et de la coopération judiciaire, qui prévoit que pour déterminer si le mariage est autorisé, il faut se référer, pour chaque époux, à la loi de l'Etat dont il a la nationalité (article 5 de la convention). En d'autres termes, chacun des deux membres du couple doit se conformer aux lois de son pays. Or, le Maroc ne reconnaît pas aux couples de même sexe le droit de se marier. En l'espèce, Mohammed ne peut donc pas bénéficier de la loi française sur le mariage pour tous, étant soumis à la loi marocaine, dans laquelle l'homosexualité est un délit passible de 3 à 6 ans de prison.

notamment l'article 55 de la Constitution¹¹¹⁶. Les époux ont alors formé une demande en main levée de l'opposition devant le Tribunal de Grande Instance de Chambéry¹¹¹⁷ puis devant la Cour d'appel de Chambéry¹¹¹⁸ qui ont autorisé la célébration du mariage en écartant la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 pour appliquer la règle de conflit introduite par la loi du 17 mai 2013 à l'article 202-1 alinéa 2 du Code Civil. Le procureur général a formé un pourvoi en cassation, considérant que ce mariage validé violait les règles de droit international privé.

455. La Cour de cassation a rappelé que l'article 4 de cette Convention prévoit que la loi d'un des deux pays pouvait être écartée lorsqu'elle était « *manifestement incompatible avec l'ordre public* ». « *L'ordre public international français* »¹¹¹⁹ est un ensemble de règles relatives à l'organisation de la Nation, l'économie, la morale, la santé, la sécurité, la paix publiques, ainsi que les droits et libertés essentielles de chaque individu suffisamment important pour écarter les textes contraires¹¹²⁰. Or, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français estime que la liberté de se marier est un droit fondamental, ouvert aux couples de même sexe depuis la loi du 17 mai 2013¹¹²¹ qui doit l'emporter sur une Convention bilatérale passée entre la France et le Maroc. Autrement dit, la Cour de cassation applique le nouvel article 202-1 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe selon lequel la loi du pays étranger prohibant le mariage ne peut être écartée que s'il existe un rattachement du futur époux étranger à la France. En l'espèce, Mohammed, d'origine marocaine était domicilié en France. Par conséquent, le mariage d'un homme de nationalité française et d'un homme de nationalité marocaine résidant en France est autorisé.

456. La solution de la Cour de cassation respecte ainsi l'égalité entre les personnes de nationalité marocaine et les ressortissants étrangers auxquels le Code civil permet de se marier en France, avec un époux de même sexe. Cependant, ce raisonnement a été critiqué par la doctrine car certains auteurs estiment qu'« *il eut été préférable, en outre, de fonder la solution sur l'article 4 de la Convention franco-marocaine qui prévoit précisément une réserve en vertu de laquelle la loi qu'elle désigne peut être écartée quand elle contrevient aux dispositions manifestes d'ordre public* »

¹¹¹⁶ V. Article 55 de la Constitution qui prévoit que : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

¹¹¹⁷ V. TGI Chambéry, 11 octobre 2013, RG n° 13/01631.

¹¹¹⁸ V. CA Chambéry, 22 octobre 2013, RG n° 13/02258, *D.* 2013 p. 2464 ; *ibid.* p. 2576, entretien H. FULCHIRON ; *ibid.*, 2014, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2013, p. 720, obs. A. BOICHE ; *RTD civ.* 2014, p. 89, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2013, comm. 158, obs. J.-R. BINET.

¹¹¹⁹ Réf. Déjà invoqué par le Tribunal de Chambéry et la Cour d'appel de Chambéry. : TGI Chambéry, 11 octobre 2013, RG n° 13/01631 et CA Chambéry, 22 octobre 2013, RG n° 13/02258, précités.

¹¹²⁰ C'est d'ailleurs en vertu de cet « *ordre public international* » que la France interdit, par exemple, la polygamie ou la répudiation.

¹¹²¹ Réf. Communiqué relatif à l'arrêt dit du « mariage franco-marocain entre personnes de même sexe » du 28 janvier 2015.

de l'une des parties »¹¹²². ANNE-MARIE LEROYER étaye ce raisonnement¹¹²³. La Convention franco-marocaine est applicable conformément à l'article 55 de la Constitution¹¹²⁴. Cette Convention prévoit que pour les conditions de fond du mariage, la loi personnelle de chacun des époux s'applique. Toutefois, la Convention n'est pas applicable si celle-ci est manifestement incompatible avec l'ordre public. Ainsi, comme les juges français ont considéré que le mariage entre deux personnes de même sexe était d'ordre public international, c'est en application de la Convention franco-marocaine, et non en l'écartant, que la loi marocaine qui prohibe le mariage entre deux personnes de même sexe pouvait être évincée¹¹²⁵.

457. Le contenu de l'article 202-2 du Code civil conduit ensuite à résoudre la question de la reconnaissance en France d'un mariage entre personnes de même sexe s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat étranger sur le territoire duquel la célébration a eu lieu. Avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, une question revenait souvent en doctrine : l'issue des mariages célébrés entre personnes de même sexe à l'étranger ? Le problème d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger entre des Français était évacué par l'article 171-1 du Code civil qui prévoit que le mariage des Français célébré à l'étranger est valable s'il n'était pas contrevenu aux conditions de fond prévues par le Code civil¹¹²⁶. La Cour de cassation jugeant alors que : « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* »¹¹²⁷, une réponse ministérielle rappelait qu'un mariage célébré

¹¹²² V. J. BINET, « Un mariage homosexuel franco-marocain autorisé en France, *Dr. fam.* 2013, comm. 158, n° 12.

¹¹²³ V. A.-M LEROYER, « Panorama de droit extrapatrimonial de la famille, *Gaz. pal.*, édition spécialisée-dimanche 30 mars au mardi 1^{er} avril 2014, n° 89 à 91.

¹¹²⁴ Réf. Article précité 55 de la Constitution précité prévoit que : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Dans ce sens, c'est oublier que dans la circulaire du 29 mai 2013, la garde des Sceaux, CHRISTINE TAUBIRA avait indiqué que la loi autorisant le mariage pour tous ne pouvait s'appliquer aux ressortissants des onze pays ayant conclu avec la France une Convention régissant notamment le mariage, « les Conventions ayant une valeur supérieure à la loi ».

¹¹²⁵ Dans l'arrêt commenté, la Cour de Cassation suit ce raisonnement en appliquant la Convention franco-marocaine pour autoriser ce mariage. En effet, elle juge sur le fondement de l'article 4 de la Convention que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; « *que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Mais selon la Cour de Cassation, une personne ne peut être privée de la liberté fondamentale de se marier reconnue par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe qui fait partie intégrante de l'ordre public français qui doit primer sur la Convention franco-marocaine.

¹¹²⁶ Article 171-1 du Code civil : « *Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre. Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises. Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret* ».

¹¹²⁷ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, Bull. civ., I, n° 113 ; *D.* 2007, p. 935, note I. GALLMEISTER ; *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, *D.* 2007, p. 1389, rapp. PLUYETTE, note E. AGOSTINI, *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2007, p. 315, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2007, comm. 76, note M. AZAVANT, *Defrénois* 2007, art. 38595, note J. MASSIP, précité.

à l'étranger entre personnes de même sexe dont l'une au moins était de nationalité française n'était pas susceptible d'être reconnu, car il serait nul au regard de la loi personnelle de l'un au moins des époux¹¹²⁸. La difficulté se posait dans l'hypothèse lorsque le mariage avait été célébré à l'étranger en conformité avec les lois personnelles des époux de même sexe. Faut de pouvoir introduire une action en nullité de ce type de mariage, la doctrine s'interrogeait non seulement sur la qualification à retenir pour ce type d'union¹¹²⁹, mais encore sur la possibilité d'opposer l'ordre public français en matière internationale à la reconnaissance de ce type de mariage, avec d'autant plus de liberté que la question ne s'est jamais posée devant les juridictions françaises. Ce problème est désormais résolu par la nouvelle législation en vigueur en France parce que le mariage entre personnes de même sexe peut être célébré en France, il n'y a plus de mécanisme qui puisse faire échec à la reconnaissance d'un mariage homosexuel à l'étranger. Effectivement, l'ordre public s'accompagne d'un principe d'actualité, qui commande de l'apprécier au moment où la reconnaissance est demandée, et non au moment où la situation est constituée.

458. La reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi pose ainsi peu de difficultés. Sa reconnaissance en France sera simplement subordonnée au respect des conditions de fond et de forme prévues par le nouveau chapitre IV *bis*. Le mariage célébré à l'étranger entre des personnes de même sexe sera donc reconnu dès lors qu'il a été célébré par une autorité étrangère concrètement compétente qui émane d'un Etat qui admet ce type d'union, et dans le respect des formalités prévues par la loi de l'Etat de célébration. Entre autres, le mariage devra être valable au regard de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a son domicile ou sa résidence. L'intensité du lien qui unit le couple à un Etat autorisant le mariage homosexuel est donc modeste. La faveur accordée à un principe de reconnaissance des unions homosexuelles célébrées à l'étranger est très importante, ce qui n'est pas étonnant au regard des règles de conflit et surtout de l'éviction de la loi prohibitive sur le plan de la célébration en France du mariage. Cette faveur se traduit encore par l'instauration de dispositions transitoires.

459. En revanche, la loi du 17 mai 2013 prévoit dans son article 21, des dispositions transitoires pour assurer la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés avant l'entrée en vigueur de la loi¹¹³⁰ : « *Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants,*

¹¹²⁸ V. Rép. Min. n° 886 : JO Sénat Q 24 janv. 2008, p. 161.

¹¹²⁹ V. H. FULCHIRION, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253.

¹¹³⁰ En autorisant simplement le mariage homosexuel à compter de son entrée en vigueur, soit le 19 mai 2013, la loi nouvelle ne valide pas pour autant les mariages célébrés auparavant à l'étranger lorsqu'au moins l'un des époux était de nationalité française. Dans la mesure où la loi nationale française prohibait alors de telles unions, celles-ci ne pourraient être reconnues ensuite sans une disposition spécifique. Aussi pour éviter que les intéressés ne soient contraints de se remarier, le législateur a-t-il prévu cet article 21.

en France, sous réserve du respect des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180, et 191 du Code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du même code. A compter de la date de transcription, il produit ses effets à l'égard des tiers »¹¹³¹. Le texte de l'article 21 est parfaitement identique à celui du projet de loi initial, ce qui est critiquable car en fonction de l'interprétation du champ d'application personnelle de la disposition, celle-ci sera soit incohérente et susceptible d'une censure par les Cours internationales, soit contradictoire avec le reste du dispositif mis en place par loi.

460. Dans une première acceptation, il peut être considéré que la disposition transitoire n'a vocation à s'appliquer qu'aux mariages français célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi. Alors, il pourrait être, à l'instar du professeur HUGUES FULCHIRON¹¹³², que l'exclusion du mariage entre étrangers célébré à l'étranger du champ d'application de la disposition pourrait entraîner la sanction de la Cour européenne des droits de l'homme, sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale et de l'interdiction des discriminations¹¹³³, ou de la Cour de justice de l'Union européenne, sur le fondement d'une entrave à la liberté de circulation des personnes¹¹³⁴. En revanche, l'inclusion des mariages mixtes impliquant un Français, voir même, des mariages étrangers, induirait une incohérence importante : les conditions de reconnaissance se réduisent au respect des conditions de fond prévues par la loi française. Ainsi, plus aucune place n'est laissée à la loi personnelle de l'époux étranger. Si celle-ci peut-être écartée devant l'officier d'état civil français qui célébrerait un mariage entre personnes de même sexe, c'est uniquement pour contourner la prohibition du mariage entre personnes de même sexe. Le reste des conditions de fond devrait rester soumis à la loi nationale de l'époux. Voilà l'effet de substitution mesurée de l'ordre public français en matière internationale. Mais dans le cadre de la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger, alors c'est l'ensemble de la loi nationale de l'époux étranger qui serait purement et simplement évincé, au profit de la loi française applicable aux conditions de fond.

461. A l'avenir, pour faire échec à la reconnaissance, il faudrait que le mariage ait eu lieu dans un Etat qui permet la célébration et avec lequel les époux, dont les lois nationales et les lois de résidence et de domicile prohibent ce type d'union, n'entretiennent aucun lien. Pour autant, la

¹¹³¹ Ainsi, grâce à cette dispositions de droit transitoire, les mariages homosexuels célébrés à l'étranger, avant le 18 mai 2013, où l'un au moins des conjoints est de nationalité française seront reconnus en France et pourront faire l'objet d'une transcription auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique du lieu de célébration.

¹¹³² V. H. FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 29, *ibid*, « Le « mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXX, 2014.

¹¹³³ V. En ce sens, CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, n° 76240/01, *JCP G* 2007, I, 182, n° 9, obs. F. SUDRE, *D.* 2007, p. note MARCHADIER ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 830, note kinsh ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, obs. L. d'AVOUT.

¹¹³⁴ V. En ce sens, CJCE, 2 octobre 2003, aff. C- 148/02, *Garcia Avello*, précité et CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Sayn Wittgenstein*, *RTDE* 2011, p. 571, note, PATAUT.

faculté laissée à la France, et de façon plus générale, à l'ensemble des Etats au sein de l'espace européen, de faire échec à la reconnaissance des mariages homosexuels, paraîtrait discutable au regard du principe de reconnaissance qui semble guider tant la CEDH que la CJUE. Le respect de la vie privée et familiale, la libre circulation du citoyen de l'Union et le droit à la performance de son statut personnel sont autant d'éléments qui pourraient venir court-circuiter les raisonnements classiques du droit international privé.

462. La dernière hypothèse à envisager est celle de la question de la reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger. L'accueil à l'étranger des mariages homosexuels célébrés en France est des plus incertains¹¹³⁵. Seul un petit nombre de pays¹¹³⁶ ont en effet inscrit dans leur droit le « *mariage pour tous* » et, parmi eux, certains n'ont pas édicté de règles de droit international privé propres à ce type d'unions. La question de la reconnaissance d'un mariage homosexuel célébré en France, qu'il s'agisse d'un mariage entre français, d'un mariage entre étrangers ou d'un mariage mixte, sera donc réglée différemment selon les pays, en fonction de leurs différences de législations applicables et de leur conception de l'ordre public international. Or, à la différence du mariage « traditionnel » qui, même s'il connaît des variantes selon les pays, fait l'objet d'un consensus global, le mariage entre personnes de même sexe divise trop les Etats pour pouvoir circuler sans difficulté, même si dans l'espace européen droits fondamentaux et droits et libertés de l'Union pourraient se conjuguer pour en assurer la reconnaissance¹¹³⁷.

463. Deux situations peuvent se présenter. La première, le pays d'accueil admet en droit interne le mariage entre personnes de même sexe. A priori, la communauté de vues entre la France et le pays d'accueil sur la question du mariage entre personnes de même sexe devrait faciliter la reconnaissance de l'union, mais elle ne la garantit pas : si la qualification de mariage ne fait pas de doute, celle de la validité de l'union est plus problématique. De fait, ce sont moins les règles substantielles du pays d'accueil qui doivent être prises en considération que ses règles de droit international privé : tout dépend donc de la règle de conflit étrangère et de la méthode qui préside à sa mise en œuvre. En la matière, la méthode classique perd du terrain face à des méthodes favorables à la reconnaissance des situations « *valablement* » créées à l'étranger.

¹¹³⁵ V. H. FULCHIRION, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Dr. fam.* 2013, Dossier 30, p. 51-53.

¹¹³⁶ Par exemple : Les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, le Canada, L'Afrique du Sud, la Norvège, la Suède, le Portugal, l'Islande, le Danemark, l'Uruguay, la Nouvelle-Zélande.

¹¹³⁷ Sur la situation en Europe, notamment, dans une perspective de droit international privé comparé, P. WAUTELET, *Les couples de même sexe en droit belge en particulier sous l'angle du droit international privé*, in J.-H. LELEU et E. DIRIX (ss. dir), *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Utrecht, 2006 : Bruylant, 2006, p. 307 et s.

464. Selon la méthode classique en DIP, le mariage sera reconnu comme ayant été valablement contracté s'il a été célébré en conformité avec la ou les lois applicables selon les règles de conflit régissant le mariage dans le pays d'accueil. Soit par exemple, le mariage célébré en France entre une Française et une Russe. Le mariage a été « valablement » célébré au regard du droit français¹¹³⁸. Et si les époux s'installent en Belgique ? En vertu de l'article 46 de la loi belge portant code de DIP, le mariage sera également reconnu en Belgique puisque l'un des époux était national d'un pays qui admet le mariage entre deux personnes de même sexe. La concordance des deux règles de conflit permet de sauver le mariage. En revanche, si les épouses s'installent dans un pays resté fidèle à la compétence de la loi personnelle des époux ? Soit le mariage célébré en France entre une Française et une irlandaise, le couple résidant habituellement en Irlande. Les épouses s'installent au Québec. Or, en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, le législateur canadien n'a pas prévu de règle particulière de DIP et le législateur québécois n'est pas intervenu à titre subsidiaire. S'applique donc en principe la loi du domicile, donc la loi irlandaise, qui prohibe le mariage entre personnes de même sexe. Seule l'intervention de l'ordre public québécois en matière internationale pourrait évincer la loi personnelle prohibitive et sauver l'union.

465. La méthode classique est cependant de plus en plus contestée. De nouvelles méthodes ont vu le jour et elles devraient favoriser la reconnaissance internationale des mariages entre personnes de même sexe. L'antique *favor matrimonii*, dont témoigne notamment la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages¹¹³⁹, peut aujourd'hui s'appuyer sur le principe de reconnaissance fondé sur le respect des droits fondamentaux et la garantie des droits et libertés de l'Union européenne. Dans ce sens, pourrait être invoqué au sein de l'espace du Conseil de l'Europe, les jurisprudences *Wagner*¹¹⁴⁰ et *Negreponis-Giannisis*¹¹⁴¹, de la CEDH, qui jettent les bases d'un principe de reconnaissance des situations valablement créées dans un pays étranger, au nom du respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'hypothèse envisagée, la reconnaissance pourrait cependant être facilitée par le fait que le pays d'accueil connaît lui aussi le mariage homosexuel. De plus, au sein de l'Union européenne, une large interprétation de la jurisprudence de la CJUE pourrait assurer la reconnaissance de l'union, dans l'hypothèse notamment où le mariage homosexuel est permis par la loi nationale des intéressés¹¹⁴². Même si elle

¹¹³⁸ Réf. Article 202-1 du Code civil, précité.

¹¹³⁹ Trop généreuse pour l'époque, la Convention n'a été ratifiée que par trois pays : les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Australie.

¹¹⁴⁰ V. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 830, note P. KINSH ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, note L. d'AVOUT ; *D.* 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER.

¹¹⁴¹ V. CEDH, 2 mai 2011, *Negreponis-Giannisis c/ Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 817, note P. KINSH ; *JDI*, comm. 7, p. 215, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

¹¹⁴² V. CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE et CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-208/209, *Sayn-Wittgenstein*.

n'est pas garantie, la reconnaissance du mariage homosexuel français devrait donc être assurée dans la plupart des pays « gay friendly ».

466. Cependant, l'hypothèse est plus délicate dans la deuxième situation où le pays dans lequel le mariage est « importé » ne connaît pas ou prohibe expressément le mariage entre personnes de même sexe. La solution donnée dans ce cas dépend des règles de DIP étrangères, mises en œuvre selon leur logique et avec leurs instruments spécifiques. Plusieurs réponses sont ainsi envisageables dans le cas présent. Une première réponse serait celle du refus absolu de reconnaître et de laisser produire un quelconque effet au mariage entre personnes de même sexe au nom de l'ordre public de for. Telle sera la situation adoptée dans les pays qui rejettent radicalement l'idée même du mariage entre personnes de même sexe et qui, comme la Hongrie et la Pologne, ont inscrit l'hétérosexualité du mariage dans leur Constitution¹¹⁴³. Il en ira de même des pays qui, comme la Roumanie, ont édicté une règle de conflit rejetant expressément les mariages homosexuels célébrés à l'étranger¹¹⁴⁴. Il se peut néanmoins que même si le pays étranger considéré refuse en droit interne d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, il accepte d'accueillir, sous certaines conditions et dans une certaine mesure, une union homosexuelle célébrée à l'étranger. Tel serait le cas de pays qui disposent d'instruments comparables à ceux qu'utilisait hier le droit français : effet atténué de l'ordre public, jeu de l'ordre public de proximité¹¹⁴⁵... Il reste à déterminer quels seraient les effets que le droit étranger acceptera d'attacher à une telle union.

467. D'autres modes de raisonnement propres aux pays étrangers considérés peuvent conduire à l'accueil du mariage homosexuel dans un pays qui, en droit interne, le rejette et ce, alors même que la situation entretient des liens étroits avec ledit pays. Ainsi, le 21 décembre 2006, *la High court of Justice israélienne* a-t-elle admis que deux Israéliens de même sexe mariés au Canada pouvaient enregistrer leur mariage en Israël¹¹⁴⁶. La réaction du droit étranger qui refuse le mariage entre personnes de même sexe peut aussi passer par une requalification de l'union en partenariat. Le mariage étant défini comme l'union d'un homme et d'une femme, une union qui ne présente pas cette caractéristique ne peut entrer dans la catégorie « mariage » du pays d'accueil, quand bien même elle recevrait cette qualification dans les pays d'origine. Pour les Etats qui connaissent le

¹¹⁴³ Les Croates ont approuvé récemment une révision de la Constitution pour empêcher l'union entre deux personnes du même sexe et inscrire dans la loi fondamentale que le mariage est une « une union entre un homme et une femme ». V. « La Croatie dit non par référendum au mariage homosexuel », *Le Monde*, 1^{er} décembre 2013.

¹¹⁴⁴ Selon l'article 277, al. 2, du Code civil roumain les mariages entre personnes de même sexe conclu ou contractés à l'étranger soit à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en Roumanie.

¹¹⁴⁵ Le mariage ne serait par exemple rejeté que si l'un des époux a la nationalité du pays en question ou y a sa résidence habituelle.

¹¹⁴⁶ V. G. GOLDSTEIN, *La cohabitation hors mariage en droit international privé : Rec. Cours La Haye 2006, t. 320, p. 9 et s.- Des concubinages, droit interne, droit international et droit comparé*, Etudes offertes à J. RUBBELIN-DEVICHI : Litec, 2002.

partenariat enregistré, « l'objet conjugal » homosexuel étranger sera requalifié en partenariat. Telle est la solution retenue, *mutatis mutandis*, par la Suisse¹¹⁴⁷, ou - mais la question est très discutée - par l'Autriche ou par l'Allemagne¹¹⁴⁸. En Angleterre, un raisonnement comparable a été tenu par les juges de la *High Court* à propos d'un mariage célébré à Vancouver¹¹⁴⁹.

468. Dans l'espace européen, certains principes communs pourraient cependant conduire, même dans cette hypothèse, à la reconnaissance en tant que telle des mariages entre personnes de même sexe¹¹⁵⁰. La promotion des droits fondamentaux garantis notamment par la Convention européenne des droits de l'homme semble s'allier ici au respect des droits et libertés garantis par l'Union européenne. Ainsi, la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, en Europe ou dans le monde, semble portée par la jurisprudence *Wagner*¹¹⁵¹ de la CEDH. Dans cet arrêt¹¹⁵², il est question du refus de reconnaissance opposé par les juridictions luxembourgeoises à une adoption plénière prononcée au Pérou au profit d'une personne célibataire. Selon la Cour : « *le juge luxembourgeois ne pouvait raisonnablement passer outre un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention* ». Certes, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant ne limitait-elle pas *ipso facto*, cette jurisprudence ?

469. Les doutes ont été partiellement levés par l'arrêt *Négrépontis-Giannisise c/Grèce* du 3 mai 2011¹¹⁵³ : la Cour condamne la Grèce pour avoir refusé de reconnaître, pour des motifs d'ordre public fondé sur la doctrine de l'église orthodoxe grecque, un jugement d'adoption prononcé aux Etats-Unis entre un moine grec et son neveu, majeur. Selon la Cour, les raisons d'ordre public invoquées ne répondent pas à un besoin social impérieux qui, seul, pourrait justifier objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, une telle ingérence dans la vie privée du neveu requérant. Certes, la Cour fait référence à l'existence d'un consensus européen qui justifierait la mise à l'écart des motifs d'ordre public avancés par la Grèce, alors que l'absence de consensus sur

¹¹⁴⁷ Loi DIP, article 45 : « *Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes de même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré* ». En vertu de la règle de conflit édictée pour les partenariats, il sera régi par la loi du domicile des partenaires, soit, le plus souvent, par la loi suisse.

¹¹⁴⁸ V. UP Gruber, « Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand : *Rev. crit. DIP* 2013, p. 65.

¹¹⁴⁹ Réf. *High Court of Justice ? Family division, 31 juill. 2006, aff. Sue Wilkinson c/ Celia Kitzinger.- adde l'article 215 (1) du Civil Partnership Act de 2004 selon lequel*: « *Two people are to be treated as having formed a civil partnership as a result of having registered an overseas relationship if, under the relevant law, they (a) had capacity to enter into the relationship, and (b) met all requirements necessary to ensure the validity of the relationship* »; et l'annexe 20 du *Civil Partnership Act* reconnaît les mariages homosexuels de droit belge et néerlandais comme des « *civils partnerships* ».

¹¹⁵⁰ V. H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXX, 2014.

¹¹⁵¹ V. CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 830, note P. KINSH ; *JDI* 2008, comm. 5, p. 183, note L. d'AVOUT ; *D.* 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER.

¹¹⁵² Réf. H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance ? », *RIDC* 2010, p. 245 et E. FONGARO, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du DIP », *JDI* 2006, p. 477.

¹¹⁵³ Réf. CEDH, 2 mai 2011, *Négreponis-Giannisise c/ Grèce*, req. n° 56759/08, *Rev. Crit. DIP* 2012, p. 817, note P. KINSH ; *JDI*, comm. 7, p. 215, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

la question du mariage entre personnes de même sexe pourrait au contraire jouer à l'encontre d'une obligation de reconnaissance. Il y a l'existence d'une vie familiale, comme l'a admis l'arrêt *Schalk et Kopf*¹¹⁵⁴, et la Cour pourrait bien décider d'en assurer la protection, au motif que les raisons d'ordre public invoquées par tel ou tel Etat membre ne correspondraient plus à un « *besoin social impérieux* ».

470. Sur ce terrain, la CEDH, pourrait d'ailleurs être dépassée par la CJUE. Au sein de l'Union européenne, la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice à l'intérieur duquel les citoyens européens circulent librement, avec les droits, les libertés et le statut qui leur sont reconnus en tant que citoyens européens, est en train de bouleverser les solutions classiques de DIP. Dans l'arrêt *Garcia Avello* du 2 octobre 2003¹¹⁵⁵, *Grunkin-Paul* du 14 octobre 2008¹¹⁵⁶, et *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010¹¹⁵⁷, la CJUE a affirmé que le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un Etat membre, constitue au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE : une telle restriction à la liberté de circulation ne peut être justifiée, selon l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, que pour des considérations liées à l'ordre public, sous-entendu, affirme la Cour, que « *l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* ». Les trois décisions ont été rendues en matière de nom de famille. Si la solution est étendue à la question du mariage homosexuel, cela suppose qu'un Etat membre ne peut refuser de reconnaître un mariage homosexuel valablement célébré dans un autre pays de l'Union, sauf, à prouver que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe traduit, un « *intérêt fondamental de la société* »¹¹⁵⁸.

471. Une fois que le mariage est célébré, il restera à déterminer les effets qui lui sont attachés ; or il se peut que la loi applicable à tel ou tel de ses effets ne connaisse pas le mariage entre personnes de même sexe. Un nouveau monde d'incertitude¹¹⁵⁹ s'ouvre alors, comme il s'ouvre pour

¹¹⁵⁴ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹¹⁵⁵ Réf. CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello*, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 184, note P. LAGARDE, précité.

¹¹⁵⁶ V. CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin-Paul*, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; *JDI* 2009, comm. 7, p. 203, note L. d'AVOUT.

¹¹⁵⁷ Réf. CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-208/209, *Sayn-Wittgenstein*, précité.

¹¹⁵⁸ V. H. FULCHIRON, « *La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen* », in *Les relations privées internationales, Mélanges en l'honneur de B. AUDIT*, p. 359. Resterait, si la Cour allait jusqu'au bout de sa logique, à encadrer cette libre circulation des situations familiales : par exemple, de la reconnaissance en Allemagne mais qui posséderaient en France une résidence secondaire ? La libre circulation des personnes et de leur statut familial suppose une harmonisation des règles de conflits ; elle exige surtout que les Etats leurs choix législatifs en matière familiale.

¹¹⁵⁹ Réf. H. FULCHIRON, « *La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain...* », *Dr. fam* 2013, Dossier 30, p. 51-53.

les mariages étrangers reconnus en France. Le nouvel article 202-1 du Code civil suscite donc plus de questions qu'il n'en résout. Mais peut-il en être autrement sur un sujet qui divise aussi profondément les Etats ? La solution pourrait-elle passer par une Convention internationale ou, pour l'Union européenne, par un règlement ? Mais, c'est la définition même du mariage qui empêche la libre circulation des unions entre personnes de même sexe. Tout au plus, un texte serait envisageable qui, dans la ligne de la Convention de la Haye de 1978, poserait un principe de reconnaissance dès lors qu'un certain nombre de conditions de fond ont été respectées. Un tel instrument serait particulièrement utile dans l'espace européen afin de mettre fin aux incertitudes liées à la théorie de la reconnaissance. Pour surmonter l'opposition des Etats hostiles au mariage entre personnes de même sexe, on pourrait même prévoir d'encadrer cette reconnaissance. Mais en accueillant internationalement le mariage entre personnes de même sexe, les Etats en question ne craindront-ils pas de contribuer, d'une façon ou d'une autre, à son acclimatation en droit interne?¹¹⁶⁰

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 est la traduction concrète du programme présenté par FRANÇOIS HOLLANDE pendant la campagne présidentielle. La proposition n° 31 plaçait dans une même phrase, et donc à égal niveau d'importance, à la fois la proposition d'ouvrir le mariage aux homosexuels et l'adoption. Un an plus tard, le législateur, lorsqu'il examine le projet de loi du gouvernement, le fait sur les deux volets de cette évolution voulue par le nouveau Président de la république.

§ 2 - L'ouverture de l'adoption homosexuelle

472. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe ouvre en effet, aux couples homosexuels la possibilité d'adopter qui jusque là était réservée aux couples hétérosexuels parce que le mariage leur était interdit. L'enjeu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 est effectivement dans la filiation, comme de nombreux auteurs l'ont mis en évidence¹¹⁶¹. C. NEIRINCK écrit ainsi : *« Il est de plus en plus évident que le mariage est essentiellement revendiqué par les couples de même sexe pour accéder à la filiation, ce qui explique que l'adoption, filiation élective, lui est associée dans le projet de loi »*¹¹⁶². La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a bien été pensée pour permettre aux couples homosexuels d'adopter (A).

¹¹⁶⁰ Point de vu de H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *JDI*, octobre 2013, n° 4, p. 1055.

¹¹⁶¹ V. Par exemple : J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doct. 1185, qui fait le constat : *« On doit admettre sans difficulté que ce n'est point l'ouverture du mariage aux couples de même sexe qui est au centre du travail législatif (...). C'est (...) bien la filiation qui est au centre de l'affaire »*.

¹¹⁶² V. C. NEIRINCK, « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* 2013, Repère 2.

Les couples homosexuels peuvent recourir à l'adoption. L'arrêt E.B. c/France du 22 janvier 2008 avait permis à la CEDH de préciser que l'orientation sexuelle des candidats à l'adoption ne pouvait pas motiver un refus d'agrément. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a surtout des conséquences sur la reconnaissance des adoptions simples ou plénières. Ces dernières si elles ont été effectuées à l'étranger sont désormais directement transcrites à l'Etat civil en France (B).

A - La reconnaissance française de l'adoption homoparentale

473. La redéfinition des conditions d'accès au mariage ouvre aux couples de même sexe des possibilités en termes d'adoption qui leur étaient jusqu'ici fermées. Depuis qu'il est devenu certain que l'homosexualité d'une personne ne peut plus constituer valablement un motif de refus, l'agrément¹¹⁶³, l'adoption par une personne seule est ouverte aux candidats à l'adoption dont l'homosexualité est avérée. En revanche, les couples homosexuels rencontraient deux obstacles dans leur désir d'adoption. D'abord, l'adoption par le couple homosexuel d'un enfant étranger au couple était fermée. L'article 346 al. 1^{er}, du Code civil réserve en effet aux seuls époux l'adoption par deux personnes. Or, les personnes de même sexe ne pouvant se marier, la création simultanée d'un double lien adoptif leur était donc interdite. Ensuite, l'adoption simple au sein du couple dont un des deux membres était parent leur avait été refusée par la jurisprudence pour des raisons tenant à l'inadéquation du résultat en matière d'autorité parentale¹¹⁶⁴ et ni la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁶⁵ ni le Conseil constitutionnel¹¹⁶⁶ n'avaient rien trouvé à y redire. La seule solution était de recourir à une délégation partagée de l'autorité parentale et encore, du fait des conditions posées

¹¹⁶³ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, obs. Royer, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, *Gaz. pal.* 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK, précité.

¹¹⁶⁴ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 04-15.676 et n° 06-15.647, (2 arrêts), *Bull. civ. I*, n° 70 et 71, *D.* 2007, 1047, note D. VIGNEAU ; *JCP G* 2007. II. 10068, note. C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2007, p. 325 obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2007, 791, obs. J. MASSIP, *AJ fam.* 2007.182, obs. F. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs. B. BEIGNIER, précité.

¹¹⁶⁵ Réf. CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *D.* 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 798, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RDT civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 306, obs. J. HAUSER, précité.

¹¹⁶⁶ Réf. QPC n° 2010-39 du 6 octobre 2010, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. NEIRINCK ; *AJDA* 2011, p. 529, note MAZIAN ; *Dr. fam.* 2010, p. 489, obs. C. MECARY ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER, *D.* 2010, *Jur. p.* 2744, note F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2010, Repère 10, note V. LARRIBAU-TERMEYRE ; *D.* 2010, *Jur. p.* 2744, note F. CHENEDE ; *AJ fam.* 2010, p. 489, note C. MECARY, précité.

par la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁶⁷, celle-ci n'était-elle pas aisément accessible malgré la résistance de certaines juridictions de fond.

474. L'article 1^{er} de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe permet automatiquement la possibilité d'adoption à ces couples. Le mariage devenant accessible, les obstacles tombent, si bien que l'adoption par un couple de même sexe d'un enfant étranger au couple, comme l'adoption au sein du couple de l'enfant d'un des deux devient possible. Voici consacrée l'adoption homoparentale ou encore la parentalité homosexuelle. Le législateur français a souhaité une égalité de traitement de tous les époux traduite dans le nouvel article 6-1 du Code civil qui prévoit : « *Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois (...) que les époux soient de sexe différent ou de même sexe* », la réforme n'a, aucun effet sur la filiation hors adoption. Les liens de filiation établis à l'égard d'un couple de personnes de même sexe ne pourront résulter que du jugement d'adoption, qu'il s'agisse d'une adoption en couple ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. En d'autres termes, les dispositions relatives à la filiation par rapport charnel restent adossées à la différence de sexe, si bien que les couples de même sexe ne pourraient pas invoquer les présomptions qui y figurent et qui, comme la présomption de paternité, sont fondées sur le fait biologique. L'adoption est donc le seul moyen de créer un lien de filiation entre l'enfant et les deux membres du couple de même sexe et cette adoption engendre les mêmes effets, quelle que soit la nature du couple marié.

475. Les couples homosexuels peuvent d'abord adopter conjointement un enfant. L'adoption conjointe étant liée au mariage des adoptants en droit français, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, en autorisant les couples de personnes de même sexe à se marier ensemble, les a, du même coup, autorisés à adopter conjointement un enfant en application des articles 343 et 346 al. 1^{er} du Code civil. Il pourra s'agir, selon les cas, d'une adoption plénière ou d'une adoption simple. Dans chacun des deux cas, les conditions légalement imposées pour adopter devront comme tout couple de conjoints hétérosexuels être remplies¹¹⁶⁸. Certes, les époux devront l'un et l'autre être agréés par le président du Conseil général de leur département mais la significative avancée les concernant répond à leurs attentes. Individuellement des homosexuels étaient déjà admis à adopter un enfant à 28 ans, sous réserve d'être agréés, ce qui ne devait pas dépendre de leur orientation sexuelle. Ils accèdent désormais à la coparenté, leur enfant pouvant être doté de deux pères ou deux mères. Cette situation n'apporte aucun bouleversement dans l'adoption simple qui autorise déjà ce dédoublement de parenté. En revanche,

¹¹⁶⁷ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740, JurisDatas n° 2010-011438 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 156, note M. FARGE et Repère 9, obs. C. NEIRINCK, *JCP G* 2010, II, 1173, note H. FULCHIRON; *JDI* 2011, comm. 5, p. 119, obs. S. BOLLEE, *AJ fam.* 2010 p. 395, obs. A. MIRKOVIC, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. GALLMEISTER, précité.

¹¹⁶⁸ V. Annexes : Le droit de la famille en schéma : l'adoption.

l'adoption plénière par deux personnes de même sexe a été fortement contestée¹¹⁶⁹. Par conséquent, elle entraîne la destruction des liens filiaux originaires éventuels qui traduisaient un engendrement par un homme et par une femme pour créer artificiellement une double filiation à l'égard de personnes de même sexe.

476. Une fois le jugement d'adoption définitif, il est transcrit sur le registre d'état civil du lieu de naissance de l'adopté¹¹⁷⁰ et sur les registres du service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères en cas de naissance à l'étranger¹¹⁷¹. L'acte de naissance originaire est revêtu de la mention « *adoption* » et considéré comme nul ; aucune copie de cet acte ne peut être délivrée. Seule la transcription du dispositif du jugement d'adoption plénière tient lieu d'acte de naissance de l'enfant. L'adopté même majeur ne dispose que de cette transcription pour établir son état civil. Cet acte de naissance établit la filiation à l'égard des adoptants sans référence à la filiation d'origine et indique les prénom(s) et nom tels qu'ils résultent du jugement lequel est indiqué dans l'acte. En revanche, les extraits de l'acte de naissance ne font aucune référence à l'adoption plénière. Pour effacer toute trace de filiation biologique¹¹⁷², les extraits des actes concernant l'adopté indiqueront en tant que parents les adoptants sans faire, aucune référence au jugement de l'adoption¹¹⁷³.

477. Toute adoption conjointe, simple ou plénière, sera fondée sur l'intérêt de l'enfant. Ce critère a été reformulé avec insistance par le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'est prononcé sur la conformité de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹¹⁷⁴ au regard des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République¹¹⁷⁵. Il rappelle aux juges et aux candidats à l'adoption que la loi ne peut pas ouvrir un accès à la filiation à tous et que l'intérêt de l'enfant, érigé en principe constitutionnel, doit être contrôlé. Pour le Conseil constitutionnel, la réforme opérée n'a en effet « *ni pour objet ni pour effet de consacrer un droit à l'enfant aux couples de personnes de même sexe* »¹¹⁷⁶. En l'espèce, que le Conseil constitutionnel donne valeur de droit fondamental à la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant n'apporte pas de grande nouveauté dans notre droit. D'autres textes obligent dans le même sens, dont la Convention internationale des droits de l'enfant ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union

¹¹⁶⁹ V. Dans ce sens H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100.

¹¹⁷⁰ Si c'est un jugement français, la transcription est faite d'office par le parquet ; en cas de jugement étranger, la transcription est faite dans le cadre d'une demande de transcription.

¹¹⁷¹ V. Article 354 du Code civil.

¹¹⁷² Point sensible quant au rattachement à deux hommes ou à deux femmes.

¹¹⁷³ Article 12 al. 1^{er} du décret n° 62-921 du 3 août 1962. En ce sens F. EUDIER, *Encycl. Dalloz, Ve Adoption*, n° 360.

¹¹⁷⁴ Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe dont il avait été saisi par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs.

¹¹⁷⁵ V. F. CHENEDE, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *Dr. fam.* 2013, p. 332-335.

¹¹⁷⁶ V. Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, consid. 52., précité.

européenne¹¹⁷⁷. Mais, cette constitutionnalisation est tout de même la bienvenue et elle justifie globalement l'affirmation en l'espèce du Conseil constitutionnel.

478. L'accès à l'adoption ne sera donc pas automatique. Si les premiers mariages ont suivi de près la publication de la loi¹¹⁷⁸, les premières adoptions ne pourront pas être aussi rapides car il faudra lever quelques obstacles. Le premier est relatif à la délivrance de l'agrément. Sans affirmer que les circonstances conduiront de manière systématique à un refus de délivrer l'agrément à des époux homosexuels, « *on peut craindre que les appréciations soient diverses et arbitraires* »¹¹⁷⁹. M. ERWANN BINET, rapporteur de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a insisté sur la nécessité que les époux homosexuels soient traités de la même manière que les époux hétérosexuels s'agissant de la délivrance de l'agrément¹¹⁸⁰ mais la réalité sera certainement différente. Une fois l'agrément obtenu, les époux homosexuels devront, à l'instar des conjoints hétérosexuels, se mettre en quête d'un enfant adoptable. Comme il existe en France une « *pénurie* » d'enfants adoptables, ils entameront très vraisemblablement des démarches pour adopter un enfant à l'étranger¹¹⁸¹. Or, certains pays n'acceptent pas que leurs enfants ressortissants soient adoptés par des couples homosexuels étrangers. C'est, par exemple, le cas de la Russie qui a adopté en juillet 2013 une loi interdisant l'adoption des enfants russes par des couples étrangers de même sexe¹¹⁸². L'Agence Française de l'Adoption (AFA) n'a identifié que trois pays auxquels elle pourrait à l'avenir transmettre les dossiers d'adoption des couples homosexuels : l'Afrique du Sud, le Brésil et quelques Etats des Etats-Unis¹¹⁸³. Certaines associations comme l'Association des familles homoparentales (ADFH) vont même aujourd'hui jusqu'à « *conseiller aux couples de gay désireux d'avoir un enfant de ne pas se marier pour pouvoir adopter* »¹¹⁸⁴.

479. Si malgré toutes ces difficultés, les époux homosexuels réussissent à se voir confier un enfant adoptable, il leur restera à franchir un dernier obstacle avant le prononcé de l'adoption, celui de l'article 353 du Code civil. Selon ce texte, l'adoption est prononcée par le Tribunal de grande instance qui, outre un contrôle de légalité, vérifie que : « *l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* »¹¹⁸⁵. C'est aussi dans ce sens que le Conseil constitutionnel rend ainsi sa décision le 17 mai

¹¹⁷⁷ V. CIDE, art. 3.1 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 24, 2°.

¹¹⁷⁸ Le premier mariage homosexuel de VINCENT AUTIN et BRUNO BOILEAU a été célébré le 29 mai 2013 à Montpellier. V. « Le premier mariage homosexuel a été célébré en France », *Le Monde*, 29 mai 2013.

¹¹⁷⁹ V. J. HAUSER, « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doct. 1185, précité.

¹¹⁸⁰ V. E. BINET, *Rapport du projet de loi sur le mariage pour tous*, Doc. AN, n° 628, p. 70 à 73.

¹¹⁸¹ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, A.

¹¹⁸² V. « La Douma russe vote l'interdiction des adoptions pour les couples homosexuels étrangers », *Le HuffPost*, 21 juin 2013.

¹¹⁸³ V. www.adoption.gouv.fr et www.agence-adoption.fr.

¹¹⁸⁴ V. « L'adoption par des couples homosexuels : une illusion ? », *Metronews*, 29 mai 2013.

¹¹⁸⁵ Article 353 al. 1^{er} du Code civil dispose : « *L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

2013. De manière inédite, en se fondant sur l'alinéa 10 de la Constitution qui prévoit que : « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », le Conseil constitutionnel donne valeur constitutionnelle au principe selon lequel l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant¹¹⁸⁶. Il en tire d'abord une réserve d'interprétation concernant le processus de l'agrément des candidats à l'adoption qui ne doit pas être délivré : « *sans que l'Administration ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant* ». Il note ensuite que le prononcé de l'adoption répond bien, en vertu de l'article 353 du Code civil, à cette exigence de vérification de la conformité à l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, là encore, comme pour la délivrance de l'agrément, il existe une crainte que l'homosexualité des époux adoptants donne lieu à des pratiques judiciaires disparates.

480. Cette forme d'adoption conjointe va rester ainsi très minoritaire. En revanche, la véritable révolution tient à l'ouverture aux époux de même sexe de l'adoption de l'enfant du conjoint. Cette dernière est facilitée par rapport à l'adoption d'un enfant *ad hoc* puisqu'elle vise à permettre l'adoption par un requérant qui, dans la plupart des cas, partage depuis un certain temps le quotidien de l'enfant. En étant autorisés à se marier par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les époux homosexuels se voient donc ouvrir ce droit, lequel était réservé jusqu'à lors aux conjoints hétérosexuels. C'est en effet, par le dépôt d'une requête en adoption de l'enfant de son conjoint que de nouveaux liens filiaux vont pouvoir être tissés¹¹⁸⁷. La procédure est ici simplifiée car la différence d'âge entre adopté et adoptant est réduite¹¹⁸⁸, l'enfant de moins de deux ans n'a pas besoin à être remis préalablement au service de l'aide sociale à l'enfance¹¹⁸⁹ et le conjoint n'a pas besoin d'agrément¹¹⁹⁰. De plus, des adoptions sont imminentes car aucune condition d'âge de l'adoptant n'est requise¹¹⁹¹ ; il suffira dès lors que les couples se marient pour pouvoir ensuite programmer l'adoption, éventuellement croisée, de leurs enfants.

481. Le législateur français compte, par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 faciliter l'adoption de l'enfant du conjoint, revendication principale des couples homosexuels. Plusieurs formes d'adoptions coexistent. De quels enfants adoptables s'agit-il ? Cela peut concerner l'enfant que le conjoint a eu d'une précédente union ou liaison hétérosexuelle. Il peut s'agir d'un enfant né d'une insémination artificielle avec donneur pratiquée sur une femme lesbienne en violation de la

¹¹⁸⁶ V. Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, consid. 53 et 54.

¹¹⁸⁷ V. Annexe : Le droit de la famille en schéma : L'adoption.

¹¹⁸⁸ Réf. Article 344 du Code civil.

¹¹⁸⁹ Réf. Article 348-5 du Code civil.

¹¹⁹⁰ Réf. Article 353-1 du Code civil.

¹¹⁹¹ Réf. Article 343-2 du Code civil.

loi française¹¹⁹². Il peut s'agir de l'enfant adopté individuellement par une personne homosexuelle avant son mariage.

482. Concrètement, depuis la réforme de 2013, un époux homosexuel est autorisé à adopter en la forme plénière l'enfant de son conjoint dans les cas évoqués par l'article 345-1 du Code civil. Selon ce texte, l'adoption plénière de l'enfant de son conjoint est possible si l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint, si l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ou si l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. L'article 345-1 du Code civil a d'ailleurs été officiellement enrichi d'un nouveau cas par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est également admise : *« lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard »*¹¹⁹³. En d'autres termes, ce cas vise l'hypothèse dans laquelle un enfant a été adopté en la forme individuelle par une personne seule. Si celle-ci vient à se marier ultérieurement, son époux peut alors déposer une requête en adoption plénière à l'égard de son enfant. La nouvelle loi consacre donc pour la première fois en droit français, *via* le procédé de l'adoption plénière, un cumul de deux parentés, homosexuelles ou hétérosexuelles, adoptives. Selon GILLES RAOUL-CORMEIL, *« Ce texte permettra (...) aux couples de personnes de même sexe qui désirent adopter un enfant étranger ressortissant d'un Etat dont la législation interdit l'adoption aux homosexuels, de procéder en deux temps : l'adoption par une personne célibataire puis de l'adoption de l'enfant du conjoint »*¹¹⁹⁴.

483. Lorsque les circonstances prévues par l'article 345-1 du Code civil ne sont pas remplies, l'époux, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, ne peut adopter en la forme plénière l'enfant de son conjoint. Il doit nécessairement se tourner vers une adoption simple. C'est ce qui se produira notamment lorsque l'un des époux homosexuels aura un enfant biologique d'une précédente relation hétérosexuelle, enfant dont la filiation aura été établie côté paternel et maternel. Dans ce cas, l'autre conjoint pourra effectivement adopter l'enfant en la forme simple à la condition néanmoins que l'autre parent biologique que le conjoint homosexuel consente à cette adoption si l'enfant est mineur. Dès lors, il ne pourra être concrétisé qu'à la condition que l'autre parent biologique de l'enfant entretienne de bonnes relations avec les époux homosexuels et que celui-ci

¹¹⁹² Tout enfant du conjoint peut être adopté, des époux se rendent à l'étranger pour devenir parents malgré les interdits posés en France en matière de bioéthique. Une épouse homosexuelle est ainsi enclin à réclamer un don de sperme et, après avoir accouché, permettre l'adoption de son enfant par son épouse ; de même un époux homosexuel envisage de se rendre dans un pays favorable à la gestation pour autrui. Il est en effet difficile d'enrayer ces demandes, sauf à se prévaloir d'une fraude à la loi bioéthique. V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, §1, A et B et Section 2, §1, A et B.

¹¹⁹³ Réf. Article 345-1, 1°, du Code civil.

¹¹⁹⁴ V. GILLES RAOUL-CORMEIL, « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. pal.*, 2013, n° 236, p. 9.

accepte leur relation. Or, cela ne sera pas toujours le cas dans les faits. En outre, il faut bien avoir conscience que dans cette configuration familiale assez particulière dans laquelle trois adultes se côtoieront, l'époux homosexuel qui adoptera l'enfant biologique de son conjoint jouera sans doute plus un rôle de beau-parent que celui d'un véritable parent¹¹⁹⁵.

484. Comme pour l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a prévu un nouveau cas dans lequel il est possible d'adopter en la forme simple l'enfant de son conjoint. En effet, l'alinéa 3 de l'article 360 du Code civil dispose désormais que : « *l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple* ». Cette disposition permet, notamment, à un époux homosexuel d'adopter en la forme simple l'enfant que son conjoint avait précédemment adopté individuellement.

485. Dans tous ces cas, une fois l'adoption prononcée, les deux parents homosexuels détiennent l'autorité parentale. A partir du moment où la filiation adoptive peut être instituée, soit par une adoption en couple, soit par l'adoption de l'enfant du conjoint, l'autorité parentale est exercée par les parents. Dans l'adoption plénière, elle appartient conjointement aux deux époux car l'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et obligations que tout enfant dont la filiation est établie¹¹⁹⁶. Les époux adoptants sont investis ensemble de la fonction parentale, y compris dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint qui produit « *les effets d'une adoption par deux époux* »¹¹⁹⁷. Dans l'adoption simple, l'autorité parentale est conférée aux adoptants qui l'exercent conjointement lors d'une adoption en couple¹¹⁹⁸. Le cas de l'adoption simple de l'enfant du conjoint est à mettre à part, car l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec, l'adoptant adressé au tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun. Ces points ne sont pas affectés par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui touche toutefois indirectement à la délégation-partage, dispositif préconisé avant la réforme pour accorder, au temps de l'union, des droits au compagnon ou à la compagne du parent par le sang¹¹⁹⁹. L'adoption simple de l'enfant du conjoint, en particulier, va permettre de régulariser un certain nombre de situations puisqu'un époux homosexuel deviendra ainsi le parent légal de l'enfant biologique de son conjoint avec toutes les

¹¹⁹⁵ V. GILLES RAOUL-CORMEIL, « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. pal.*, 2013, n° 236, p. 9, précité.

¹¹⁹⁶ Réf. Article 358 du Code civil.

¹¹⁹⁷ Réf. Article 356 al. 2 du Code civil.

¹¹⁹⁸ Réf. Article 365 du Code civil.

¹¹⁹⁹ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, A et B.

conséquences juridiques qui en découlent¹²⁰⁰. De façon plus précise, le législateur français s'attache encore aux incidences de la séparation des personnes de même sexe¹²⁰¹.

486. Tous les époux de même sexe ne voudront pas ou ne pourront pas devenir parents juridiques d'un enfant commun. Tel sera le cas quand l'un des parents biologique¹²⁰²s, parent légal, refusera l'adoption simple de son enfant par le conjoint de l'autre¹²⁰³. Cependant, l'enfant de l'un des époux pourra vivre avec son parent si sa résidence habituelle est fixée chez lui ou en cas de résidence alternée ; sinon, il cohabitera au moins certaines fins de semaine et une partie des vacances avec le nouveau conjoint de son père ou de sa mère. Dans ces hypothèses, si l'homosexualité de l'un des parents ne fait pas l'objet d'un blocage pour l'autre, il sera envisageable de maintenir la délégation-partage de l'autorité parentale¹²⁰⁴ qui permettait la création de liens juridiques entre l'enfant de l'un et le compagnon de l'autre¹²⁰⁵. Le mariage n'apporte guère de changement sur ce point, hormis la création de liens d'alliance mais tant que le statut de beau-parent n'est pas affiné¹²⁰⁶, il ne lui confère aucun droit sur l'enfant¹²⁰⁷.

487. Dans les nouvelles unions de personnes de même sexe, mais aussi dans toutes les familles recomposées, la délégation-partage de l'autorité parentale présentera toujours une utilité. Le parent social¹²⁰⁸ conservera alors les prérogatives que la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 lui avait accordées¹²⁰⁹. La loi nouvelle n'a en effet pas pris en compte le statut du beau-parent, elle n'apporte pas de solution non plus permettant à ce dernier de prendre sa place auprès de l'enfant pendant la vie commune. La question de la parentalité est en quelque sorte la zone d'ombre du texte relatif au « *mariage pour tous* » car le beau-parent et plus généralement la problématique de la parentalité n'y sont que très peu envisagés¹²¹⁰. Lors des travaux préparatoires, le beau-parent est évoqué

¹²⁰⁰ Autrement dit, cette nouvelle forme d'adoption simple permet enfin au parent « social » de devenir parent légal de l'enfant biologique de son époux. V. I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ. fam.* 2013, p. 340-344.

¹²⁰¹ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

¹²⁰² Enfant procréé dans le cadre d'une relation hétérosexuelle d'un époux homosexuel ou couple d'homosexuelles ayant eu recours à un donneur de sperme non anonyme avant reconnu l'enfant.

¹²⁰³ L'adoption plénière serait impossible de son vivant.

¹²⁰⁴ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ Fam.* 2006, 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, *Deffrénois* 2006, art. 38415, note J. MASSIP, précité.

¹²⁰⁵ Réf. Article 377-1 du Code civil.

¹²⁰⁶ V. B. BOYSSON, « La famille dans l'avant-projet : une tierce préoccupation », *AJ. fam.* 2013, p. 173.

¹²⁰⁷ V. I. CORPART, « Familles recomposées », *Lamy Axe droit*, 2011.

¹²⁰⁸ V. F. BERDEAUX-GACOGNE, « La discrète reconnaissance du « parent social » », *AJ. fam.* 2013, Dossier 28, p. 44-46.

¹²⁰⁹ Réf. Articles 373-2-1 et 371-4 du Code civil : un droit de visite et d'hébergement mais aussi le maintien de sa relation avec l'enfant en cas de séparation. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §2, A.

¹²¹⁰ La condition du beau-parent a pourtant fait l'objet de plusieurs tentatives. L'avant-projet de réforme sur l'autorité parentale et les droits des tiers porté par la secrétaire d'état à la famille NADINE MORANO en 2008, auquel fait suite le rapport de J. LEONETTI, dans lequel il avait été proposé de permettre un partage de l'autorité parentale par simple convention homologuée et une extension de la présomption d'accord de l'article 372-2 au bénéfice du tiers. V. J. LEONETTI, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, Doc. fr. 2009. Toutefois, ces propositions ont reçu

furtivement au côté du parent social¹²¹¹. L'attention s'est davantage portée sur la situation du parent social¹²¹², à laquelle l'adoption simple ou plénière étendue aux couples de même sexe permet de remédier. A l'inverse, celle du beau-parent souffre toujours de l'absence de reconnaissance juridique¹²¹³. S'il existe des moyens juridiques tant au moment de la vie commune qu'après sa dissolution pour permettre au beau-parent d'occuper une place juridique auprès de l'enfant¹²¹⁴, ceux-ci sont insuffisants et souvent inadaptés à la situation des familles recomposées¹²¹⁵. Des solutions nouvelles doivent pourtant être proposées¹²¹⁶ car les couples de même sexe, comme les couples de sexe différent, s'aimeront, ne s'aimeront plus, se sépareront puis reformeront un couple avec un autre. C'est là que se posera la question du statut du beau-parent ?¹²¹⁷ Mais, à l'heure actuelle « *le droit de la famille tel qu'il est conçu aujourd'hui n'est pas adapté pour donner au beau-parent une place qui ne soit pas celle de parent* »¹²¹⁸.

488. Pour une meilleure sécurité juridique, les époux chercheront probablement à adopter l'enfant de leur conjoint, en la forme plénière si possible, en la forme simple à tout le moins. En

un accueil mitigé en particulier l'avant-projet de loi. V. Dans ce sens : S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers » ; *Dr. fam.* 2010, Etude 7 ; P. MALAURIE, « Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G* 2009, act. 167 ; A. MIRKOVIC, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. fam.* 2009, Etude 28 ; B. BEIGNIER, « Beau-parent ou tiers ? », *Dr. fam.* 2009, Repère 6. V. Aussi, A. ROBARDET, « Le beau-parent aux toilettes ? », *AJ. fam.* 2009, p. 415 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Du « statut du beau-parent » au « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009, n° 60, p. 55 et s ; P. MURAT, « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! » ; *Dr. fam.* 2009, Repère 4.

¹²¹¹ Le beau-parent est celui qui élève l'enfant de son conjoint issu d'une précédente union, alors que le parent social est celui qui élève un enfant qui a été conçu pour être élevé par lui et le parent biologique ou légal.

¹²¹² En leur permettant l'adoption, notamment celle de l'enfant de leur conjoint, la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe autorise les parents sociaux à devenir à leur tour des parents légaux : la consécration pleine et entière de la qualité de parent social passe ainsi par sa disparition même et son assimilation à celle de parent légal, et de parent tout court. V. Dans ce sens : I. CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *Dr. fam.* 2013, p. 340-345, précité.

¹²¹³ Comme l'a écrit M.-T. MEULDERS-KLEIN à propos de la situation de beau-parent, ici règne vraiment un vide juridique. V. *Les recompositions familiales au temps du démariage in Les recompositions familiales aujourd'hui*, M.-T. MEULDERS-KLEIN et I. THERY (ss. dir.) : Nathan, Paris, 1993, p. 328. Dans le même sens, I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, p. 210, constate que : « *le beau-parent est ignoré par le droit. Il n'apparaît spécifiquement qu'en tant que conjoint du père ou de la mère en matière d'empêchement à mariage* ».

¹²¹⁴ De nombreuses propositions ont déjà été formulées. Pour une vue d'ensemble : V.H. FULCHIRON, « Autorité parentale et familles recomposées in Droit des personnes et de la famille. Mélanges à la mémoire de D. HUET-WEILLER : LGDJ 1994, p. 163. Parmi elles, la mise en place d'un statut pour le beau-parent. V. En ce sens : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Familles-éclatées, familles reconstituées*, D. 1992, p. 133 et s., qui écrit qu'il « *semblerait fort utile de créer un statut officiel du parâtre et de la marâtre, mais aussi l'utilisation de la technique du mandat* ». V. Notamment, H. FULCHIRON, « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme de la famille », *Dr. fam.* 2000, p. 46 ; H. FULCHIRON, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexions sur « l'homosexualité », *AJ. fam.* 2006, n° 11, p. 393. V. Plus récemment, I. THERY, *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014, p. 275 et s.

¹²¹⁵ Il existe seulement trois mécanismes : l'adoption simple, la délégation d'autorité parentale et les accords parentaux, mais il faut mettre de côté l'adoption simple qui constitue un mode d'établissement de la filiation et ne répond pas à l'objectif recherché, c'est-à-dire reconnaître juridiquement le beau-parent sans pour autant en faire un parent.

¹²¹⁶ La délégation-partage est encore ici un outil permettant de reconnaître une place au beau-parent après la séparation. V. Par exemple : CA. Paris, 1^{er} décembre 2011, n° 11/06495, *AJ. fam.* 2011, p. 146, obs. C. SIFFREIN-BLANC, précité.

¹²¹⁷ V. S. TETARD, « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », *AJ. fam.* 2013, n° 7-8, p. 44-46.

¹²¹⁸ V. S. TROIVALETS, « L'autorité parentale dans les secondes familles », *LPA*, 11 mai 2000, n° 94.

conséquence, sans doute la disparition de la délégation-partage est-elle programmée¹²¹⁹. Les couples de personnes de même sexe ont été nombreux à l'instrumentaliser mais ils y ont recouru faute de mieux¹²²⁰. Cette délégation-partage de l'autorité parentale a des effets limités à la minorité de l'enfant et elle n'interfère ni avec le nom de famille, ni en droit successoral. Elle n'est non plus d'aucune utilité quand le couple se sépare¹²²¹. Mais, elle restera tout de même un instrument intéressant lorsque le couple homosexuel ne voudra pas ou ne pourra pas se marier. De la même façon, si un juge refuse d'accéder à la requête déposée par un époux homosexuel visant à adopter l'enfant biologique de son conjoint, il est très probable que les époux se replient alors sur une demande de délégation-partage de l'autorité parentale.

489. L'adoption va bien au-delà par la création de liens filiaux. Lorsque les couples ont utilisé l'adoption pour inscrire l'enfant dans les deux lignées, leur rupture entraîne les mêmes effets que pour tous les parents amenés à rendre effective la coparentalité malgré leur séparation¹²²². En effet, l'adoption plénière est irrévocable et l'adoption simple révocable seulement pour motifs graves¹²²³. En revanche, à défaut de création de liens adoptifs, la fragile situation du beau-parent de même sexe a justifié quelques attentions de la part du législateur.

490. Faute de liens filiaux entre l'enfant d'un époux et son conjoint, face à la rupture du couple conjugal, le tiers, beau-parent ou compagnon, qu'il soit ou non de même sexe, peine à revendiquer des droits vis-à-vis de l'enfant, quand bien même il aurait contribué à l'élever¹²²⁴. Si la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe ne dit rien sur la place du beau-parent lors de la vie commune, elle a apporté quelques précisions quant à sa place

¹²¹⁹ L'adoption étant maintenant autorisée au sein d'un couple homosexuel marié, il est évident que la délégation-partage de l'autorité parentale, admise par la Cour de cassation en 2006, perd de son intérêt. Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, n° 04-17.090, *AJ Fam.* 2006. 159, obs. F. CHENEDE; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. HAUSER; *D.* 2006, p. 897, note D. VIGNAU, *D.* 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *D.* 2006, p. 1421, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. MURAT, *Deffrénois* 2006, art. 38415, note J. MASSIP, précité. En effet, à la différence de l'adoption qui emporte création d'un lien de filiation avec toutes les conséquences qui en résulte (obligation alimentaire, devoir d'entretien, autorité parentale, droits successoraux, etc...) la délégation-partage de l'autorité parentale ne vise, elle, qu'à déléguer entre un déléguant (parent biologique de l'enfant) et un déléguataire (concubin ou partenaire homosexuel du parent biologique) l'exercice des droits de l'autorité parentale pendant la minorité de l'enfant de manière à faciliter le quotidien des uns et des autres. Dans ce sens, la délégation-partage de l'autorité parentale va, peut-être, dans un avenir proche, cesser d'être sollicitée et prononcée au sein des couples homosexuels précisément parce que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe leur ouvre l'adoption à la condition d'être mariés.

¹²²⁰ Rappelons, d'une part, que l'adoption plénière de l'enfant de la compagne, nécessairement hors mariage, aurait conduit à supprimer tout lien juridique avec la mère biologique et, d'autre part, que la Cour de Cassation avait interdit l'adoption simple de l'enfant d'une personne de même sexe par sa compagne ou son compagnon. Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 04-15.676 et n° 06-15.647, (2 arrêts), Bull. civ. I, n° 70 et 71, *D.* 2007, 1047, note D. VIGNEAU ; *JCP G* 2007. II. 10068, note. C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2007, p. 325 obs. J. HAUSER ; *Deffrénois* 2007, 791, obs. J. MASSIP, *AJ fam.* 2007.182, obs. F. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs. B. BEIGNIER, précité.

¹²²¹ V. I. CORPART, « La décomposition des familles recomposées », *AJ. fam.* 2007, p. 299.

¹²²² Par exemple, choix de la résidence, fixation de la pension alimentaire...etc.

¹²²³ V. Annexes : Le droit de la famille en schéma : L'adoption.

¹²²⁴ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, A.

après la dissolution du couple. Modifiant l'article 371-4 du Code civil, al. 2 du Code civil¹²²⁵, le législateur français a en effet souhaité renforcer le maintien des liens entre l'enfant et les tiers, disposition s'adressant à tous ceux qui ont noué des liens affectifs et sociaux avec un enfant ; l'ex-conjoint hétérosexuel ou homosexuel de même que le concubin ou tout tiers côtoyant l'enfant¹²²⁶.

491. Le JAF pourra accueillir dorénavant favorablement une telle demande de maintien de liens : « *lorsque ce tiers a résidé de manière durable 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* ». Le beau-parent, que le texte ne nomme pas, est directement concerné par cette modification. Auparavant, perdu dans le terme de « *tiers* », il occupe aujourd'hui une place particulière parmi ceux qui peuvent entretenir des liens avec l'enfant. En effet, l'absence de référence expresse au beau-parent ne trompe pas. Il est évident que lorsque le texte précise que le tiers a « *résidé avec l'enfant et un de ses parents* », c'est de lui dont il s'agit. Ce maintien des relations n'intervient toutefois qu'une fois le couple dissout car si rien n'est précisé dans l'article, la conjugaison des verbes au passé est un indice. Il « *a vécu* », « *a pourvu* », « *a noué* ». Il ne s'agit pas d'une erreur de plume du législateur. S'il avait été question de fixer les modalités des relations avec le beau-parent pendant la vie commune, il aurait été écrit qu'une telle mesure pourrait bénéficier au tiers qui « *vit* » avec l'enfant.

492. Le législateur a également souhaité renforcer les prérogatives du tiers beau-parent en lui donnant un moyen de s'opposer à une adoption programmée pour couper ses relations avec l'enfant. Là encore, la réforme ne se limite pas au mariage des personnes de même sexe. A partir du moment où une personne a vécu avec l'enfant de son époux ou concubin, les liens ainsi tissés, ne doivent pas se trouver simplement effacés par le prononcé d'une adoption, sans tenir compte de cette réalité et d'un droit de visite fondé sur l'article 371-4 du Code civil¹²²⁷. Ce texte à portée générale, puisqu'il vise tous les tiers, présentera un intérêt pour les couples de personnes de même sexe car le tiers, ex-époux ou ex-concubin, sera admis à intervenir dans la procédure d'adoption engagée par le parent de l'enfant et son nouveau conjoint. Si le juge n'a pas connaissance de ses droits de visite et d'hébergement, le tiers se voit accorder le droit de former une tierce opposition au jugement d'adoption de l'enfant¹²²⁸, cette dissimulation constituant un dol au sens du nouvel

¹²²⁵ Dans l'ancienne rédaction, l'article 371-4 alinéa 2 énonçait : « *si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parents ou non* ».

¹²²⁶ Outre cette hypothèse, il bénéficie toujours de la possibilité de demander une délégation de l'autorité parentale.

¹²²⁷ Il devra alors se contenter d'exercer l'action ouverte par l'article 371-4 du Code civil pour se voir reconnaître un droit de visite et d'hébergement.

¹²²⁸ Autrement dit, la loi nouvelle reconnaît au parent légal le pouvoir de former une tierce opposition au jugement d'adoption du même enfant par le conjoint du parent légal. Alors que l'adoption aurait été le seul moyen, pour le parent social, de créer un lien de filiation avec l'enfant de son conjoint qu'il élevait avec lui, la séparation du couple avant son mariage privera ce même parent social de la possibilité d'adopter l'enfant, dès lors qu'il n'aura plus vocation à se marier avec le parent légal.

article 353-2 du Code civil¹²²⁹. Ce nouvel article a précisément pour fonction de permettre au parent social de s'opposer à cette adoption de l'enfant par le nouveau conjoint du parent social, et ainsi de faire respecter la primauté de l'établissement de son lien affectif avec l'enfant. Ainsi, le législateur français crée un nouveau cas de dol reposant sur la dissimulation du passé de l'enfant qui s'ajoute notamment à la dissimulation d'un père naturel, de liens affectifs entre l'enfant et ses grands-parents, de la grossesse de l'adoptante ou d'une relation homosexuelle entre l'adoptant et l'adoptée¹²³⁰. Cette nouvelle disposition a le mérite d'éviter que le rôle de parent social soit distribué, repris, distribué à nouveau par le parent légal à ses conjoints successifs et d'être encadrée assez strictement. A l'inverse, il s'agit d'éviter que n'importe quel précédent compagnon d'un parent social ne se revendique parent social et empêche tout établissement d'un lien de filiation adoptif ultérieur.

Si naturellement la loi de 2013 offre la possibilité aux couples de même sexe d'adopter, elle permet de faciliter la reconnaissance de l'adoption homosexuelle en droit international privé.

B - La reconnaissance de l'adoption homoparentale en droit international privé

493. Depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, les couples homosexuels peuvent recourir à l'adoption sous condition de mariage. C'est fort discrètement que cette nouveauté a été introduite puisque, alors que la loi s'intitule loi « *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe* », deux sur quatre de ses chapitres (II et III) portent presque exclusivement sur l'adoption. Peut-être s'agissait-il par là de ne pas exacerber les passions, le volet le plus controversé du projet concernant en effet celui de l'adoption. Mais peut-être était-il simplement inutile d'énoncer un principe que les textes suffisaient à illustrer. Si « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* »¹²³¹, si « *L'adoption peut être demandée par deux époux (...)* »¹²³² et si « *Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* »¹²³³, il en va de soi que les conjoints de même sexe peuvent adopter ensemble.

¹²²⁹ Le nouvel article 353-2 du Code civil prévoit : « *La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants. Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4* ».

¹²³⁰ V. Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011, n° 10-13.996, D. 2011, p. 1347 ; ibid. 2012, p. 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ. fam. 2011, p. 318, obs. F. EUDIER ; RTD civ. 2011, p. 529, obs. J. HAUSER.

¹²³¹ Réf. Article 143 nouveau du Code civil.

¹²³² Réf. Articles 343 et 361 du Code civil.

¹²³³ Réf. Articles 346 et 361 du Code civil.

494. Etant déjà acquis que l'orientation sexuelle n'est pas un motif de refus d'agrément¹²³⁴, les « *nouveaux couples* » français, forts de l'article 370-3, alinéa 1^{er}, du Code civil, selon lequel « *les conditions de l'adoption sont soumises (...), en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets du mariage* », peuvent envisager de se tourner vers l'adoption internationale. Toutefois, l'illusion n'est pas permise, certains Etats, comme la Russie, ont déjà fait savoir qu'ils ne confieraient pas d'enfants à des couples homosexuels, de sorte que la voie, qui s'amenuise de jour en jour pour les adoptants « *classiques* », reste pour eux très étroite¹²³⁵. Finalement, les incidences immédiatement prévisibles de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, portent sur la reconnaissance des décisions étrangères, qu'elles soient d'adoption plénière ou simple¹²³⁶.

495. Dans deux arrêts du 7 juin 2012¹²³⁷, la Cour de cassation annulait, au visa de l'article 310 du Code civil, l'*exequatur* donné à des adoptions plénières, l'une au Canada, l'autre en Angleterre, au profit de couples d'hommes non mariés. Elle considérait qu'« *est contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents de même sexe* ». Cette motivation était très discutable. Etait, en effet, en cause le principe de fond selon lequel, en France, un enfant ne pouvait pas avoir deux pères ou deux mères, non sa traduction à l'état civil¹²³⁸. Ceci d'autant plus qu'une transcription d'adoption plénière, qui tient lieu d'acte de naissance à l'adopté mais n'est pas un acte de naissance¹²³⁹, ne le fait pas apparaître comme « *né de* » sous ou ses parents adoptifs mais

¹²³⁴ CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, obs. ROYER, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n°3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE ; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, *Gaz. pal.* 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, précité.

¹²³⁵ Mission de l'adoption internationale (MAI, ex-SAI), Stat. 2012, www.diplomatie.gouv.fr: 3166 visas délivrés en 2007, 1569 en 2012.

¹²³⁶ V. P. SALVAGE-GEREST, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Dr. fam.* 2013, n° 7- 8, Dossier 33, p. 60-61.

¹²³⁷ Cass. civ.1^{ère}, 7 juin 2012, n° 11-30.262, *JurisData* n° 2012-011937, *Dr. fam.* 2012, repère 7, C. NEIRINCK ; *JCP G* 2012, p. 857, note F. CHENEDE et p. 856, *D.* 2012, p. 1546, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2012, p. 1992, note D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2012, p. 397 et p. 400, obs. B. HAFTEL et encadré DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. HAUSER, précité.

¹²³⁸ V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, note 21.

¹²³⁹ Réf. Article 354 du Code civil qui prévoit : « *Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur de la République. Lorsque l'adopté est né à l'étranger, la décision est transcrite sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères. La transcription énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ainsi que ses nom de famille et prénoms, tels qu'ils résultent du jugement d'adoption, les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant. La transcription tient lieu d'acte de naissance à l'adopté. L'acte de naissance originaire conservé par un officier de l'état civil français et, le cas échéant, l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont, à la diligence du procureur de la République, revêtus de la mention « adoption » et considérés comme nuls* ».

fait expressément référence au jugement d'adoption¹²⁴⁰ : elle exprime donc bien la vérité de la filiation, contrairement à une idée très communément véhiculée¹²⁴¹. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a donc l'avantage de mettre enfin en lumière que l'adoption n'est fondée ni sur une fiction de biologie ni sur un mensonge d'état civil, mais est une filiation « sociale » tout autant que celle fondée sur la possession d'état : ce sont les filiations fondées sur la reconnaissance de complaisance confortée par la circulaire du 28 octobre 2011¹²⁴² ou la procréation médicalement assistée avec donneur qui font faussement, et souvent irrévocablement, apparaître l'enfant comme « né de » quelqu'un dont il n'est pas issu¹²⁴³. A cet égard, il est important de relever qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique », ce qui ne l'empêche pas d'avoir les mêmes effets que celle-ci¹²⁴⁴.

496. Désormais, les adoptions plénières régulièrement prononcées à l'étranger au profit de couples homosexuels mariés devront être directement transcrites sur les registres du Service central de l'état civil sur ordre du procureur de la République de Nantes. A défaut, elles pourront donner lieu à un exequatur ou à un nouveau jugement d'adoption plénière suivi eux-mêmes d'une transcription à l'état civil¹²⁴⁵. La transcription et les extraits qui en seront délivrés, sur le livret de famille ou sur papier libre, seront établis selon les directives du décret et de l'arrêté du 24 mai 2013¹²⁴⁶. Les options de nom autorisées par l'article 357-1 du Code civil pourront être requises, comme pour les couples hétérosexuels, à l'occasion de la demande de transcription directe, d'exequatur ou de nouveau jugement d'adoption. Le changement de prénom ne restera possible qu'en cas de nouveau jugement d'adoption puisque l'article 357-1 du Code civil, qui renvoie à l'article 357, en exclut expressément le dernier alinéa. Cette restriction se comprend car les options de nom sont limitées par la loi alors qu'un changement de prénom ouvre un choix illimité que ni le procureur de la République de Nantes ni le juge de l'exequatur ne sont autorisés à contrôler, mais

¹²⁴⁰ V. Modèle de transcription in Circ. 28 oct. 2011 : BOMJL 2011-11, 30 nov. 2011, § 351 et nouveaux modèles in Circ. 29 mai 2013 : BOMJ 2013-05, 31 mai 2013, annexe 2.

¹²⁴¹ V. C. NEIRINCK, « Homosexualité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. fam.* 2012, repère 7.

¹²⁴² Réf. Circ. 28 octobre 2011, précitée, § 265.

¹²⁴³ V. Pour la PMA, article 311-20, al. 2 et 4 qui prévoit : « (...) Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet. (...) Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant ».

¹²⁴⁴ V. Cons. const., déc. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC : JurisData n° 2013-011692, § 41 et 51 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 98, obs. J.-R. BINET. V. Aussi F. CHENEDE, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ. fam.* 2013, p. 332 et article 6-1 du Code civil (créé par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013) : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ».

¹²⁴⁵ Sur les cas dans lesquels l'une ou l'autre voie est appropriée, V. P. SALVAGE-GEREST, *L'adoption* in *Dalloz Action*, 5^e éd. 2010-2011, n° 224-90 et s.

¹²⁴⁶ V. D. n° 2013-429, 24 mai 2013 : JO 28 mai 2013, texte n° 3 et A. 24 mai 2013 (rect.) : JO 29 mai, texte n° 7.

elle complique singulièrement la vie des adoptants, qui doivent saisir le juge aux affaires familiales si le changement souhaité n'a pas été opéré à l'étranger¹²⁴⁷.

497. Dans ces mêmes arrêts, la première chambre civile indiquait que l'article 346 du Code civil, qui réserve l'adoption à des couples unis par le mariage, « *ne consacre pas un principe essentiel reconnu par le droit français* ». Elle laissait ainsi à croire que, le cas échéant, elle pourrait admettre la reconnaissance d'adoptions conjointes, plénières ou simples, par des couples hétérosexuels non mariés. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, qui réaffirme que l'adoption conjointe implique le mariage, ne peut que le lui interdire. Ne pourra donc vraisemblablement être opposable en France, en l'absence de mariage et comme auparavant, que l'adoption simple de l'enfant de l'un des membres du couple par l'autre, à l'exclusion de l'adoption plénière ou simple conjointe et de l'adoption plénière de l'enfant de l'un par l'autre, sans égard aux sexes respectifs.

498. Le 8 juillet 2010¹²⁴⁸ était jugé qu'une décision étrangère américaine qui partage l'autorité parentale entre une mère et sa partenaire ayant adopté l'enfant de celle-ci ne heurte pas un principe essentiel du droit français, donc doit recevoir l'*exequatur*. Certains ont cru voir dans cette décision une avancée spectaculaire vers l'adoption simple au sein des couples homosexuels sur laquelle la haute juridiction serait revenue le 7 juin 2012, ce qui, selon n'était pas le cas. En France, l'adoption simple d'un mineur par une personne quelconque est autorisée car elle ne rompt pas les liens de filiation préexistants et apparaît, sur l'acte de naissance de l'adopté, en marge, donc à côté, de la filiation biologique. Elle est cependant impraticable *tant que l'enfant est mineur* lorsque son ou ses parents entendent partager l'autorité parentale avec l'adoptant, car c'est celui-ci qui en est « *seul investi à l'égard de l'adopté* »¹²⁴⁹. La Cour énonçait donc simplement ici que l'autorité parentale étant temporaire, les lois étrangères plus souples que la loi française sur ce point ne

¹²⁴⁷ Réf. Article 60 du Code civil qui dispose : « *Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, à la requête de son représentant légal. L'adjonction, la suppression ou la modification de l'ordre des prénoms peut pareillement être décidée. Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis* ».

¹²⁴⁸ Cass. civ. 1^{er}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740, JurisDatas n° 2010-011438 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 156, note M. FARGE et repère 9, obs. C. NEIRINCK, *JCP G* 2010, II, 1173, note H. FULCHIRON; *JDI* 2011, comm. 5, p. 119, obs. S. BOLLEE, *AJ fam.* 2010 p. 395, obs. A. MIRKOVIC, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. GALLMEISTER. V. Aussi, C. NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public », *RDSS* 2010, p. 1128, précité.

¹²⁴⁹ Réf. Article 365 du Code civil qui prévoit : « *L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.* » Article jugé conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme : Cons. cont., déc. 2010, n° 2010-39 QPC, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. NEIRINCK ; Procédures 2012, comm. 148, obs. N. FRICERO ; *AJDA* 2011, p. 529, note MAZIAN ; *Dr. fam.* 2010, p. 489, obs. C. MECARY; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 2744, note F. CHENEDE, précité. CEDH, 15 mars 2012, *Gas & Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, précité.

heurtaient pas l'ordre public : que l'adoptante ait été la partenaire de la mère ou une personne quelconque ne changeait donc rien à l'affaire.

499. Le droit pour les couples homosexuels mariés d'adopter conjointement un enfant, ou d'adopter chacun l'enfant de l'autre, est donc acquis. Mais si, dans l'un ou l'autre cas, l'adoption est simple, il est une de ses conséquences qui seront difficiles à résoudre pour être mise en œuvre sur la durée, celle du nom de l'adopté, déjà passablement indigeste lorsque l'adoption était réservée aux couples mariés de sexe différent¹²⁵⁰. Néanmoins, si l'enfant est étranger et que son adoption a été prononcée à l'étranger, les options offertes ne peuvent, semble-t-il, s'exercer qu'une fois le processus adoptif terminé. En effet, l'adoption simple ne fait pas l'objet d'une transcription directe tenant lieu d'acte de naissance à l'adopté, le juge de l'exequatur ne peut statuer sur le nom que si l'acte de naissance de l'adopté « *est conservé par une autorité française* »¹²⁵¹, et même un nouveau jugement d'adoption simple ne confère pas à l'adopté la nationalité française qui permettrait de lui établir à Nantes l'acte tenant lieu d'acte de naissance de l'article 98 du Code civil. L'adopté peut demander la francisation de son nom, comme de son prénom d'ailleurs, à l'occasion de sa déclaration d'acquisition de la nationalité française¹²⁵², mais il est loin d'être sûr que le choix d'un nom proposé par l'article 363 soit assimilé à une francisation, auquel cas le changement de nom de droit commun risque d'être la seule possibilité.

Selon l'article 24 la Convention de La Haye du 29 mai 1993 : « *La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Toutefois l'incertitude demeure à l'égard des pays où l'adoption par ou au sein de couples de même sexe n'est pas autorisée. Une fois la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 votée, tout est en place pour permettre la construction d'une famille homosexuelle, à la fois par le mariage mais aussi par l'adoption. La France, qui sort ainsi d'une courte période d'affrontement idéologique, va s'inscrire dans un mouvement européen plus vaste qui s'est engagé vers la voie de l'union homosexuelle, du moins de la reconnaissance de la famille homosexuelle.

¹²⁵⁰ Réf. Article 363 al. 1 du Code civil. V. Aussi : P. SALVAGE-GEREST, « Nom, prénom et l'état civil de l'adopté simple mineur dans l'adoption internationale (à propos de la circulaire du 28 octobre 2011) : comprenez qui pourra », *Dr. fam.* 2012, Etude 9.

¹²⁵¹ Réf. Article 363-1 al. 1 du Code civil qui dispose : « *Les dispositions de l'article 363 sont applicables à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets d'une adoption simple, lorsque l'acte de naissance de l'adopté est conservé par une autorité française* ».

¹²⁵² Réf. Article 21-12 du Code civil. Loi n° 72-964, 25 octobre 1972, modifiée par la L. n° 93-22, 8 janvier 1993, art. 2.

Section 2 - Les répercussions de la reconnaissance juridique de la constitution de la famille homoparentale

500. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 - en dépit de la violence du débat public qu'elle a suscitée, certains ayant voulu y voir un choix de civilisation, voire une rupture avec la tradition occidentale du mariage - a pris sa place comme l'étape nécessaire d'une société en mouvement. Tout s'est passé comme si le droit de la famille se devait d'évoluer pour tenir compte des nouveaux modèles familiaux en construction (§1).

La jurisprudence européenne a accompagné ce mouvement, révélant un peu plus la consolidation progressive d'un consensus européen, certes non achevé, sur la question de l'union des couples de même sexe. En 2005, la CEDH, avec l'arrêt Oliari et autres contre Italie, a contraint cette dernière à mettre en place le partenariat civil pour les couples de même sexe (§2).

§ 1 - Les répercussions en France

501. Rares sont les débats parlementaires qui cristallisent à ce point les affrontements entre la gauche et la droite. Force est de constater que les débats de société sont souvent le théâtre de positionnements frontaux et que le « mariage pour tous » présentait tous les ingrédients permettant à chaque camp de se mobiliser. Ce rejet de la loi a permis aussi d'identifier une mobilisation qui s'est constituée en dehors des partis politiques. En effet le mouvement dit de « la manif pour tous » a porté la contestation jusque dans la rue (A).

Pourtant on assiste à un apaisement des oppositions au sein de l'opinion publique qui, les enquêtes d'opinion le montrent, accepte l'idée du mariage entre personnes de même sexe. Le phénomène d'acceptation est assez identique à celui qui avait été constaté en octobre 1981, avec le vote de la loi portant abolition de la peine de mort. L'opinion publique, dans un premier temps hostile, avait évolué dans la direction intimée par le gouvernement au point que plus tard, la peine de mort n'était plus défendue que par une minorité de l'opinion. Quelques années après le vote de la loi de 2013 il semble que le même processus d'acceptation soit en marche (B).

A - Le rejet de la loi

502. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe, surnommé également, « *mariage pour tous* », a connu une opposition plus forte en France que dans d'autres pays européens¹²⁵³. Le débat en séance du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe a commencé le 29 janvier 2013, 5362 amendements sont déposés¹²⁵⁴, principalement par les groupes d'opposition de droite, ce qui fait de ce projet de loi « *dans le top dix des textes objet du plus grand nombre d'amendements depuis 30 ans* »¹²⁵⁵. L'opposition s'est clairement exprimée partout en France en organisant des manifestations regroupées sous l'intitulé « *Manif pour tous* » qui présentaient la particularité d'être relativement indépendantes des circuits politiques traditionnels, et qui parfois ont entraîné violences, agressivité et propos homophobes¹²⁵⁶ ... Cette opposition est revendiquée, entre autres, par les associations défendant la famille traditionnelle¹²⁵⁷ et les grandes autorités religieuses françaises¹²⁵⁸ mais aussi les maires qui ont clairement manifesté leur opposition contre l'adoption du projet. Un « *Collectif des maires pour l'enfance* »¹²⁵⁹ revendique plus de 20 000 maires et adjoints¹²⁶⁰ opposés à l'ouverture du mariage et de l'adoption à des couples de même sexe¹²⁶¹. Si la loi était adoptée, ces maires et adjoints demandent la possibilité d'exercer une « *clause de conscience* » leur permettant de ne pas célébrer de mariage entre deux personnes du même sexe¹²⁶².

¹²⁵³ V. « Mariage homosexuel : moins de remous à l'étranger », *Le Figaro*, 1^{er} février 2013.

¹²⁵⁴ V. « Mariage pour tous, 5300 amendements », *Le Figaro*, 25 janvier 2013.

¹²⁵⁵ V. « Mariage gay face à un torrent d'amendements », *Ouest-France*, 29 janvier 2013

¹²⁵⁶ La presse internationale s'est étonnée du « *climat homophobe* » dans lequel s'est déroulé le débat en France et *Courrier international* indique que la France est perçue comme « *repliée sur elle-même* ». En Espagne, *El País* se fait l'écho « *des appels et tweets menaçants, des prières de rue et des attaques physiques* » envers les personnes homosexuelles. De son côté, la BBC parle d'un « *lobby anti-mariage homosexuel, soutenu par l'Église catholique et l'opposition conservatrice* », tandis que le quotidien britannique conservateur *The Daily Telegraph* évoque « *des mois de débat politique acharné* », rapportant notamment les propos du député UMP PHILIPPE COCHET, qui déclarait le 18 avril 2013 qu'on était « *en train d'assassiner des enfants* », et mentionne une étude qui classe la France comme le pays le moins tolérant d'Europe de l'Ouest envers les homosexuels. V. Dans ce sens : « *Mariage pour tous : une France repliée sur elle-même* », *Courrier international*, 19 avril 2013 ; « *Mariage pour tous : un débat qui a eu lieu dans un climat homophobe* », *Le Monde*, 18 mai 2013 ; « *France least tolerant country in Western Europe of homosexuals* », *The Daily Telegraph*, 2013.

¹²⁵⁷ Par exemple : l'Union nationale des associations familiales qui défend la famille traditionnelle française : Papa-Maman-Enfant.

¹²⁵⁸ Par exemple : l'Église catholique, le Conseil national des évangéliques de France, le Conseil français du culte musulman, le Grand rabbin de France.

¹²⁵⁹ Réf. <http://www.mairespourlenfance.fr>. Sur le site internet, ce collectif déclare notamment que « *le droit fondamental de l'enfant se base sur la nature : idéalement c'est grandir avec ses parents naturels. Dans le cas des enfants adoptés qui connaissent déjà la blessure de ne pas connaître cette normalité, la société doit leur préserver le droit à 1 papa et 1 maman* ».

¹²⁶⁰ V. « *Mariage pour tous : 2500 communes refuseraient de célébrer des unions entre homosexuels* », *20 minutes*, 4 avril 2013.

¹²⁶¹ Sur son site internet, ce collectif déclare notamment que : « *le droit fondamental de l'enfant se base sur la nature : idéalement c'est grandir avec ses parents naturels. Dans le cas des enfants adoptés qui connaissent déjà la blessure de ne pas connaître cette normalité, la société doit leur préserver le droit à 1 papa et 1 maman* ».

¹²⁶² De manière forte imprudente, FRANCOIS HOLLANDE, a proposé d'accorder la « *liberté de conscience* » aux maires refusant de célébrer des mariages entre personnes de même sexe. Si une telle possibilité n'a finalement pas été retenue par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, deux propositions de loi ont lors essayé d'introduire cette clause en droit français. V. Sénat, n° 613.17 mai 2013 ; AN n° 1143, 10 octobre 2013. V. Aussi : « *La clause de conscience* », *Le*

Le 20 novembre 2012, le Président de la République reconnaît, devant l'Association des maires de France, cette « *liberté de conscience* »¹²⁶³ des élus qui ne voudraient pas appliquer la future loi¹²⁶⁴. L'inter-LGBT se déclare scandalisée par ces déclarations et exige d'être reçue rapidement par le Président de la République. Le 21 novembre 2012, François Hollande reçoit deux de ses représentants, Nicolas Gougain et Mathieu Nocent, et retire l'expression « *liberté de conscience* » à l'issue de cet entretien¹²⁶⁵.

503. Le Conseil constitutionnel, le 18 octobre 2013¹²⁶⁶, est saisi dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui a été posée par le collectif de maires pour l'enfance¹²⁶⁷, estime que la loi « *n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience* » en ne prévoyant pas de clause de conscience pour les officiers d'état civil opposés à la célébration de mariages entre personnes de même sexe¹²⁶⁸. Le Conseil d'État, le 18 décembre 2015¹²⁶⁹, déboute le « *Collectif des maires pour l'enfance* », rappelant qu'« *aucun texte ni aucun principe n'impose aux officiers d'état civil d'approuver les choix de vie des personnes dont ils célèbrent le mariage* »¹²⁷⁰. Le Conseil d'État

Monde, 21 novembre 2012.

¹²⁶³ V. C. TUKOV, « La liberté de conscience du maire dans l'application des lois de la république », *Dr. fam* 2013, n°1, dossier 11, p. 39-40.

¹²⁶⁴ V. « Mariage Gay : Hollande apaise les maires », *Le Figaro*, 20 novembre 2012.

¹²⁶⁵ V. « Mariage pour tous : Hollande revient sur l'expression « liberté de conscience » », *Le Monde*, 21 novembre 2012.

¹²⁶⁶ V. CE, 18 septembre 2013, n° 369834.

¹²⁶⁷ Contestant la circulaire du ministre de l'intérieur du 13 juin 2013 relative aux conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil, les requérants ont déposé une QPC soutenant que plusieurs dispositions de la loi du 17 mai 2013 violaient l'article 10 de la Déclaration de 1789, en ne prévoyant pas des dispositions garantissant la liberté de conscience et d'opinion des officiers de l'état civil. V. « Mariage gay : l'objection de conscience des maires étudiée par les sages », *Le Point*, 18 septembre 2013. Le droit français connaît effectivement diverses situations dans lesquels avocats, journalistes, salariés, ou encore médecins peuvent invoquer leur clause de conscience pour refuser d'accomplir certains actes professionnels. Concernant les médecins et auxiliaires de santé, le Conseil a ainsi reconnu qu'ils peuvent invoquer cette clause de conscience pour refuser de pratiquer une intervention volontaire de grossesse. V. Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001. Le Conseil constitutionnel a refusé de transposer cette jurisprudence concernant des actes thérapeutiques ou de diagnostic médical à la situation des maires. Les officiers d'état civil, ceux-ci sont en effet chargés d'appliquer et de faire respecter la loi de manière neutre (en l'occurrence l'article 75 du Code civil pour les conditions de fond du mariage et les formalités relatives à sa célébration), sans pouvoir s'abstenir en invoquant des motifs religieux ou philosophiques. V. J.-MANUEL, « Les officiers d'états civil ne peuvent invoquer une « clause de conscience » pour refuser de célébrer un mariage entre personne du même sexe », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 décembre 2013, n° 11, p. 3.

¹²⁶⁸ Le Conseil constitutionnel a déjà jugé que les maires ne peuvent pas invoquer une « *une clause de conscience* » pour s'abstenir de célébrer un mariage entre personnes du même sexe : « *ne permettant pas aux officier de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leurs sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'eu égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience* ». V. Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, cons. 10, précité.

¹²⁶⁹ V. CE, 10^e et 9^e ss-sect. réunies, 18 décembre 2015, n° 370459, 370468, 370583 et 370697. En effet, le 18 décembre 2015, le Conseil d'Etat rejette les différents recours en excès de pouvoir formés par plusieurs associations, contre les textes d'application de la loi du 17 mai 2013 : le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi du 17 mai 2013 et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du Code de procédure civile, l'arrêté du 24 mai 2013 modifiant l'arrêté du 29 juillet 2011 modifiant celui du 1^{er} juin 2006 fixant le modèle de livret de famille (rectificatif), et la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi 17 mai 2013.

¹²⁷⁰ V. « Egalité. Le Conseil d'Etat déboute des associations qui réclamait l'annulation de la loi sur la mariage gay », *E-llico. com.*, 18 décembre 2015.

juge que l'interdiction faite aux officiers d'état civil de refuser de célébrer les mariages, en dehors des cas prévus par la loi, ne méconnaît pas la liberté de conscience garantie par la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁷¹. Autrement dit, aucune « *clause de conscience* » ne peut s'opposer au principe de « *l'égalité devant la loi* »¹²⁷². Cependant, en accord avec les lois en vigueur, un maire peut déléguer la célébration d'un mariage à un membre de son conseil municipal¹²⁷³. Il pourrait ainsi faire de même dans le cas d'un mariage entre personnes de même sexe, mais aucune mairie ne serait autorisée à refuser de célébrer un tel mariage, si la loi était adoptée¹²⁷⁴. Enfin, s'agissant de la conformité aux traités internationaux, le Conseil d'Etat considère que, contrairement à ce que soutenaient les requérants, ni les traités internationaux garantissant le droit de se marier, ni la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ni la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale n'imposent que le mariage et l'adoption soient réservés aux couples de personnes de sexes opposés.

504. L'Assemblée nationale adopte définitivement, le 23 avril 2013, la loi ouvrant le mariage pour tous et l'adoption aux couples de même sexe, le 17 mai 2013¹²⁷⁵. Le Conseil constitutionnel la déclare conforme à la Constitution¹²⁷⁶. Le même jour, la loi est promulguée par le président de la République puis publiée au Journal Officiel le lendemain¹²⁷⁷. L'adoption de cette loi a clôturé les vifs débats mais ils ont été relancés et redirigés sur la question de l'abrogation du texte. Maître CAROLINE MECARY, spécialiste des droits des homosexuels, s'est clairement prononcée sur cette question en déclarant¹²⁷⁸ : « *Certes, sur le plan politique, un parlement peut toujours*

¹²⁷¹ Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme : « 1. *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* 2. *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* ». Et la liberté de conscience est protégée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

¹²⁷² L'officier d'état civil, représentant l'Etat, doit s'en tenir à une stricte application de la loi et doit l'exécuter de manière impersonnelle, hors les cas de suspicion de fraude. Le Conseil d'Etat a rappelé le devoir de stricte neutralité qui s'impose à tout agent collaborant à un service public. Autant, en dehors du service, l'agent public est libre de manifester ses opinions et croyances sous réserves que ces manifestations n'aient pas de répercussion sur le service, autant, dans le cadre du service, le devoir de neutralité le plus stricte s'applique. V. Dans ce sens : CE, 3 mai 1950, *Jamet* ; CE, avis, 3 mai 2000, n° 217017, *Marteaux* ; Juris-Data n° 2000-060465 et CE, 28 avril 1958, *Weiss*.

¹²⁷³ V. « Quand un maire refusera de marier un couple homosexuel, quels recours ? » ? *France TV Info*, 22 novembre 2012.

¹²⁷⁴ V. A. CERF-HOLLENDER, « La protection du mariage homosexuel », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 73. Un maire refusant de célébrer un mariage de couples de même sexe peut être poursuivi pour discrimination sur le fondement de l'article 432-7 du Code pénal selon lequel : « *toute discrimination homophobe commise par une personne titulaire de l'autorité publique dans l'exercice de ses fonctions est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi* », tel que le mariage.

¹²⁷⁵ V. AN n° 344, Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹²⁷⁶ V. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

¹²⁷⁷ Réf. JOF n° 0114 du 18 mai 2013 p. 8253, texte n° 3.

¹²⁷⁸ V. « Mariage pour tous : Sarkozy peut-il vraiment abroger la loi Taubira ? », *Metronews*, 16 novembre 2014.

défaire ce qu'un autre parlement a fait ». A une exception près, toutefois : « *A partir du moment où une liberté fondamentale a été ouverte à une catégorie de citoyens, on ne peut pas revenir en arrière* ». Pour protéger ces droits acquis, détaille Me Mecary, le Conseil constitutionnel a en effet « *développé ce qu'on appelle la jurisprudence cliquet* ». Une référence au système mécanique empêchant une roue dentée de revenir en arrière. Ainsi, le 11 octobre 1984¹²⁷⁹, les Sages ont rejeté une loi sur la presse « *en considérant que, s'agissant d'une liberté fondamentale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif* ». Et pas la supprimer. « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* », stipule l'article 2 de notre Code civil. Une disposition issue d'une interprétation de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen défendue par le Conseil constitutionnel. Par conséquent, il sera impossible de démarier les milliers de couples homosexuels qui auront profité de la loi Taubira entre 2013 et 2017. « *Puisqu'on ne pourra pas désunir les couples déjà mariés, "on va créer une discrimination légale entre citoyens homosexuels, qui n'auront pas le même traitement juridique entre ceux qui auront pu se marier et auront pu adopter les enfants de leur conjoint, et ceux qui ne le pourront pas* », poursuit Me Mecary. Or, cette inégalité flagrante contreviendrait à la Convention européenne des droits de l'Homme, estime-t-elle. « *La Cour européenne des droits de l'homme pourrait être saisie d'une requête par un couple homosexuel qui ne pourrait plus se marier, et qui gagnerait certainement* », assure-t-elle.

505. L'opinion publique évolue de manière favorable : 64 % des Français sont opposés à ce qu'un Président de droite, s'il était élu en 2017, revienne sur le mariage pour tous, les Français se montrent maintenant assez progressistes et ne souhaitent pas pour autant que la loi Taubira soit remise en question. En effet, 64 % d'entre eux ne souhaitent pas que si un candidat de la droite était élu président de la République en 2017, il revienne sur l'autorisation pour les couples homosexuels de se marier et d'adopter des enfants. Les opinions des Français varient fortement selon leurs orientations politiques : si 92 % des sympathisants de gauche sont opposés à une abrogation de la loi Taubira, tout comme 81 % des sympathisants du MoDem et 57 % de ceux de l'UDI, 59 % des sympathisants des Républicains souhaiteraient qu'un éventuel futur président de droite revienne sur cette loi en 2017, une révision également très fortement souhaitée par les sympathisants du Front national (76 %) ¹²⁸⁰.

506. Enfin, deux ans après la première grande mobilisation organisée par la Manif pour tous du 7 novembre 2012, contre le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, 68 % des Français sont désormais favorables au mariage pour tous et 53 % à l'adoption par les couples

¹²⁷⁹ V. La décision n° 84-181 DC 11 octobre 1984. Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.

¹²⁸⁰ V. BVA- Sondages : « Les Français et les droits des couples homosexuels », BVA, 27 juin 2015, <http://www.bva.fr>.

homosexuels¹²⁸¹. Ce mouvement d'opinion était déjà présent au moment du PACS qui avait lui aussi fait couler beaucoup d'encre. Une fois le texte voté, les Français qui étaient alors opposés à cette réforme avaient adopté une sorte de réflexe légitimiste et s'y étaient progressivement ralliés. L'approbation du mariage et de l'adoption pour les homosexuels est très forte chez les sympathisants de gauche (respectivement 86 % et 71 %) mais elle progresse également fortement chez les sympathisants Républicains, qui sont désormais majoritaires (58 % contre 33 % en janvier 2013) à se dire en faveur du mariage gay. Les sympathisants Républicains sont toujours minoritaires (38 %) à soutenir l'adoption par des couples de même sexe mais la progression est là aussi notable : ils étaient 18 % en décembre 2012 et 22 % début janvier 2013. Il n'y a que chez les sympathisants du Front national que l'adhésion baisse (44 % pour le mariage contre 54 % début 2013 et 28 % pour l'adoption contre 38 %).

Dans les mois qui ont suivi le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, une grande partie de l'opinion publique, tout comme la classe politique, se sont ralliées progressivement à la réforme. Une abrogation de la loi semble difficile à envisager. L'acceptation de la loi est significative¹²⁸². Les incidents causés par des maires récalcitrants¹²⁸³ sont d'ailleurs peu nombreux¹²⁸⁴, le mariage homosexuel est entré dans les mœurs de la même façon que les Pays-Bas¹²⁸⁵ et l'Espagne¹²⁸⁶.

¹²⁸¹ V. Le sondage IFOP publié sur le site <http://www.atlantico.fr>: « 68 % des français désormais favorables au mariage pour tous et 53% à l'adoption par les couples homosexuels », 15 novembre 2014.

¹²⁸² V. « Mariage gay et adoption : les Français majoritairement favorables », *Les Echos*, 15 novembre 2014.

¹²⁸³ Le 29 septembre 2015, le tribunal correctionnel de Marseille condamne à cinq mois de prison avec sursis SABRINA HOUT, une élue socialiste qui a refusé de marier un couple de femmes. Le parquet de Marseille estime qu'il s'agit de la première affaire de discrimination, depuis la promulgation de la loi sur le mariage pour tous le 17 mai 2013. En août 2014, SABRINA HOUT avait usé de stratagèmes pour ne pas unir un couple de femmes, alors même qu'elle avait célébré les quatre autres mariages prévus le même jour au sein de la mairie des 15^e et 16^e arrondissements. « Ce procès est symbolique : il est important d'envoyer un message clair aux élus de la République pour leur dire qu'au XXI^e siècle, il n'est plus possible de discriminer les couples de même sexe », estime Etienne Deshoulières, avocat de la partie civile dans l'affaire. V. « Une ex-élue marseillaise condamnée pour avoir refusé de marier deux femmes », *Le Figaro*, 29 septembre 2015.

¹²⁸⁴ V. « Le refus de célébrer un mariage gay est devenu une exception », *Le Huff Post*, 1 septembre 2015. Depuis, les mariages sont effectivement célébrés. Selon l'Insee, au 1^{er} janvier 2015, un peu plus de 17.500 mariages homosexuels avaient été célébrés, soit environ 4% du total des unions.

¹²⁸⁵ La réforme néerlandaise qui a permis l'ouverture du mariage homosexuel est rapidement entrée dans les mœurs et politiquement, elle est même vite devenue un non-sujet. V. « Deux ans de mariage pour tous : un bilan terrifiant », *L'OBS*, 23 avril 2015, précité.

¹²⁸⁶ En 2005, l'Espagne a adopté une loi reconnaissant le droit aux homosexuels de se marier dans les mêmes conditions juridiques que les hétérosexuels. Sept ans seulement après l'adoption de la loi, la normalité du mariage homosexuel s'est imposée. La majorité de la société espagnole ne remet pas en question le mariage homosexuel. La France semble-t-il suit le même cheminement. V. « Grâce au mariage pour tous la République française sera plus républicaine », *Le Monde*, 4 décembre 2012.

B - L'acceptation de la loi

507. Selon un récent sondage de BVA publié fin juin 2015¹²⁸⁷, 56 % des Français sont désormais favorables à l'égalité des droits entre couples homosexuels et couples hétérosexuels mariés. En décembre 2005, 43 % des Français estimaient que les couples de même sexe devraient avoir les mêmes droits que les couples hétérosexuels mariés. Cette proportion a progressé de 13 points en 9 ans et s'établit aujourd'hui à 56 %. Bien que les Français restent aujourd'hui encore assez partagés, cette hausse est importante et montre un meilleur soutien de l'opinion nationale à l'égalité des droits entre couples hétérosexuels et homosexuels. Les Français y sont désormais majoritairement favorables et l'instauration du mariage pour tous est à l'origine du basculement positif des Français sur cette question.

508. L'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 est le reflet d'une demande sociétale de reconnaître la famille homosexuelle. Aujourd'hui, le « *mode de vie* » ou encore le « *choix de vie* »¹²⁸⁸ des homosexuels semble beaucoup mieux toléré. Cette acceptation est d'ailleurs représentée dans les ouvrages destinés à combattre l'homophobie jusqu'alors destinés aux adultes et non aux enfants ou aux adolescents, alors même que celle-ci les touche. L'information sur l'homoparentalité passe par une modification de l'image de l'homosexualité dans de nombreux romans, séries et films. L'image de l'homosexuel donnée dans les récits pour la jeunesse, depuis les années 1980, a changé. Il s'agissait d'abord d'une représentation plutôt timide, l'homosexualité n'était que supposée à travers des relations d'amitié particulières ou alors le personnage la vivait en victime. Par exemple, dans « *Le voyage clandestin* » de Loïc Barrière¹²⁸⁹ et « *Vue sur crime* » de Sarah COHEN-SCALI¹²⁹⁰, les héros sont présentés non seulement de façon efféminée, ce qui alimente les stéréotypes établis, mais sont en plus rejetés de la société. Dans « *H.S.* » d'Isabelle CHAILLOUX¹²⁹¹, c'est un peu différent. Non seulement il est question d'une héroïne, le sujet est également ouvert aux filles ; mais en plus, elle finit par accepter son homosexualité à la fin du roman sans que sa meilleure amie ne l'exclue. En revanche, il s'agit toujours d'une homosexualité vécue sous la forme d'une souffrance puisque cette héroïne fait une tentative de suicide lorsqu'elle comprend qu'elle ne peut déclarer son amour à une autre fille.

509. Dans les mêmes années, les nombreuses polémiques sur le SIDA favorisent l'entrée des personnages homosexuels dans la littérature. Mais il faut attendre les années 90 pour voir des

¹²⁸⁷ V. BVA- Sondages : « Les Français et les droits des couples homosexuels », BVA, 27 juin 2015, <http://www.bva.fr>.

¹²⁸⁸ Pour reprendre les termes employés par les services sociaux pour refuser les agréments aux personnes célibataires homosexuels avant 2008. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

¹²⁸⁹ V. L. BARRIERE : *Le voyage clandestin*, éd. Seuil, 1998, 183 p.

¹²⁹⁰ V. S. COHEN-SCALI : *Vue sur crime*, éd. Flammarion, 2000, 169 p.

¹²⁹¹ V. I. CHAILLOUX : *H.S.*, coll. Matis, 2003, 118 p.

personnages homosexuels s'exprimer davantage et s'accepter en tant que tels. Apparaissent aussi des parents qui acceptent l'homosexualité de leurs enfants. Enfin, le thème de l'homoparentalité est abordé directement. A titre d'exemple, dans « *Ulysse et Alice* », il est question « *d'un petit garçon, Ulysse, qui veut prouver à ses mères qu'il peut prendre soin d'une souris. C'est l'histoire de deux mères, qui ont un petit garçon, Ulysse, qui essaye de les convaincre de garder Alice, la souris- aux-moustaches-expressives. C'est l'histoire d'une souris, Alice, qui découvre la vie quotidienne d'une famille homoparentale et qui y participe avec une imagination et une énergie débordante* ». Les éditrices des Éditions du Remue- Ménage ont voulu, en publiant ce livre, combler les lacunes de la littérature jeunesse en matière d'homoparentalité : « *Il n'existait aucun album pour enfants, en français, qui montre la réalité des familles avec des mères lesbiennes, une réalité pourtant vécue par des milliers de femmes et d'enfants* »¹²⁹².

510. Dans « *Je ne suis pas une fille à papa* » de Christophe HONORE¹²⁹³, Lucie a 2 mamans. Le jour de ses 7 ans, toutes deux décident de lui annoncer qui est sa vraie maman. Mais Lucie ne veut pas le savoir, et invente des histoires pour faire taire la nouvelle. Ses mensonges provoquent le départ de l'une des mamans, Delphine, qui avait promis de s'en aller au moindre problème. De fait, Lucie découvre qui est sa vraie maman. Même si elle le savait déjà inconsciemment. Dans « *Oh, boy* » de Marie- Aude Murail¹²⁹⁴, les orphelins MORLEVENT se recherchent une nouvelle famille. Avec l'aide de l'assistante sociale et de la juge pour enfants, ils retrouvent deux MORLEVENT. Une demi-sœur, ophtalmo ; et un demi-frère, homosexuel. Les trois enfants MORLEVENT se lient beaucoup plus d'affection avec leur demi-frère et aimeraient qu'il obtienne la tutelle. Pour finir, une demi-tutelle lui est accordée, mais il la refuse. Ces deux romans abordent directement la question de l'adoption par un couple homosexuel. Enfin, Christelle LEFEVRE¹²⁹⁵, auteur d'un article intitulé « *Les représentations de l'homosexualité au sein des romans pour adolescents* », conclut qu'« *en reflet d'une réalité sociale, de plus en plus de livres pour la jeunesse rompent avec l'image de la famille hétéro traditionnelle* ». Homosexualité et homoparentalité sont ainsi abordées de façon plus libérée dans la littérature jeunesse. Surtout l'homosexualité et les questions qui l'entourent ne sont plus systématiquement caricaturées. A côté de la famille hétérosexuelle, les enfants peuvent aujourd'hui découvrir à travers la littérature ce qu'est une « *famille homoparentale* ».

511. Les séries télévisées et les films relatifs à l'homoparentalité permettent aussi une meilleure connaissance sur ce sujet et sont porteurs d'espoir d'une meilleure acceptation de

¹²⁹² V. A. BERTROUILLE et M-C FAVREAU, éd. Remue-ménage, 2006, 32 p.

¹²⁹³ V. C. HONORE : *Je ne suis pas une fille à papa*, éd. Thierry MAGNIER, 1998, 77 p.

¹²⁹⁴ V. M- A MURAIL: *Oh, boy*, éd. Médium, 2000, 178 p.

¹²⁹⁵ V. C. LEFEVRE: *Les représentations de l'homosexualité au sein des romans pour adolescents*, article consultable sur le site de la bibliothèque du Centre LGBT de Paris. V.<http://bibliotheque.centre-lgbtparis.org>.

l'homosexualité en tant que telle par la société. Le cinéma et les séries télévisées ont montré des exemples forts d'*homoparentalité* pour sensibiliser la société de l'existence des familles homoparentales dans le but de faciliter leur reconnaissance en tant que telle. Le film français *La Cage aux folles* (1978) est l'un des premiers à aborder le sujet de l'*homoparentalité*, car l'un des deux hommes, anciennement marié, avait eu un enfant. Par la suite, le film américano-taïwanais *Garçon d'honneur* (1993) et le film japonais *Hush!* (2001) montrent comment un couple d'homosexuels et une femme célibataire conçoivent ensemble un enfant. Le film français de 2008 *Comme les autres* présente une situation similaire. Le téléfilm franco-belge *Tous les papas ne font pas pipi debout* (1998) met en scène un couple de lesbiennes dont le petit garçon veut connaître son papa. On retrouve une intrigue proche dans le film américain *The Kids Are All Right* (2010). Récemment, *La Vie d'Adèle*, est une comédie dramatique belgo-hispano-française écrite, produite et réalisée par Abdellatif Kechiche, sortie en 2013. Le film est tiré du roman graphique *Le bleu est une couleur chaude* de Julie Maroh racontant l'histoire d'Adèle qui tombe follement amoureuse d'Emma. *La Vie d'Adèle* est présentée lors du Festival de Cannes 2013 en sélection officielle, où il reçoit un accueil quasi unanime de la presse. Il se place très rapidement comme le grand favori pour la Palme d'or, qu'il obtient finalement. La récompense suprême est même attribuée de façon exceptionnelle au réalisateur Abdellatif Kechiche ainsi qu'à ses deux actrices principales Léa Seydoux et Adèle Exarchopoulos.

512. Enfin, dans les deux séries télévisées *Queer as Folk* (britannique, 1999-2000 et américaine, 2000-2005), deux lesbiennes élèvent un enfant et découvrent la coparentalité avec le père biologique, meilleur ami gay de l'une des mères. La série américaine *The L Word* (2004-2009) montre un couple lesbien ayant un enfant, et pose dans les dernières saisons la question des familles homoparentales en situation de séparation et les problèmes notamment légaux que cela peut entraîner lorsque le couple n'est pas marié. La série *Six Feet Under* (2001-2005) traite de l'adoption homoparentale : deux hommes en couple y adoptent deux enfants (2 jeunes frères). Le film canadien *Breakfast with Scot* (2008) aborde lui aussi la question de l'adoption par un couple gay d'un enfant qui se révèle être homosexuel lui-même. Dans le film suédois primé *Les Joies de la famille* (2009), un couple d'hommes adopte ce qu'ils croient être un nourrisson pour se retrouver avec un jeune ex-délinquant de 15 ans à la suite d'une erreur administrative. *Modern Family* est une série télévisée américaine, créée par CHRISTOPHER LLOYD II et STEVEN LEVITAN, et diffusée depuis le 23 septembre 2009 sur ABC, dans laquelle évolue entre autres un couple de gays ayant récemment adopté une petite vietnamienne. Cette série aborde la question de l'homoparentalité sous forme d'un faux documentaire et relate de manière comique les différentes situations auxquelles sont exposés ces nouveaux papas. D'autres films ou séries télévisées abordent

de près ou de loin le thème de l'*homoparentalité* ou de la coparentalité : *Glee, Un couple presque parfait, Desperate Housewives, Gazon Maudit, Clara Sheller, Brothers & Sisters, J'ai deux mamans...*

513. Cette période est marquée par la montée en puissance de groupes destinés à faciliter la reconnaissance de l'homosexualité comme les associations LGBT et leurs manifestations qui jouent un rôle essentiel à la reconnaissance de la liberté et de l'égalité pour toutes les orientations sexuelles. Les associations LGBT permettent de lutter contre toutes les discriminations faites envers les homosexuels. Elles permettent également aux communautés homosexuelles de se faire aider en cas de discrimination ou d'homophobie ou d'actes violents, tout en leur donnant la possibilité de rencontrer de nouvelles personnes, et leur apportent un soutien et à leurs familles. Ces nombreuses associations¹²⁹⁶ se mobilisent pour réclamer l'amélioration des lois françaises afin d'accorder des droits aux homosexuels pour que ceux-ci soient identiques aux droits accordés aux hétérosexuels. D'ailleurs certaines associations se déplacent dans les établissements scolaires pour prévenir toute discrimination et participer à des débats ou effectuer des campagnes de sensibilisation. Elles essayent aussi de se regrouper avec le monde syndical en organisant des conférences lorsque des problèmes de discrimination au travail sont constatés.

514. A titre d'exemple l'APGL¹²⁹⁷. C'est une des nombreuses associations homosexuelles qui défend les droits des parents homosexuels depuis 1986. Elle a été créée par PHILIPPE FRETTE¹²⁹⁸. C'est l'APGL qui a inventé le terme de l'homoparentalité en 1997. Celle-ci est devenue un interlocuteur des politiques et des médias lorsqu'il s'agit de débattre d'*homoparentalité*. En effet, l'APGL a été consultée en vue de la révision des lois bioéthiques de 1994 par la mission d'information sur la révision des lois de Bioéthique de l'Assemblée nationale lors d'une « table ronde » le 10 mars 2009¹²⁹⁹. L'association avait proposé alors que les techniques d'assistance médicale à la procréation soient autorisées à toute personne ou tout couple présentant un projet parental cohérent et que le critère d'accès à ces techniques ne soit pas la vraisemblance biologique mais l'engagement et la responsabilité des adultes. Elle avait demandé également qu'un débat ait lieu pour concevoir un encadrement de la maternité pour autrui plutôt que de maintenir

¹²⁹⁶ Pour citer quelques exemples d'associations homosexuelles : APGL, SOS homophobie, ADFH (associations des familles homoparentale), David et Jonathan, Le Refuge, Gay Lib... Parallèlement d'autres associations issues de la communauté homosexuelle se mobilisent dans la lutte contre le SIDA et défendent les malades du sida depuis les années 80. Le sida était considéré comme la maladie des homosexuels. Par exemple, *Act up* fait partie de ces associations qui se mobilisent dans la lutte contre le Sida en défendant les malades séropositifs.

¹²⁹⁷ L'APGL rassemble plus de 2000 adhérents sur toute la France et propose de nombreuses activités. L'association espère obtenir l'égalité des droits entre couples homosexuels et hétérosexuels. Son but est de défendre toutes les formes de parentalité et d'agir pour inscrire la parentalité homosexuelle dans les annales juridiques et sociales.

¹²⁹⁸ PHILIPPE FRETTE avait saisi la CEDH en 2002 pour son refus d'agrément en raison de son homosexualité. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁹⁹ Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique AN n° 2235 Tome 1.

l'interdiction actuelle. Elle a souhaité aussi que soient considérés, respectés et protégés par la loi les 3 volets de la filiation : le biologique, le juridique et le social (le volet juridique étant fondé sur l'engagement, qui peut être distinct de l'aspect biologique, et concerner deux personnes de même sexe, le volet social concernant les personnes participant à l'éducation d'un enfant). En dernier lieu, l'Association avait proposé que l'anonymat des dons de sperme ou d'ovocyte puisse être levé lorsque le donneur le souhaite, afin de permettre à toute personne d'accéder à la connaissance de ses origines¹³⁰⁰.

515. Ces associations se mobilisent également chaque année dans toutes les villes de France à travers des manifestations destinées à sensibiliser l'opinion ou les élus à la nécessité d'une reconnaissance d'égalité des droits pour les homosexuels. La Gay Pride¹³⁰¹ est l'exemple le plus évident. Il est intéressant parce que cette manifestation « *visible* » et revendicatrice est porteuse de messages et que sa force de démonstration peut se mesurer par les critiques et attaques qu'elle suscite. De par l'importance historique de Paris en France, les marches de Paris, nettement plus fournies que celles de Province, occupent une place particulière dans les médias et jouent donc un rôle tout aussi particulier. La connotation politique y est très présente et de nombreuses avancées ont eu lieu après ces manifestations. Ainsi, suite à la marche de 1981, FRANCOIS MITTERRAND dépénalisa l'homosexualité¹³⁰². Après la marche de 1998 au mot d'ordre « *Nous nous aimons, nous voulons le pacs* », le PACS est inscrit à l'ordre du jour du parlement. Après le défilé de 2003 dont le mot d'ordre était « *Homophobie, lesbophobie, transphobie : agissons !* », une proposition de loi visant à condamner les propos homophobes est rédigée par le gouvernement de Jean-Pierre Raffarin. En 2011, le mot d'ordre de la manifestation est une nouvelle fois très politique : « *Pour l'Egalité : en 2011 je marche, en 2012 je vote* ». L'Inter-LGBT a organisé les 2 et 3 avril 2011 le Printemps des « Assocés » à l'espace des Blancs Manteaux à Paris. Cela a été aussi l'occasion pour

¹³⁰⁰ La Synthèse des propositions de l'APGL pour une évolution de la loi relative à la bioéthique est consultable sur le site : <http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr>.

¹³⁰¹ La Marche des fiertés s'est d'abord appelée Gay Pride, puis la Lesbian & Gay Pride, puis LGBT Pride pour finalement s'appeler la Pride ou La Marche des fiertés. C'est une manifestation qui prône la liberté et l'égalité pour toutes les orientations sexuelles ainsi que identité de genre (hétérosexuel, lesbienne, gay, bisexuel, transsexuels). L'expression anglophone *Gay Pride* peut être traduite comme « Fierté gay ». D'où le nom de « Marche des fiertés » en France. Pour faire mentir l'adage qui prétend que pour vivre heureux il faut vivre caché, les participants des diverses Marches des fiertés affichent sans complexe leurs orientations sexuelles. Ces marches sont ouvertes aux gays, aux lesbiennes, aux bissexuels, aux transsexuels mais aussi aux hétérosexuels revendiquant la liberté sexuelle et l'égalité des droits entre les hétérosexuels et les autres communautés. La Gay Pride est une manifestation annuelle créée par l'association Inter LGBT. Elle est née le 25 juin 1977, date à laquelle est organisée à Paris la première manifestation homosexuelle indépendante, de la place de la République à la place des Fêtes, en réaction à l'appel d'Anita Bryant, « *tuer un homosexuel pour l'amour du Christ* ».

¹³⁰² En effet, le 4 avril 1981, 10.000 personnes manifestent à l'appel du CUARH et le candidat à l'élection présidentielle FRANCOIS MITTERRAND s'engage, quelques jours après cette manifestation, à dépénaliser l'homosexualité. Le Président FRANCOIS MITTERRAND honorera cet engagement l'année suivante. Le CUARH (Le Comité d'urgence anti-répression homosexuelle) dont l'objet est de lutter contre l'homophobie et les discriminations, notamment dans le travail et face à l'adoption, avait réclamé au Président de la République de l'époque, FRANCOIS MITTERRAND, la dépénalisation de l'homosexualité lors de la Marche des fiertés de 1981.

l'Inter-LGBT de présenter officiellement ce mot d'ordre retenu par les associations pour la Marche des Fiertés LGBT de Paris¹³⁰³. A un an des élections présidentielles et législatives de 2012, le slogan de la marche des Fiertés se veut plus que jamais politique. Mariage pour les personnes de même sexe, adoption, lutte contre l'homophobie, l'inter-LGBT, qui réunit plus d'une soixantaine d'associations de lesbiennes, gays, bisexuels, et transsexuels, veut « *mettre toutes ces questions au cœur du débat politique, et que la droite, au même titre que la gauche, s'y aventure* »¹³⁰⁴.

516. En 2012, les revendications d'ouverture du mariage aux couples de même sexe et la reconnaissance des familles homosexuelles sont plus que jamais omniprésentes dans toutes les Marches de Fierté organisé en France. Avec l'élection du Président de la République, M. FRANCOIS HOLLANDE, en mai 2012, les Marches des Fiertés ont été porteuses de sa promesse de campagne d'ouvrir le mariage et l'adoption pour tous durant son quinquennat d'où la détermination de leur slogan national : « *L'Egalité n'attend plus* ». C'est d'ailleurs à l'occasion de la Gay Pride de Paris, le 30 juin 2012, que le Premier ministre JEAN-MARC AYRAULT avait assuré que le « *droit au mariage et à l'adoption pour tous serait institué* » durant le quinquennat¹³⁰⁵. Le droit au mariage et le droit d'adoption aux homosexuels ont été reconnus dans ce sens par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous. La Gay Pride de 2014 et celle de 2015 a été d'ailleurs l'occasion de fêter la première victoire d'égalité des droits en matière de mariage et d'adoption mais également d'amorcer d'autres slogans nationaux comme ceux : « *aller au bout de l'égalité* » ou « *l'égalité des droits n'est pas encore complète* » pour désigner dorénavant les autres revendications à savoir l'ouverture de la PMA et à l'avenir celle de la GPA. La Gay Pride 2016 à Paris s'est déroulée dans un contexte particulier trois semaines après les attentats d'Orlando aux Etats-Unis. C'est dans esprit que le slogan : « *Pas de liberté, sans égalité* »¹³⁰⁶, prend ainsi toute son

¹³⁰³ Elles ont voulu « *faire part de leur détermination et de leur mobilisation pour faire de l'égalité des droits un sujet central des débats politiques préparant les échéances de 2012* » préviennent-elles alors que « *les chantiers sont nombreux* » : « *en avance en 1999 avec l'adoption du Pacs, la France est maintenant dépassée par plusieurs de ses voisins européens en matière de droits des LGBT* » V. <http://www.inter-lgbt.org>.

¹³⁰⁴ Si l'association souhaite que les partis jouent cartes sur table, c'est qu'il y a une déception des militants sur les politiques entreprises. En effet, après le renvoi du Conseil constitutionnel de la question du mariage et de l'adoption homosexuelle au législateur français et le rejet récent de la proposition de loi du PS sur le mariage homosexuel, NICOLA GOUGAIN, le porte-parole de l'inter-LGBT constate que « *Depuis dix ans, il n'y a pas eu d'avancée pour les droits des homosexuels* ». Même GayLib, l'association LGBT de l'UMP à cette époque, avoue son mécontentement. Emmanuel Blanc, son président avait écrit sur son blog : « *si le candidat Nicolas Sarkozy avait, en 2007, donné un grand coup de frais et de modernité à notre parti, et affirmé son attachement à l'égalité des droits, il faut bien reconnaître que (...) les LGBT ont été sortis de l'agenda gouvernemental* ». V. « *Les associations LGBT peuvent-elles peser sur 2012* », 20 minutes, 22 avril 2011.

¹³⁰⁵ « *La Gay Pride 2012 à Paris portée par la promesse de l'ouverture du mariage aux homosexuels* », *Le Monde*, 30 juin 2012.

¹³⁰⁶ Slogan adopté par la Gay Pride de Toulouse en juin 2016 pour rappeler que l'homophobie reste très élevée avec 1 500 témoignages recueillis par SOS Homophobie depuis 2014. Une parole libérée depuis la Manif pour Tous et de nombreuses agressions sur l'espace public. Sans oublier la stigmatisation professionnelle. Les transsexuels demandent de pouvoir changer librement et gratuitement d'Etat-civil après avoir changé de sexe. V. « *En 2016 la Gay Pride a toujours sa raison d'être* », *La Dépêche*, 1^{er} juin 2016.

ampleur : la lutte contre l'homophobie, les agressions, les violences à l'égard des homosexuels est toujours présente¹³⁰⁷, elle doit continuer...

La France a opéré une réelle avancée dans l'égalité des droits des homosexuels en matière de mariage et d'adoption à travers la réforme de 2013. Elle s'ajoute ainsi aux pays européens dont le « *consensus* » en la matière est bien amorcé. De plus, la France va conforter et inciter le droit européen à continuer dans sa démarche de reconnaître une discrimination portée à l'égard des homosexuels notamment sur le plan familial.

§ 2 - Les répercussions en Europe

517. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous a aligné les modalités du mariage et de l'adoption par des couples homosexuels sur celles des couples hétérosexuels mariés. C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'homme va exercer son influence sur les mesures que mettront en place les autorités pour assurer l'effectivité du nouvel article 143 du Code civil¹³⁰⁸ quant au droit des époux de fonder une famille. La juridiction européenne s'est en effet érigée en véritable moteur de la protection des homosexuels depuis les années 1980. Calquant sa conception sur les évolutions sociales et juridiques en cours au sein des Etats parties, elle a pris soin, à travers une interprétation évolutive de la Convention, d'étendre la protection offerte par le texte de 1950¹³⁰⁹ à cette minorité sexuelle, sur le fondement du droit à la vie privée et du principe de non-discrimination. Portée par le souci constant d'interpréter le Traité à *la lumière des conditions actuelles*, la Cour s'intéresse particulièrement à la question des droits parentaux des homosexuels, encore réglementée de diverses manières au sein du Conseil de l'Europe.

La progression de la jurisprudence, relayée par celle de la Cour de justice de l'Union européenne, en faveur de la reconnaissance d'une discrimination portée à l'égard de la communauté homosexuelle, permet d'apporter un éclairage sur les répercussions potentielles de l'ouverture du

¹³⁰⁷ Les attentats d'Orlando ont fait 49 morts et une cinquantaine de blessés. Des veillées, des rassemblements ont été organisés par la communauté gay qui s'est mobilisée pour dénoncer la haine de l'acte homophobe monstrueux. V. « Après la tuerie d'Orlando, la communauté gay sous le choc », *Le Figaro*, le 13 juin 2016.

¹³⁰⁸ Réf. Article 143 du Code civil précité qui prévoit : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

¹³⁰⁹ La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, communément appelée Convention européenne des droits de l'homme ou CEDH, est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a pour but de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales en permettant un contrôle judiciaire du respect de ces droits individuels. La Convention se réfère à la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Le respect des obligations par les États parties à la CEDH est contrôlé dans le cadre d'une procédure de plainte individuelle ou étatique.

mariage pour tous en matière de parentalité¹³¹⁰ (A). Il s'agit dans cette optique de faire émerger un nouveau « *consensus* » au sein des nombreux pays réticents au nom duquel les juges européens pourraient à l'avenir imposer, pour lutter contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à une vie familiale normale. Autrement dit, il s'agit d'analyser l'impact de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage pour tous sur le « *consensus européen* » relatif au modèle familial fondé sur l'accès des homosexuels au mariage et à la parentalité à l'échelle de l'Europe¹³¹¹ (B).

A - A l'égard de la jurisprudence européenne

518. Voilà quarante ans que la juridiction du Conseil de l'Europe condamne les différences de traitement qui subsistent dans les législations de certains Etats au détriment des homosexuels. La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord fait entrer la protection de l'orientation sexuelle dans le champ de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant la vie privée en considérant, d'une part, que : « *l'on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel* » et, d'autre part, que celui-ci constitue un « *aspect (...) intime de la vie privée* »¹³¹². Une fois ce pas franchi, la Cour a enrichi ce *corpus* en dégagant de ce principe des conséquences sur d'autres types de droits à propos desquels les homosexuels ont pu subir des restrictions du seul fait de leur choix de vie, à travers la combinaison des articles 8 et 14 comme la répression pénale¹³¹³, la majorité sexuelle¹³¹⁴, la discrimination dans l'armée¹³¹⁵, les droits sociaux et patrimoniaux¹³¹⁶. Elle a, dans ce sens, jugé, en 2003, que le refus d'inscrire un partenaire homosexuel d'un défunt dans son ordre successoral constituait une violation conjointe des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³¹⁷. A cette fin, elle instrumentalise ainsi

¹³¹⁰ V. J. FERRERO, « L'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *D.* 2013, p. 1286.

¹³¹¹ V. C. BEAUDOUIN, « La loi peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ. fam.* 2013, Dossier Mariage : la réforme, p. 367.

¹³¹² V. CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, précité.

¹³¹³ V. Dans ce sens : CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n° 7525/76 ; CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, req. n° 10581/83 ; CEDH, 25 mars 1993 *Modinos c/ Chypre*, req. n° 15070/89, *AJDA* 1993, p. 483, chron. J.-Flauss ; *RFDA* 1994, p. 1182, chron. C. GIAKOUMOPOULOS, M. KELLER, H. KELLER, H. LABAYLE et F. SUDRE.

¹³¹⁴ V. Par exemple : CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c/ Royaume-Uni*, n° 25186/94 et CEDH, 9 avril 2003, *L et V. c/ Autriche*, n° 39392/98 et n° 39829/98, *JCP G* 2003, I, 160, n° 16, chron. F. SUDRE ; *D.* 2003, p. 2278, obs. L. BURGORGUE-LARSEN, condamnant la différence d'âge du consentement à des relations homosexuelles.

¹³¹⁵ V. CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, req. n° 33985/96 et n° 33986/96, *JCP G* 2000, I, 202, n° 21, obs. F. SUDRE ; *RTD civ.* 1999, p. 917, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, req. n° 31417/96 et n° 32377/96, *RTD civ.* 1999, p. 917, obs. J.-P. MARGUENAUD.

¹³¹⁶ V. CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD civ.* 2003, p. 764, obs. J.-P. MARGUENAUD ; CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne*, n° 13102/02, le refus de transmission du droit au bail au membre survivant d'un couple homosexuel ; CEDH, 22 juillet 2010, req. n° 18984/02, *P.B et J.S c/ Autriche*, *D.* 2003, p. 2278, obs. L. BURGORGUE-LARSEN, le refus d'étendre la couverture sociale au conjoint d'un tel couple.

¹³¹⁷ V. CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, req. n° 40016/98, *RTD civ.* 2003, p. 764, obs. J.-P. MARGUENAUD, précité.

l'article 14 de la Convention sur l'interdiction de toute discrimination en procédant à sa combinaison avec l'article 8 au titre de la protection de la vie privée et de la vie familiale.

519. Mais depuis quelques années, la Cour européenne de Strasbourg a dépassé les questions liées à la protection des minorités sexuelles, pour franchir une nouvelle étape. Saisie de requêtes réclamant une déréglementation de l'état des personnes et du droit de la famille, elle a choisi d'y donner suite en adoptant l'approche libérale du « *statut* » homosexuel. Sans pouvoir encore en tirer, faute de « *consensus européen* », une base juridique en faveur de la reconnaissance d'un droit conventionnel au mariage et à la parentalité homosexuelle, elle parachève néanmoins touche par touche, sujet par sujet, arrêt après arrêt, une jurisprudence audacieuse en faveur du modèle familial homosexuel.

520. Dans cette lignée, les juges de Strasbourg ont ainsi condamné le Portugal dans l'affaire *Salgueiro Da Silva*¹³¹⁸ pour le retrait de la garde partagée à un père du seul fait de son homosexualité. En outre, alors qu'ils se refusaient dans l'arrêt *Fretté c/France*¹³¹⁹ à sanctionner le refus d'agrément préalable à l'adoption individuelle opposé à un homosexuel célibataire en raison de son orientation sexuelle, ils ont sanctionné des faits similaires quelques années plus tard dans l'arrêt *E.B c/France*¹³²⁰. Dans ce fameux arrêt, la Cour a justement posé le principe fondamental selon lequel l'orientation sexuelle ne saurait justifier un traitement différent dans une situation équivalente. A cette occasion, elle a condamné la France pour avoir refusé d'octroyer à une femme célibataire l'agrément d'adoption en raison de son homosexualité, ce qui constitue une discrimination au sens de la Convention.

521. En 2010, elle a franchi un nouveau pas en estimant que le couple homosexuel est désormais inclus dans la protection offerte par l'article 8 sur le droit à une vie familiale et non plus au titre de la vie privée¹³²¹. Environ la moitié des Etats du Conseil de l'Europe se sont dotés à ce jour de dispositions relatives à la reconnaissance du couple homosexuel, notamment à travers le

¹³¹⁸ V. CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*, req. n° 33290/96 ; *JCP* 2000, I, 203, n° 11, chr. F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, 313, obs. J. HAUSER; *RTD civ.* 2000, 433, obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD; *Dr. fam.*, mars 2000, p. 28, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, précité.

¹³¹⁹ V. CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n°36515/97 ; *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10, note F. VASSEUR-LAMBRY et M. CARIUS ; *JCP G*, 2002, II, 10 074, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et Fr. SUDRE ; *Dr. fam.* sept. 2002, p. 8, note A. DEBET ; *AJDA*, mai 2002, p. 401, note I. POIROT-MAZIERE, précité.

¹³²⁰ V. CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France* ; *D.* 2008, p. 351, obs. Royer, 2038, note HENNION-JACQUET, et 1786, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *JCP G* 2008, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *AJ fam.*, n° 3/2008, p. 118, obs. F. CHENEDE; *LPA*, 7 février 2008, n° 28, obs. F. CHALTIEL, *Gaz. pal.* 25 juil. 2008, p. 13, note TAHRI ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. HAUSER et p. 249, obs. MARGUENAUD, *RDSS* 2008, p. 380, obs. C. NEIRINCK, précité.

¹³²¹ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. Fr. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

PACS ou une union civile¹³²². La Cour invoque ici les progrès du « *consensus européen* » en faveur d'un statut formel du couple homosexuel, avant d'avertir que son absence, dans le futur, sera probablement jugée comme une violation des articles 8 et 14 de la Convention. Une violation que la Cour européenne des droits de l'homme retiendra d'ailleurs à l'occasion d'une première affaire *Vallianatos et autres c/Grèce*¹³²³. En réservant aux couples hétérosexuels le « *pacte de vie commune* » qu'elle institue, la loi grecque viole l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8¹³²⁴. La Cour affirme qu'un couple homosexuel entretenant une relation stable et durable peut se prévaloir du droit au respect de « *sa vie privée* »¹³²⁵ comme de la « *vie familiale* », et, ce, au même titre qu'« *un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation* »¹³²⁶. Sur le terrain de la discrimination, la Cour met l'accent sur le critère de l'analogie des situations. Les couples homosexuels engagés dans des situations stables sont dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels engagés dans de telles relations et ils ont un besoin similaire de « *reconnaissance juridique et de protection de relation de leur couple* »¹³²⁷. En excluant les couples

¹³²² Il s'agit entre autres : Le Danemark (1989), la Suède (1995), l'Espagne (1998), les Pays-Bas (1998), la France (1999), la Belgique (2000), l'Allemagne (2001), le Portugal (2001), la Finlande (2002), le Royaume-Uni (2005), la Hongrie (2004), la République tchèque (2006), le Luxembourg (2010), la Slovénie (2010), l'Irlande (2010), l'Autriche (2010), la Malte (2014), la Croatie, l'Estonie et la Croatie (2014), la Grèce et Chypre (2015), Italie (2016). V. Annexes.

¹³²³ V. CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, D. 2013, p. 2888, note F. LAFAILLE ; D. 2014, pp. 238 et s., obs. J.-F. RENUCCI ; JCP G, 2013, act. 1281, obs. F. SUDRE ; doct., 2014, 2014, 43, pp. 53 et s., spec. p. 54, obs. M. LAMARCHE ; AJDA, 2014, n° 3, pp. 147 et s., spec. pp. 150 et s., obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; AJ. fam. 2014, p. 49, obs. C. BEAUDOUIN ; RLDC, janvier 2014, p. 79, note G PUPPINCK ; RJPF, janvier 2014, p. 27, note V. EGA, A DANNIS-FATOME, RTDH 2012, 23^e année, n° 89, p. 143-175.

¹³²⁴ Le litige est né après que la loi n° 3719/2008, entrée en vigueur le 26 novembre 2008, qui a créé le pacte de vie commune, une sorte de partenariat que le législateur hellénique et réservé aux personnes de sexe différent. Cette loi instaure ainsi une distinction entre les couples de même sexe et les couples de sexe différent, ce que la Cour assimile à une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle.

¹³²⁵ V. CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*, req.n° 56501/00, précité.

¹³²⁶ V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, Dr. fam 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, RTD civ. 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, JCP G 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; AJ. fam. 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité. L'arrêt *Vallianatos* comporte une avancée supplémentaire consistant à retenir une approche moderne de vie commune qui n'exige pas nécessairement une cohabitation matérielle. Ce faisant, la juridiction européenne est en phase avec des évolutions retenues dans certains droits internes où une « *acceptation souple de la notion de vie commune* » prévaut. V. Dans ce sens : H. LECUYER, note sous CA Douai, 12 décembre 2002, Dr. fam. 2003, p. 86 ; CA Paris, 23 septembre 1999, RTD civ., 2000, obs. J. HAUSER, pour le droit français, où l'on retrouve une souplesse équivalente lorsqu'il s'agit d'apprécier la communauté de vie des époux. V. Par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, Dr. fam., 1999, n° 110, note H. LECUYER ; 12 octobre 2011, n° 10-21914.

¹³²⁷ La Cour insiste surtout sur le fait que ce partenariat constituait le seul moyen pour les couples de même sexe, et à la différence des couples de sexe différent, de placer leurs relations conjugales dans un cadre juridique reconnu et défini. La Grèce ferme le mariage aux homosexuels et, en fermant aussi le partenariat aux homosexuels, elle ne leur offre aucune reconnaissance juridique possible. C'est sur le fondement de la protection contre toute discrimination injustifiée combiné avec le droit de mener une vie familiale que cette décision a été rendue. Dans l'affaire *Vallianatos*, l'existence au moins d'un d'une forme « *d'engagement public* » à la disposition des couples homosexuels est déterminante. Cette notion « *d'engagement public* » a été utilisée par la Cour dans l'affaire *Burgen* : « *l'élément déterminant est l'existence d'un engagement public, qui va de pair avec ensemble de droits et d'obligations d'ordre contractuel* ». V. CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, req. n° 13378/05, § 65. Le pacte civil est ainsi vu par la Cour comme un « *minimum garanti* » de la vie familial. Autrement dit, dès lors, fermer sa porte aux couples homosexuels ne peut être justifié par la décence de la famille traditionnelle, qui a seule accès au mariage en Grèce. Une telle discrimination s'avère injustifiée. Les couples homosexuels ne peuvent être exclus du pacte civil lorsqu'ils le sont déjà du mariage. V. Dans ce sens : H. FULCHIRON, « *De l'institution aux droits de l'individu : réflexion sur le mariage au début du XXI^e siècle* », in *Le monde du droit – Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Paris, Economica, 2008, pp. 395 et s.,

homosexuels du pacte de vie commune la loi a donc introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés. Ensuite, la Cour rappelle que seules de « *très fortes raisons* » peuvent justifier une telle différence de traitement¹³²⁸ et qu'en la matière l'Etat partie dispose d'une marge d'appréciation étroite. Le principe de proportionnalité exige alors de démontrer non seulement que la mesure prise permet la réalisation de but légitime recherché, en l'espèce, renforcer le statut juridique des enfants nés hors mariage, et indirectement, protéger la famille « *traditionnelle* » mais « *qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes* »¹³²⁹. Enfin, malgré l'absence de consensus entre les Etats parties, la Cour estime que la : « *tendance qui se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe* » est suffisamment nette pour considérer qu'aucune « *raison solide et convaincante* » ne justifiait d'exclure les couples homosexuels du « *pacte de vie commune* »¹³³⁰. La Cour condamne ainsi la Grèce pour avoir réservé son pacte de vie commune aux hétérosexuels¹³³¹.

522. Une prise de position que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment confirmée dans une seconde affaire récente *Oliari et autres contre Italie*¹³³² en vertu de laquelle elle accentue l'évolution de sa jurisprudence en la matière en faisant désormais obligation à l'Etat partie de la Convention de reconnaître juridiquement le couple homosexuel¹³³³. La Cour va donc plus loin

spéc. p. 401) qui parle de « SMIC (statut minimal interconjugal commun) ».

¹³²⁸ V. CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*, JCP G 2003, I, 160, n° 16, chr. F. SUDRE, précité.

¹³²⁹ V. CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, § 86, précité.

¹³³⁰ Un enseignement principal peut être tiré de l'arrêt, lu à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour : en l'absence d'un dénominateur commun aux droits internes des Etats parties sur une question de société, une législation nationale méconnaît la Convention si elle est contredite par une « *tendance* » évolutive suffisamment caractérisée au sein de ces ordres juridiques ; seule une « *tendance* » vers la réalisation de l'égalité de traitement semble susceptible de faire ainsi évoluer le droit de la Convention, en malmenant quelque peu le principe de subsidiarité. Ceci confirme que le principe de non-discrimination constitue un principe matriciel de la protection conventionnelle. V. CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n° 19010/07, D. 2013, p. 502, obs. I. GALLMEISTER ; Ibid. p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2013, p. 227, obs. F. CHENEDE, JCP G 2013, act. 316, obs. H. SURREL ; JCP G 2013, doct. 855, obs. F. SUDRE, n° 17.

¹³³¹ L'arrêt *Vallianatos*, marque une avancée remarquable dans la lutte en faveur de l'égalité des droits. La constitue un signal fort pour tous les Etats membres qui envisageraient la création d'un partenariat civil ; elle représente une pression directe pour la Lituanie par exemple qui a déjà franchi le pas, en organisant un partenariat réservé aux seuls couples de sexe différent. Suite à la Condamnation de la Cour, la Grèce permet l'union des personnes de même sexe et d'avoir une reconnaissance légale comme bon nombre de pays européens. Le Parlement a approuvé le projet de loi du gouvernement ouvrant le pacte de vie commune aux couples de même sexe, malgré les résistances de l'opposition et de l'influente Eglise orthodoxe. Le gouvernement n'a cependant pas pu compter sur le vote des nationalistes, pourtant membres de la coalition. « C'est la fin d'une période rétrograde », a déclaré le Premier ministre Alexis Tsipras. Ce contrat met un terme aux disparités en matière de propriété ou d'héritage. Il ouvre les mêmes droits que pour les couples hétérosexuels, à l'exception de l'adoption. V. « La Grèce ouvre enfin le pacte de vie commune aux couples de même sexe », *Yagg*, 23 décembre 2015.

¹³³² V. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, H. FULCHIRION, D. 2015, p. 2160, F. BOULANGER, *AJ Fam.* 2016, p. 250 ; F. SUDRE, JCPG 2015, n° 36, p. 1529, T. COUSTET, *Dalloz actualité*, 30 juillet 2015 ; M. ROUILLARD, *AJ. Fam.* 2015, p. 615.

¹³³³ La Cour commence par rappeler « *qu'il n'existe pas seulement une façon pour un individu de mener sa vie privée ou familiale* ». Réf. CEDH, *Kozak c/ Pologne*, 2 mars 2010, n° 13102/02. Et qu'il a une tendance croissante en faveur de la reconnaissance juridique des couples homosexuels, elle a ensuite reconnu au couple homosexuel entretenant une relation stable et effective le bénéfice du droit à une « *vie familiale* », au sens de l'article 8, mais sans pour autant imposer aux Etats parties l'obligation positive d'offrir un statut légal aux couples de même sexe. Réf. CEDH, 24 juin

en l'espèce : trois couples homosexuels se plaignaient que la législation italienne ne leur permet ni de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile, et, tire désormais du droit au respect de la vie familiale l'obligation pour l'Etat partie de reconnaître juridiquement et de protéger l'union homosexuelle, dès lors que la relation est stable et effective, considérant que l'union civile ou le partenariat enregistré constitue alors le « *moyen le plus approprié* » pour ce faire¹³³⁴. Prenant appui, une nouvelle fois sur la tendance européenne existante à reconnaître une union civile au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe¹³³⁵, mais aussi sur l'évolution de la société en Italie¹³³⁶, la Cour considère qu'aucun intérêt général ne peut être mis en balance avec l'intérêt des requérants de voir reconnaître juridiquement leur relation¹³³⁷. Soucieuse d'appliquer la Convention « *de manière pratique et effective* »¹³³⁸, elle juge que l'Italie a outrepassé sa marge d'appréciation et manqué à son obligation de se doter « *d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et à protéger les unions*

2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENAROBARDET, précité. Enfin, considère que les couples homosexuels engagés dans des relations stables sont dans une situation comparable à celles des couples hétérosexuels engagés dans de telles relations et ont un besoin similaire de « *reconnaissance juridique et de protection de relation de leur couple* » et qu'aucune « *raison solide et convaincante* » ne justifiait d'exclure les couples homosexuels d'un « *pacte de vie commune* », lorsque celui-ci a été institué en droit interne. Réf. CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, *D.* 2013, p. 2888, note F. LAFAILLE ; *D.* 2014, pp. 238 et s., obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP G*, 2013, act. 1281, obs. F. SUDRE ; doct., 2014, 2014, 43, pp. 53 et s., spec. p. 54, obs. M. LAMARCHE ; *AJDA*, 2014, n° 3, pp. 147 et s, spéc. pp. 150 et s., obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ. fam.* 2014, p. 49, obs. C. BEAUDOUIN ; *RLDC*, janvier 2014, p. 79, note G PUPPINCK ; *RJPF*, janvier 2014, p. 27, note V. EGA, A DANNIS-FATOME, *RTDH* 2012, 23^e année, n° 89, p. 143-175, précité.

¹³³⁴ Réf. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, § 174. Autrement dit, le droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention doit conduire les Etats à proposer un cadre juridique apte à reconnaître et à protéger les unions homosexuelles. La Cour élargit ici et une fois de plus le champ d'application de l'article 8 en incluant la reconnaissance juridique des unions homosexuelles. La Cour a estimé que l'absence totale d'union civile, sur le modèle du pacte civil de solidarité (pacs) français, était contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le « *droit au respect de la vie privée et familiale* ». Selon elle, l'absence de reconnaissance juridique est attentatoire aux « *besoins essentiels relatifs à un couple engagé dans une relation stable* ». V. « *La CEDH condamne l'Italie pour absence de PACS* », *Le Monde*, 22 juillet 2015.

¹³³⁵ Réf. CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, *D.* 2013, p. 2888, note F. LAFAILLE ; *D.* 2014, pp. 238 et s., obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP G*, 2013, act. 1281, obs. F. SUDRE ; doct., 2014, 2014, 43, pp. 53 et s., spec. p. 54, obs. M. LAMARCHE ; *AJDA*, 2014, n° 3, pp. 147 et s, spéc. pp. 150 et s., obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ. fam.* 2014, p. 49, obs. C. BEAUDOUIN ; *RLDC*, janvier 2014, p. 79, note G PUPPINCK ; *RJPF*, janvier 2014, p. 27, note V. EGA, A DANNIS-FATOME, *RTDH* 2012, 23^e année, n° 89, p. 143-175, précité. Les juges européens notent que 24 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe ont désormais institué une reconnaissance légale des couples homosexuels. Aujourd'hui, 13 pays européens (dont 12 membres de l'Union européenne) ont légalisé le mariage homosexuel, à commencer par les Pays-Bas en 2001 jusqu'à l'Irlande en 2015.

¹³³⁶ Alors que dans les sondages, les Italiens se disent en effet majoritairement favorables à une reconnaissance des couples homosexuels. L'Italie est l'un des neuf pays de l'UE (Chypre, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Bulgarie, Pologne) à ne reconnaître aucun droit aux couples gays et lesbiens.

¹³³⁷ Réf. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, § 185.

¹³³⁸ Réf. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, § 186.

homosexuelles » et a violé l'article 8.¹³³⁹ La Cour impose ainsi à l'Italie d'autoriser les unions civiles pour les couples homosexuels¹³⁴⁰.

523. Dans la continuité des affaires *Schalk et Kopf c/Autriche*, *Vallianatos et autres c/Grèce* et *Oliari et autres c/Italie*, la Cour européenne des droit de l'homme marque une évolution considérable au regard de sa jurisprudence relative au regroupement familial¹³⁴¹. Dans une décision *Pajic c/Croatie* du 23 février 2016¹³⁴², la Cour a jugé discriminatoire et contraire au droit à une vie familiale normale au regard de la Convention le refus d'un droit de séjour pour regroupement familial à un étranger en couple stable homosexuel avec un ressortissant du pays¹³⁴³. En observant que : « la requérante en couple homosexuel se trouve dans une situation familiale comparable aux demandeurs hétérosexuels ayant droit au regroupement familial »¹³⁴⁴, la Cour y voit une discrimination directe inscrite en violation du droit à la vie privée car les dispositions internes sur les étrangers réservaient la possibilité d'un droit de séjour sur ce fondement aux seuls couples hétérosexuels¹³⁴⁵. Cette décision a été récemment confirmée par une affaire identique, *Taddeucci et*

¹³³⁹ Réf. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, § 185. Toutefois, la Cour maintient sa position sur le droit au mariage et, malgré l'évolution constatée dans 13 pays Etats européens autorisant le mariage homosexuel, juge qu'on ne serait tirer de l'article 12 une obligation faite à l'Etat de reconnaître aux homosexuels le droit de se marier. Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON; p. 1590, obs. F. SUDRE ;D. 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ;obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹³⁴⁰ Les députés italiens ont adopté le 11 mai 2016 un texte de loi créant une union civile pour les couples de même sexe. C'est une longue bataille qui a été mené. C'est le constat que l'Italie était un des derniers pays d'Europe à ne reconnaître aucun droit qui semble avoir emporté la décision de la Cour. V. « L'Italie donne son feu vert pour créer une union civile ouverte aux homosexuels », *Le Monde*, 11 mai 2016.

¹³⁴¹ Le regroupement familial se définit comme la possibilité offerte à une famille de venir légalement dans le pays d'accueil d'un autre membre de la famille, souvent le père ou le conjoint qui y séjourne au titre de son statut de travailleur, réfugié ou suite à sa régularisation. Dans un contexte actuel des migrations internationales, le droit du pays d'accueil est souverain dans la fixation conditions légales d'immigration au titre du regroupement familiale, conformes à ses valeurs et aux objectifs de sa politique en matière d'entrée et de séjour des étrangers. Par exemple, la France adopte le droit au regroupement sous la soutenance de VALÉRY GISCARD D'ESTAING, en 1974. Il est certain qu'à l'échelle européenne, le regroupement familial s'est renforcé grâce à la jurisprudence de la CEDH. V. CEDH, 10 juillet 2014, n° 19113/09, *Senigo Longue c/ France*, *Dalloz actualité*, 4 septembre 2014, obs. R. MESA ; D. 2015, p. 450, obs. F. JAULT-SESEKE. Condamnation de la France pour instruction trop longue des demandes et dont le présent arrêt de Chambre constitue un nouveau volet.

¹³⁴² V. CEDH, 23 février 2016, *Pajic c/ Croatie*, req. n° 68453/13, *Dalloz actualité*, 11 mars 2016, *RLDC*, 2016, n° 136, p. 4-12.

¹³⁴³ L'affaire concernait une ressortissante de Bosnie-Herzégovine qui avait introduit une demande de permis de séjour pour regroupement familial avec sa partenaire qui vivait en Croatie. Cette demande avait été rejetée au motif que les conditions posées par la loi n'était pas réunies. Un recours administratif auprès du Ministre de l'Intérieur Croate n'ayant rien donné, la plaignante avait décidé de saisir le Tribunal administratif de Zagreb, qui rejeta également sa demande. Le Tribunal avait jugé que les unions homosexuelles n'étant pas reconnue, celle-ci ne pouvaient être une base de regroupement familiale. La Cour Constitutionnelle saisie en recours avait validé cette décision.

¹³⁴⁴ V. CEDH, 23 février 2016, *Pajic c/ Croatie*, req. n° 68453/13, § 64.

¹³⁴⁵ V. CEDH, 23 février 2016, *Pajic c/ Croatie*, req. n° 68453/13, § 82. La Croatie, pays réputé très catholique, avait dit non au mariage homosexuel lors d'un référendum en décembre 2013. V. « La Croatie dit non par référendum au mariage homosexuel », *Le Monde*, 1^{er} décembre 2013. Cependant, grâce à la détermination du gouvernement socialement démocrate, une loi votée en juillet 2014 est venue aligner les droits civils des unions homosexuelles sur ceux dont bénéficient les unions hétérosexuelles. V. « La Croatie offre davantage de droits aux unions homosexuels », *Ellico*, 6 septembre 2014.

McCall c/Italie du 30 juin 2016¹³⁴⁶, dans laquelle la CEDH considère comme discriminatoire le refus d'un permis de séjour pour raison familiale à un concubin homosexuel au seul motif que ce permis serait réservé aux couples mariés¹³⁴⁷. Fallait-il admettre qu'un droit de séjour s'impose à l'Italie au bénéfice du concubin, alors que le droit interne n'autorise pas l'extension de la notion de « *membre de famille* » au partenaire de même sexe ? Le raisonnement de la Cour se déroule en trois temps. D'une part, la Cour concède qu'un couple homosexuel peut être considéré comme menant « *une vie familiale normale* » mais, d'autre part, n'admet aucune différence de traitement en l'espèce dans la mesure où l'exclusion des partenaires non mariés au droit de séjour concernait également bien les couples de sexe opposé. Néanmoins, il existe bel et bien pour la Cour une discrimination fondée sur l'orientation, au sens de l'article 8, dans le sens où contrairement aux couples hétérosexuels, le droit au mariage n'est pas ouvert aux couples de même sexe. Cette solution n'est pas surprenante car elle constitue, dans une certaine mesure, le point d'aboutissement d'une séquence jurisprudentielle qui débute avec l'arrêt *Schalk et Kopf c/Autriche*¹³⁴⁸, et a pour référence l'arrêt *Oliari et autres c/Italie*¹³⁴⁹, où la CEDH juge que l'absence d'union civile pour les couples de même sexe est contraire au droit au respect de la vie familiale. En l'espèce, les juges ne font qu'en tirer toutes les conséquences. Refuser le mariage aux couples de même n'est pas attentatoire¹³⁵⁰ mais imposer ce statut pour obtenir un titre de séjour constitue bel et bien une discrimination au sens de l'article 8 dès lors que le mariage leur est fermé.

524. En matière d'adoption homoparentale, la Cour a jugé dans l'affaire *Gas et Dubois*¹³⁵¹ que l'interdiction pour une femme d'adopter l'enfant de son amie ne constitue pas une violation des articles 8 et 14 par la France du fait de l'impossibilité d'une telle procédure d'adoption sous peine de voir le parent biologique perdre son autorité parentale ce qui est contraire à l'intérêt de l'enfant. Elle avait pour cela estimé que le même obstacle était opposé par la législation française aux couples hétérosexuels non mariés, et que la différence de traitement avec les couples hétérosexuels

¹³⁴⁶ V. CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c/ Italie*, req. n° 51362/09, *Dalloz actualité*, 11 juillet 2016.

¹³⁴⁷ Les deux partenaires résident à Amsterdam et vivent en concubinage. L'un est de nationalité italienne et l'autre néo-zélandais. Le conjoint du ressortissant italien s'est vu refuser la délivrance d'un permis de séjour en Italie pour « *raison familiale* ». L'administration soutenait qu'être « *membre de la famille* » était une condition réservée aux couples mariés. En première instance, le tribunal civil de Florence avait condamné l'analyse et qualifié le concubin de « *membre de la famille* », au sens du décret en cause. Pourtant, la cour d'appel, comme la Cour de cassation italienne, avait rejeté la qualification et considéré que la Convention européenne des droits de l'homme n'obligeait pas les États à reconnaître les relations « *entre personnes de même sexe* ». Cet argumentaire a été contesté devant la Cour européenne des droits de l'homme où les requérants ont soulevé la violation combinée des articles 8 et 14 de la Convention.

¹³⁴⁸ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, précité.

¹³⁴⁹ Réf. CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, précité.

¹³⁵⁰ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, précité.

¹³⁵¹ V. CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *D.* 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 798, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RDT civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 306, obs. J. HAUSER, précité.

mariés était compatible avec la Convention en ce que leur situation légale n'était pas similaire¹³⁵². En revanche, un an plus tard, dans l'affaire *X. c/Autriche*¹³⁵³, le même type de situation a été sanctionné sur le volet de la vie privée et de la non-discrimination combinées, dans la mesure où le système autrichien opérait une différence sur la question de l'adoption coparentale entre les couples hétérosexuels et homosexuels non mariés¹³⁵⁴. Précisément, dans l'affaire *Gas et Dubois c/France*, les juges européens avaient observé que la voie de l'adoption n'était pas fermée aux seuls couples homosexuels, mais également aux couples hétérosexuels non mariés. La situation était différente puisque le droit autrichien ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant du partenaire au sein d'un couple hétérosexuel¹³⁵⁵. Cette disparité de traitement entre couples hétérosexuels et homosexuels non mariés dans l'accès à l'adoption est fondée sur l'orientation sexuelle ce qui constitue une discrimination au sens de la Convention¹³⁵⁶.

525. Il reste que la Cour suit ici sa logique implacable en exigeant l'égalité de traitement pour des situations semblables et n'admet certaines prérogatives que pour des situations différentes¹³⁵⁷. Autrement dit, il semble qu'à ce stade de l'évolution jurisprudentielle, la Cour n'admette une différence de traitement des couples homosexuels non mariés en matière de

¹³⁵² La Cour européenne des droits de l'homme avait affirmé que : « *le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent* » et que les personnes non mariées ne sont pas « *en matière d'adoption par le second parent* » dans une situation comparable à celle des personnes mariées ». V. CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, § 68.

¹³⁵³ V. CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n° 19010/07, D. 2013, p. 502, obs. I. GALLMEISTER ; Ibid. p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2013, p. 227, obs. F. CHENEDE. *JCP G* 2013, act. 316, obs. H. SURREL ; *JCP G* 2013, doct. 855, obs. F. SUDRE, n° 17, précité.

¹³⁵⁴ Il convient de distinguer ainsi la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois*, dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds. V. CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, D. 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; ibid. 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; ibid. p. 798, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; ibid. p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RTD civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; ibid. 306, obs. J. HAUSER, précité.

¹³⁵⁵ Le Code civil autrichien rend l'adoption de l'enfant biologique d'une personne par sa ou son partenaire de même sexe légalement impossible, alors qu'une telle adoption est possible pour les couples hétérosexuels non-mariés.

¹³⁵⁶ Le Gouvernement autrichien soutenait que cette disparité de traitement fondée sur l'orientation sexuelle était justifiée par un but légitime en invoquant la protection de la famille au sens traditionnel et la protection de l'intérêt de l'enfant. La Cour le reconnaît, mais estime que l'Etat autrichien : « *n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale (...) était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant* ». La Cour conclut dans ce sens à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. V. CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n° 19010/07, § 142.

¹³⁵⁷ V. Dans ce sens : CEDH, Gr. Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*, req. n° 34369/97, *AJDA* 2001, p. 1060, chron. J.-F. FLAUSS ; *RDEA* 2001, p. 1250, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RTD civ.* 2000, p. 434, obs. J.-P. MARGUENAUD. Dans cette affaire, la Cour a condamné la Grèce pour son refus de nommer un témoin de Jéhovah à un poste d'expert comptable uniquement sur la base de sa condamnation pour objection de conscience, sans que celle-ci n'ait de répercussion sur les capacités de l'intéressé à exercer cette profession. Cette espèce, souligne que les autorités ne peuvent refuser à une personne l'accès à une fonction professionnelle en motivant sa décision uniquement sur des considérations religieuses, sans aucune justification objective et raisonnable. Dans le cas contraire, elle contreviendrait aux grands principes défendus par la Convention énoncés à l'article 9 (la liberté de penser, de conscience et de religion) et l'article 14 (principe de non-discrimination).

parentalité qu'avec des couples hétérosexuels mariés. Elle condamne ainsi tout traitement inégalitaire vis-à-vis de couples, certes hétérosexuels, mais dans la même situation de concubinage, et réserve par conséquent une place particulière à l'institution du mariage¹³⁵⁸. Ainsi, s'agissant du droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, les Etats n'ont plus qu'une marge d'appréciation extrêmement étroite. Celui qui prétendrait maintenir une différence de traitement entre couples de même sexe et couples de sexe différent devrait exciper d'un motif particulièrement grave et convaincant¹³⁵⁹. Il apparaît donc clairement, à la lecture de la jurisprudence de la Cour, que le dernier obstacle à l'égalité totale des couples homosexuels et hétérosexuels, dans leurs droits familiaux en général, et dans leurs parentaux en particulier, reste le mariage.

526. D'ailleurs le 9 juin 2016, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu sa décision dans l'affaire *Chapin et Charpentier c/France*¹³⁶⁰. Elle mettait en cause l'annulation par les juridictions françaises du « mariage de Bègles » célébré en 2004 entre deux hommes, en violation de la loi française¹³⁶¹. Par cette décision, la Cour rappelle, à l'unanimité, que la Convention européenne des droits de l'homme ne comporte pas de droit au mariage pour les couples homosexuels, tant au titre du droit au respect de la vie privée et familiale qu'à celui de se marier et de fonder une famille. Pour rejeter la requête, la CEDH adopte neuf ans plus tard un raisonnement confirmant une série d'arrêts qui rappellent en particulier, d'une part, que la question du mariage homosexuel prévu à l'article 12 est « régie par les lois nationales des Etats contractants »¹³⁶² et que « l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une

¹³⁵⁸ Elle rappelle d'ailleurs dans l'affaire *Schalk et Kopf c/ Autriche* que, dans la mesure où « il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel », « elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre », pour conclure que la Convention n'impose pas aux Etats d'ouvrir le droit au mariage aux couples de même sexe. V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* req. n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹³⁵⁹ Dans une recommandation de 2010, le Comité des ministres réaffirme ainsi la jurisprudence de la Cour : « Lorsque les Etats confèrent des droits et des obligations aux couples non mariés, ces droits et obligations devraient s'appliquer de manière égale aux couples de même sexe et à ceux de sexe différent (...) » ; et, en tout état de cause, ils « sont invités à considérer la possibilité de fournir aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent » V. Recommandation CM/Rec (2015) 5 du 31 mars 2010, § 23 à 25.

¹³⁶⁰ V. CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c/ France*, req. n° 40183/07, *Dalloz actualité*, 14 juin 2016, *AJ fam.* 2016, p. 391

¹³⁶¹ Pour rappel : en 2004, les deux hommes avaient déposé une demande de mariage à la mairie de Bègles. Le procureur de la République notifie son opposition au mariage à l'officier d'état civil de la commune, comme aux requérants. Malgré l'opposition, le maire célèbre le mariage. Le procureur assigne les requérants en justice aux fins de nullité du mariage. En première instance, le tribunal fait droit à la demande. En seconde instance, la Cour d'appel confirme le jugement. Quant à la Cour de cassation, elle rejette le pourvoi formé par les deux hommes, rappelant que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». En 2007, les requérants saisissent la Cour européenne des droits de l'homme pour violation des articles 8, 12 et 14 combinés de la Convention. Ils estiment que refuser le droit au mariage en raison de l'orientation sexuelle est discriminatoire. Cet arrêt clôt l'affaire et intervient ainsi après l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui permet désormais aux couples homosexuels de se marier en France.

¹³⁶² Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* req. n° 30141/41, §36.

femme » et « n'imposait pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel »¹³⁶³. Ainsi, cet article « ne pouvait être compris, comme imposant pareille obligation aux Etats contractants »¹³⁶⁴. D'autre part, au regard du droit au respect de la vie privée garanti à l'article 8 et du principe de non-discrimination, « les Etats demeurent libres (...) de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels et (...) bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique »¹³⁶⁵ aux couples de même sexe, et de ses différences avec les droits et obligations conférés par le mariage. Ainsi, la Cour adopte la même lecture des articles 8 et 14 de la Convention, en décidant qu'aucun consensus européen ne s'est formé sur cette question¹³⁶⁶ et elle note que depuis, en France, la loi ouvre le mariage aux couples de même sexe, les requérants sont désormais libres de se marier.

527. La CEDH n'est donc pas prête aujourd'hui à franchir un nouveau pas vers l'égalité des droits des couples homosexuels en reconnaissant une discrimination à réserver le mariage aux couples hétérosexuels¹³⁶⁷. Elle préfère se cantonner à sa jurisprudence traditionnelle en la matière en utilisant le *consensus européen* et la *marge d'appréciation* pour laisser le soin aux Etats membres de franchir le pas pour ouvrir le mariage homosexuel. Elle continue ainsi dans ce sens avec affaire *Charpentier et Chapin*. Et pourtant, au moins une raison apparaît plus qu'évidente et aurait mérité peut-être un avancement de plus dans la jurisprudence européenne : la reconnaissance du mariage homosexuel en France depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Mais, là encore, la Cour choisit de se baser encore sur ses arrêts récents et cela même après neuf ans écoulés depuis la présentation de la requête. Attend-elle que plus de la moitié des Etats membres ouvre le mariage homosexuel pour

¹³⁶³ Réf. CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, § 66.

¹³⁶⁴ Réf. CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande* et CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req.n° 18766/11 et n° 36030/11, précité.

¹³⁶⁵ Réf. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* req. n° 30141/41, § 108 et CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, § 66.

¹³⁶⁶ Il est normal que la CEDH empreinte cette voie là et reconnaisse un consensus européen depuis l'annulation du mariage en cause. Pour rappel, treize Etats signataires autorisent aujourd'hui le droit au mariage mais seulement trois avaient ouvert ce droit en 2007 (Les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne). Néanmoins, et c'est là l'apport majeur de l'arrêt, la Cour concède aux Etats en cause une « *marge d'appréciation* » dans la forme juridique de reconnaissance à adopter pour les couples de même sexe.

¹³⁶⁷ Maître CAROLINE MECARY, avocate deux requérants, a manifesté son regret, soulignant que : « la Cour n'est pas encore prête à juger que l'absence d'ouverture du mariage civil aux couples de même sexe constitue une discrimination ». V. C. MECARY, « L'annulation du premier mariage gay n'était pas contraire aux droits de l'homme », *Dalloz actualité*, 14 juin 2016.

qu'elle se décide enfin à reconnaître une discrimination au sens de la Convention¹³⁶⁸ ? Il semble que la Cour répond actuellement positivement à cette question...¹³⁶⁹.

528. En revanche, concernant la conformité à la Convention du silence de la législation française sur l'accès à la PMA des couples homosexuels, la Cour n'a pas encore eu à ce jour à se prononcer directement sur cette question. Elle ne contrôle pour le moment que les modalités et conditions d'exercice de ces techniques lorsqu'elles sont autorisées par l'Etat en cause¹³⁷⁰, faute de consensus¹³⁷¹. Elle estime pourtant que l'accès à la PMA relève bien de l'article 8, et que les évolutions scientifiques en ce domaine appellent un « *examen constant* »¹³⁷² de la part des Etats, signe avant-coureur d'une possible prise de position de sa part sur la question. Or, la loi française autorise l'accès à la PMA pour les couples explicitement composés d'un homme et d'une femme, face à une infertilité médicalement constatée ou un risque de transmission de maladie grave¹³⁷³. La question se pose alors de savoir ce qu'il adviendra de couples de même sexe mariés et placés dans la même situation.

529. L'application stricte des critères élaborés jusqu'ici par la CEDH imposerait en effet un droit égal à ce procédé quelle que soit la composition des couples, dans la mesure où leur situation juridique et médicale est équivalente. Si la sensibilité de la question peut permettre à la Cour de se retrancher, pour un temps, derrière l'absence de consensus européen, sa jurisprudence sur le

¹³⁶⁸ Réf. CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 32684/09, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, D. 2013, p. 2888, note F. LAFAILLE ; D. 2014, pp. 238 et s., obs. J.-F. RENUCCI ; *JCP G*, 2013, act. 1281, obs. F. SUDRE ; doct., 2014, 2014, 43, pp. 53 et s., spec. p. 54, obs. M. LAMARCHE ; *AJDA*, 2014, n° 3, pp. 147 et s., spéc. pp. 150 et s., obs. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ. fam.* 2014, p. 49, obs. C. BEAUDOUIN ; *RLDC*, janvier 2014, p. 79, note G. PUPPINCK ; *RJPF*, janvier 2014, p. 27, note V. EGA, A. DANNIS-FATOME, *RTDH* 2012, 23^e année, n° 89, p. 143-175, précité et CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, req. n° 18766/11 et n° 36030/11, H. FULCHIRION, D. 2015, p. 2160, F. BOULANGER, *AJ Fam.* 2016, p. 250 ; F. SUDRE, *JCPG* 2015, n° 36, p. 1529, T. COUSTET, *Dalloz actualité*, 30 juillet 2015 ; M. ROUILLARD, *AJ. Fam.* 2015, p. 615, précité. Ces deux arrêts où la CEDH constate que la tendance européenne actuelle est de reconnaître l'union civile homosexuelle, les Etats membres doivent aujourd'hui adopter une législation allant dans le sens de cette ouverture sous peine de commettre une discrimination.

¹³⁶⁹ V. Notamment : G. PUPPINCK, « CEDH : la reconnaissance et la protection légale des relations homosexuelles stables sont un droit de l'homme », *RLDC*, n° 132, Décembre 2015.

¹³⁷⁰ V. CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*, req. n° 54270/10, D. 2012, p. 1963, et D. 2013, p. 671, obs. H. GAUMONT-PRAT ; *AJ. fam.* 2012, p. 552, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2013, p. 67, note C. BENOS ; *RDT civ.* 2012, p. 697, obs. J.-P. MARGUENAUD.

¹³⁷¹ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1. Pour une vision détaillée de l'ouverture de la PMA au sein de l'Europe : V. Annexes.

¹³⁷² V. CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 78 et 118, D. 2011, p. 2870, D. 2012, p. 1230, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *AJDA* 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ. fam.* 2011, p. 608, obs. A. MIRKOVIC ; *RTD civ.* 2012, p. 283, obs. J.-P. MARGUENAUD.

¹³⁷³ Réf. Article L. 2141-2 du Code de Santé publique qui prévoit : « *L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ».

transsexualisme a néanmoins révélé son caractère relatif face à l'évolution des conceptions sociales¹³⁷⁴. Par conséquent, alors même que la France fait figure de précurseur en s'engageant sur la voie du mariage des couples de même sexe, et prend de ce fait une longueur d'avance sur les standards européens actuels, il se pourrait néanmoins qu'à l'avenir, la Cour européenne des droits de l'homme lui impose d'aller plus loin encore, et de tirer toutes les conséquences de ce choix de société au nom du principe de non-discrimination¹³⁷⁵.

530. A l'égard de la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci a œuvré dans la même direction que la Cour européenne des droits de l'homme, mais avec des occasions et des instruments juridiques plus limités jusqu'au traité d'Amsterdam. Elle a d'abord procédé en la matière par encouragements, en adoptant plusieurs résolutions qui invitent les Etats membres à se doter d'une législation autorisant le mariage et l'adoption homosexuels. Après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam grâce à une directive de 2000 en vertu de laquelle a été posée l'interdiction expresse, pour la première fois au niveau de l'Union, la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle sur le lieu de travail¹³⁷⁶. Le traité et la directive ayant ainsi introduit ce concept nouveau de discrimination liée à l'orientation sexuelle, la Cour de Luxembourg a trouvé le fondement juridique qui lui manquait. Dans son arrêt *Maruko* qui portait sur l'application de la directive, elle a ainsi jugé que les couples homosexuels reconnus par un statut légal de partenariat, quels qu'en soient le contenu, la forme ou l'appellation et à condition que le juge national considère le statut équivalent à celui du mariage, devaient naturellement être traités sur un pied d'égalité dans le cadre du travail¹³⁷⁷. L'assimilation des couples homosexuels unis civilement aux personnes mariées

¹³⁷⁴ Réf. CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, D. 2003, p. 2032, note A.-S. CHAVENT-LECERE, 525, obs. BIRSAN, 1935, obs. J.-J. LEMOULANT; *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. HAUSER, p. 862, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2012, p. 1277, chron. J.-F. FLAUSS, *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER, précité. Dans cet arrêt la Cour opère un revirement de jurisprudence et dégage à partir d'une interprétation évolutive de l'article 12 de la Convention un droit au mariage pour les transsexuels. La Cour estime dorénavant que la différence de sexe comme condition du droit de se marier ne doit plus être déterminée en fonction des critères purement biologiques mais en fonction du sexe sociologique qui devait être devenu le sexe juridique. Les transsexuels ne peuvent plus ainsi être privés du droit de se marier sous peine d'une violation de l'article 12 de la Convention. Pour la jurisprudence antérieure : V. CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*, série A n° 106, *JDI* 1987, p. 786 ; CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, req. n° 10843/8 et CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Unis*, req. n° 22985/93 et n° 23390/94, précités.

¹³⁷⁵ Le Comité des ministres recommande aux Etats membres qui autorisent la procréation assistée aux femmes célibataires d'en garantir l'accès « sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ». Recommandation CM/Rec du 31 mars 2010.

¹³⁷⁶ Directive n° 2000/78/CE (directive-cadre) du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L303/16. Cette directive répondait à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans l'affaire *Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd.* V. CJCE, 17 février 1998, C- 249/96. Il s'agissait d'un refus d'accorder les avantages de transport à la compagne de l'employée d'une société ferroviaire en raison du fait qu'elles avaient le même sexe. Malgré les conclusions de l'avocat général ELMER, la Cour avait jugé que ce n'était pas une violation de l'article 119 (aujourd'hui article 157 TFUE) concernant l'égalité en matière de rémunération. A la suite de cet arrêt, le traité d'Amsterdam en 1999 a introduit l'article 13 CE (aujourd'hui article 19 TFUE) ainsi que la directive n° 2000/78 sur l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de l'emploi et du travail.

¹³⁷⁷ V. CJCE, 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, Rec. I-01757 ; *AJDA* 2008, p. 871, chron. E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT ; D. 2008, p. 1873, note C. WEISSE-

s'opère aussi progressivement. Au titre de la lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, la CJCE s'est encore prononcée dans une affaire *Römer* au sujet d'une pension de retraite perçue par un partenaire enregistré qui était inférieure à celle perçue par une personne mariée¹³⁷⁸.

531. Sur le plan législatif, l'Union s'est montrée également très active. En 2003, la directive sur le groupement familial¹³⁷⁹ et en 2004 celle sur la liberté de circulation des citoyens de l'Union¹³⁸⁰ ont été l'occasion de favoriser l'intégration du partenaire homosexuel parmi les membres de la « famille » du citoyen européen et d'y attacher tous les droits prévus par ces textes. Pour les ressortissants des pays tiers, le regroupement familial, quant à lui, ne vise encore que les conjoints mariés. En 2004, la directive sur la libre circulation des citoyens de l'Union traite la question sous l'angle de la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des partenariats et mariages conclus entre personnes de même sexe. Elle prescrit notamment que le partenaire enregistré d'un citoyen de l'Union, exerçant sa liberté de circulation, jouit du droit de résider dans l'Etat d'accueil à deux conditions : si le partenariat est bien enregistré sur la base de la loi d'un Etat membre et si dans l'Etat d'accueil les effets du partenariat sont équivalents à ceux du mariage¹³⁸¹. Il n'est cependant pas encore clairement affirmé que les mariages conclus entre personnes de même sexe seraient, dès lors, reconnus au sein de l'Union au titre de l'exercice des droits de libre circulation¹³⁸². Le législateur européen respecte ici, les législations nationales des Etats tout en déduisant de l'existence de tels statuts dans les pays d'origine et d'accueil des effets de droit pour le partenaire homosexuel du citoyen européen. Mais il semble disposé à s'en affranchir lorsqu'il stipule que les Etats doivent favoriser « l'entrée et le séjour du partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée »¹³⁸³.

532. Les textes sont plus clairs s'agissant des enfants élevés par le couple homosexuel. La directive n° 2003/86 relative au droit au regroupement familial et au droit de non- discrimination

MARCHAL ; *ibid.* p. 1786, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *ibid.* p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; *AJ. fam.* 2008, p. 215, obs. F. C ; *RTD civ.* 2008, p. 458, obs. M. SCHMITT ; *RTD civ.* 2008, obs. J. HAUSER. Il s'agissait en l'espèce du droit à la pension de réversion en faveur du partenaire survivant. Elle partage ici l'avis de la CEDH dans l'affaire *Burden c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n° 13378/05.

¹³⁷⁸ V. CJCE, 10 mai 2011, *Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, D. 2011, p. 1485 ; *ibid.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; RMCUE 2013, p. 313, chron. EKATERINI SABATAKAKIS.

¹³⁷⁹ V. Directive n° 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12.

¹³⁸⁰ V. Directive n° 2004/38/ CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, JOCE L 158, 30 avril 2004, p. 77-123, art. 2.2 b.

¹³⁸¹ Les « membres de la famille » du citoyen européen incluent donc les partenaires non mariés avec lesquels ce citoyen de l'Union a « contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un Etat membre, si, conformément à la législation de l'Etat d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'Etat membre d'accueil. » V. Article 2 et 3 de la Directive n° 2004/38.

¹³⁸² V. Directive n° 2004/38/CE, article 2, § 2, b.

¹³⁸³ V. Directive n° 2004/38/CE, article 3, § 2, b.

exige que les enfants puissent jouir du droit d'entrée et de séjour indépendamment du statut juridique et de l'orientation sexuelle de leurs parents. Dans le cas des Etats membres dont la législation n'admet pas le mariage ou le partenariat entre personnes du même sexe, cette asymétrie juridique pourrait en effet empêcher l'enfant de vivre avec ces deux « *parents* » homosexuels¹³⁸⁴.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme alignée sur celle du droit de l'Union a permis de faire émerger des questions relatives aux minorités sexuelles jusqu'à un sujet aussi complexe que celui de la constitution d'une famille. Il s'agit d'encourager la progression d'un nouveau « *consensus* » européen de plus en plus ouvert à la reconnaissance du mariage et de l'adoption homosexuelle. Une manière d'inciter à l'avenir les pays encore réticents à s'engager sur la même voie.

B - A l'égard du consensus européen

533. L'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe ne bouleverse pas le paysage européen actuel du modèle familial. A ce jour, seule une poignée d'Etats, pour la plupart à l'Ouest, a franchi le pas pour une redéfinition du mariage¹³⁸⁵ et de l'adoption¹³⁸⁶. Parmi l'immense majorité des Etats de l'Europe, il y en a certains qui ne reconnaissent aucun statut légal ou droits patrimoniaux aux couples de même sexe ; ni mariage, ni partenariat enregistré, ni droits de cohabitation¹³⁸⁷. De façon plus générale, l'homosexualité est toujours punie d'emprisonnement, voire de mort¹³⁸⁸, de sévices corporels, de déportation ou de travaux forcés dans une soixantaine de pays¹³⁸⁹. Ainsi, le consensus européen n'est pas au mariage homosexuel et à la parentalité homosexuelle mais très massivement au *statu quo*, c'est-à-dire à la définition traditionnelle assise sur le modèle biologique homme-femme. La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe contribuerait donc plutôt à creuser la division avec l'immense

¹³⁸⁴ V. Directive n° 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial, 22 septembre 2003, JO L 251.

¹³⁸⁵ Aujourd'hui, 13 pays européens (dont 11 membres de l'Union européenne) ont en effet étendu le mariage aux couples de même sexe : les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Suède et la Norvège (2009), le Portugal et l'Islande (2010), le Danemark (2012), la Grande-Bretagne (Angleterre et Pays de Galles 2013 et Ecosse 2014), le Luxembourg et l'Irlande (2015). Il faudra notamment rajouter prochainement à cette liste la Finlande, la loi adoptée par le Parlement finlandais le 28 novembre 2014 entrera en vigueur à partir de mars 2017. Pour un récapitulatif du mariage homosexuel en droit comparé : V. Annexes.

¹³⁸⁶ Dans l'Union européenne 12 pays autorisent l'adoption homosexuelle : les Pays-Bas (2001), la Suède (2005), le Royaume-Uni (Ecosse en 2009, Angleterre et Pays de Galles en 2005), la Belgique et le Danemark (2009), la France (2013), l'Espagne (2013), la Malte et le Luxembourg (2014) et le Portugal, l'Irlande, l'Autriche (2015). Pour un récapitulatif de l'adoption homosexuelle en droit comparé : V. Annexes.

¹³⁸⁷ Par exemple : Albanie, Arménie, Bulgarie, Estonie, Macédoine, Monténégro, Pologne, Roumanie, Serbie, Ukraine.

¹³⁸⁸ Par exemple : Mauritanie et Soudan.

¹³⁸⁹ Par exemple : Algérie, Bangladesh, Botswana, Cameroun, Chine, République démocratique du Congo, Émirats arabes unis, Equateur, Éthiopie, Îles Fidji, Guyana, Jamaïque, Kenya, Libye, Malaisie, Maroc, Mozambique, Nicaragua, Nigeria, Oman, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Singapour, Sri Lanka, Syrie, Tanzanie, Togo, Zambie. V. Annexes : L'Etat de l'homophobie dans le monde.

majorité de ses partenaires, en particulier ceux de l'Est européen. Une telle arithmétique pourrait-elle cependant évoluer à la faveur du ralliement de la France à la dynamique actuelle du droit transnational européen des minorités sexuelles ?

534. Il ne faut pas sous-estimer la portée symbolique qu'elle telle réforme française peut avoir dans le regard de ceux qui, en Europe et dans le monde, voient encore la France comme un modèle. Cette réforme constitue un fort argument à tous les groupes de pression, qui dans les pays réticents, militent encore avec peine en faveur des droits LGBT¹³⁹⁰. La loi française n° 2013-404 du 17 mai 2013 ne fait pas que se conformer à la libéralisation juridique impulsée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne¹³⁹¹, elle entend anticiper et soutenir les deux organisations européennes dans leurs efforts pour bâtir une coalition d'Etats de l'égalité des droits des homosexuels en matière de mariage et de parentalité afin de renverser l'actuel consensus qui s'y oppose.

535. L'émergence politique des revendications homosexuelles provoque généralement, à des rythmes différents selon les pays, une libéralisation du droit dans l'ordre suivant : dépénalisation du rapport homosexuel, égalisation de l'âge légal de consentement (majorité sexuelle), lois anti-discrimination, reconnaissance d'une conjugalité homosexuelle *via* des partenariats enregistrés (PACS) pour régler les difficultés patrimoniales, avant de passer le cap de l'accès au mariage et à la parentalité¹³⁹². Ces évolutions sociétales et juridiques observées dans certains Etats ont servi de point d'appui aux juges de Strasbourg pour se référer à un nouveau « *consensus européen* » sur les droits des LGBT afin de l'encourager. Dans l'affaire *Goodwin c/Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg s'était largement appuyée sur l'étude réalisée par une ONG, identifiant, pays par pays, les possibilités de faire traduire dans les documents d'état civil le changement de sexe des transsexuels¹³⁹³. De même, dans l'affaire *Dudgeon c/Royaume-Uni*, elle s'était fondée sur l'observation d'une « *tolérance accrue à l'égard du comportement homosexuel (...) dans la grande majorité des Etats membres* »¹³⁹⁴. De longue date, les chercheurs ont observé une corrélation très

¹³⁹⁰ Lesbiennes, Gays, Bisexuels et Transgenres.

¹³⁹¹ Réf. A- de ce §2.

¹³⁹² C'est d'ailleurs l'ordre chronologique constaté de la reconnaissance des droits des homosexuels en France. V. Annexes : L'évolution des droits des homosexuels en France.

¹³⁹³ CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, *AJDA* 2002, 1277, chron. J.-FLAUSS ; *D.* 2003, p. 525, obs. C. BIRSAN ; *ibid*, 1935, chron. J.-LEMOULAND ; *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONÉGER ; *RDT civ.* 2002, p. 782, obs. J. HAUSER ; *ibid*, 862, obs. J.-P MARGUENAUD. Dans cet arrêt, adopté à l'unanimité, la Grande Chambre énonce que : « *par l'art. 12, se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la branche de la disposition actuelle* ». (§98) Elle se déclare : « *pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes (l'homme et la femme) impliquent que le sexe doivent être déterminé selon des critères purement biologiques* ».

¹³⁹⁴ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n° 7525/76, précité : « *notamment une évolution rapide des attitudes sociales envers les couples de même sexe* ».

nette entre l'évolution de la jurisprudence de Strasbourg et celle des droits correspondants dans les pays européens, avec ou sans véritable consensus au sein de l'opinion publique. L'adaptation du droit national à cette jurisprudence peut prendre trois formes.

536. La traduction dans l'ordre juridique interne des arrêts de la CEDH s'opère naturellement par la voie du contrôle exercé par les juges nationaux. Les juges hongrois en 2002 et portugais en 2005 s'étaient appuyés sur la jurisprudence *Sutherland c/Royaume-Uni* pour censurer les dispositions créant une discrimination en matière de majorité sexuelle¹³⁹⁵. De même, sur la base de l'arrêt *Goodwin c/Royaume-Uni*¹³⁹⁶, la Cour suprême irlandaise avait validé la loi nationale empêchant la modification du certificat de naissance à la suite d'un changement sexe¹³⁹⁷. Lors de l'affaire *Lustig-Prean et Bekett c/Royaume-Uni*¹³⁹⁸, la Cour a condamné le Royaume-Uni qui interdisait aux personnes ouvertement homosexuelles de servir dans les forces armées. Les militants LGBT et partis progressistes des autres pays ont pu alors faire valoir que les interdictions subsistantes violaient la Convention. Et, au terme d'une controverse avec le ministre allemand de la Défense sur un cas similaire, le parti libéral d'opposition FDP avait invoqué le précédent pour l'infléchir la position du gouvernement : « *la Cour européenne a déjà jugé que la discrimination des soldats homosexuels constitue une violation des droits de l'homme. Même si l'arrêt concernait un soldat britannique, il est clair que le jugement s'applique directement à l'armée allemande* ». Cet épisode permet de noter que le gouvernement allemand, alors pourtant social-démocrate, mais initialement favorable au maintien des restrictions concernant les homosexuels, s'est rapidement incliné devant le rappel de la jurisprudence européenne.

537. Les négociations d'adhésion des pays candidats sont une troisième voie d'influence pour la jurisprudence de la CEDH. Au sujet de l'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe, le rapporteur avait « *noté avec inquiétude que, en vertu de l'art. 200 du Code pénal roumain, les actes homosexuels pratiqués en privé entre adultes consentants demeurent une infraction pénale* » ;

¹³⁹⁵ CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c/ Royaume-Uni*, n° 25186/94, précité.

¹³⁹⁶ CEDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, *AJDA* 2002, 1277, chron. J.-FLAUSS ; *D.* 2003, p. 525, obs. C. BIRSAN ; *ibid*, 1935, chron. J.-LEMOULAND ; *RDSS* 2003, p. 137, obs. F. MONEGER ; *RDT civ.* 2002, p. 782, obs. J. HAUSER ; *ibid*, 862, obs. J.-P MARGUENAUD, précité.

¹³⁹⁷ Ces exemples hongrois, portugais et irlandais démontrent, de manière remarquable, que la jurisprudence de Strasbourg exerce une influence plus forte dans les pays initialement les plus réticents à une telle libéralisation du droit. Car les tribunaux ont alors cette ressource et cette obligation de s'appuyer sur les précédents européens jugés à Strasbourg, pour reconnaître des droits spécifiques aux LGBT. En d'autres termes, là où les avocats des minorités sexuelles peinent à obtenir la satisfaction législative directe de leurs revendications, faute d'adhésion démocratique véritable, ils obtiennent auprès des juges s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. C'est toutefois principalement par l'intervention directe du législateur que s'effectue la mise en œuvre de la jurisprudence européenne des droits de l'homme. L'effet marginal des décisions européennes apparaît d'autant plus important dans les pays où l'opinion publique est la plus réticente s'agissant des réformes sociétales, mais dont le gouvernement est dirigé par un parti ou une coalition non hostiles à de telles évolutions.

¹³⁹⁸ CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Bekett c/ Royaume-Uni*, n° 31477/96 et n° 32377/96.

ce qui constitue une violation de l'article 8 de la Convention¹³⁹⁹. Il en a été de même pour l'adhésion à l'Union européenne. Bien qu'à l'époque la défense des droits des LGBT n'entraîne pas dans la compétence communautaire, la Commission s'était largement fondée sur la jurisprudence de Strasbourg : « Dans la pratique, la Conv. EDH a fourni le standard juridique des droits homosexuels dans le cadre du processus de préadhésion »¹⁴⁰⁰.

538. Les changements législatifs consécutifs aux arrêts de la Cour ne sont pas immédiats et massifs. En particulier, sur le versant oriental du continent européen, les gouvernements et les opinions publiques sont clairement opposés à la reconnaissance de droits ou statuts spécifiques pour les personnes LGBT. Mais le « consensus européen » fréquemment invoqué par la Cour pour justifier qu'elle censure une violation de la Convention n'est pas un véritable consensus, c'est-à-dire une convergence de vue oscillant entre la très large majorité et l'unanimité. Pour la Cour, le « consensus européen » n'implique même pas une majorité d'Etats. Lorsque l'affaire *Sutherland c/Royaume-Uni*¹⁴⁰¹ a été jugée, à peine la moitié des Etats membres avait adopté un âge légal pour le consentement aux relations homosexuelles. Pourtant, cet arrêt a été le déclencheur de réformes en ce sens dans plusieurs pays du Conseil de l'Europe. De même, au moment de l'affaire *Lustig-Prean c/Royaume-Uni* en 1999¹⁴⁰², moins de la moitié des Etats membres avaient adopté des législations anti-discrimination à l'égard des homosexuels¹⁴⁰³. Il reste que la propension des juges de Strasbourg à constater des violations et celle des gouvernements à adopter ces réformes ont pu être influencées conjointement par les mêmes évolutions dans les perceptions sociales et politiques.

539. A l'analyse de la jurisprudence européenne et de son impact, plusieurs constats s'imposent. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne se sont montrées de plus en plus réceptives à élargir l'éventail des droits accordés aux LGBT, au rythme où ces problématiques s'installaient sur la place publique. Ensuite, les juridictions et le législateur européens ont procédé à petits pas, par la technique du « consensus » et sans trop brusquer les gouvernements et surtout les opinions publiques qui n'y étaient pas encore prêtes. Cependant, une fois que la Cour a statué, la fameuse « marge d'appréciation » des Etats s'en trouve réduite à peau de chagrin. Il apparaît qu'une fois franchi le pas de constater à ce titre une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg comme les Etats ont

¹³⁹⁹ Conseil de l'Europe, 1993.

¹⁴⁰⁰ Kochenov 2007, 30 cité par L.R HELFER et E. VOETEN, « International Courts as Agent of Legal Change : Evidence from LGBT Rights in Europe », International Organization, vol. 67, 2013.

¹⁴⁰¹ CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c/ Royaume-Uni*, n° 25186/94, précité.

¹⁴⁰² CEDH, 27 septembre 1999, *Lustig-Prean et Bekett c/ Royaume-Uni*, n° 31477/96 et n° 32377/96, *RTD civ.* 1999, p. 917, obs. J.-P MARGUENAUD.

¹⁴⁰³ Au cours de la décennie qui a suivi, pas moins de seize pays ont entrepris de réformer leur droit. L'importante étude réalisée à ce sujet par L. HELFER et E. VOETEN suggère ainsi que les arrêts de la Cour ont pu largement influencer l'agenda des changements législatifs et politiques à l'égard des revendications LGBT.

ensuite observé fidèlement la nouvelle jurisprudence au moment d'examiner des affaires similaires ultérieures, y compris lorsque le pays en cause se révélait moins libéral que la Cour¹⁴⁰⁴. Enfin, si les litiges se sont concentrés initialement sur quelques pays, notamment l'Autriche, Allemagne, le Royaume-Uni et plus récemment la France, il est bien entendu que les arrêts de la Cour ont un effet *erga omnes* et que sa jurisprudence a vocation à faire boussuler les choses là où se rencontrent les plus fortes résistances. La CEDH soutenue par l'Union européenne à travers ses politiques anti-discriminations et de libre circulation, a ainsi profondément contribué à réduire les différences législatives entre les pays européens matière de droits LGBT. Cette harmonisation progressive n'a été possible, malgré un soutien public généralement faible, qu'à la faveur de la primauté et de l'effet direct de la norme supranationale, et par le relais fonctionnel, des juges et gouvernements nationaux soucieux de se conformer au droit européen du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. En s'inscrivant dans la logique du « progrès », de telles législations ne seront vraisemblablement jamais remises en cause¹⁴⁰⁵ à l'occasion d'un changement de majorité politique par exemple, d'autant plus que ce droit empêche, en tout cas juridiquement, ce qui serait jugé comme « *un retour en arrière* ».

540. Les revendications encore insatisfaites à l'échelle de l'Europe en termes d'accès au mariage et à la parentalité pour les homosexuels pourraient être peu à peu résolues soit par la juridiction du Conseil de l'Europe appliquant la Convention européenne des droits de l'homme, soit désormais par la Cour de justice de l'Union au moyen des nouveaux instruments que lui procure la Charte des droits fondamentaux à laquelle le traité de Lisbonne a conféré une valeur juridique contraignante. Depuis l'entrée en vigueur de la Charte¹⁴⁰⁶, en effet, les juges européens semblent bien dotés juridiquement pour faire émerger un droit européen au mariage et à la parentalité homosexuels. Il faut souligner l'évolution notable entre la formulation du droit au mariage par la Convention et celle de la Charte. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'image de tous les textes internationaux, affirme qu'« *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ». Les rédacteurs de la Charte, à l'article 9, ont préféré ne pas préciser le sexe des titulaires du droit au mariage : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont*

¹⁴⁰⁴ V. Par exemple, CEDH, 11 avril 2011, *Alexeïev c/ Russie*, n° 4916/07, *AJDA* 2011, p. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, où la Cour a rejeté l'argument selon lequel les valeurs conservatrices religieuses, morales et culturelles en Russie devraient être prises en compte lors de l'examen d'une requête à l'encontre de l'interdiction de la Gay Pride.

¹⁴⁰⁵ L'exemple de retour en arrière est celui de la Cour suprême polonaise qui a d'abord reconnu le droit au changement d'état civil des transsexuels en 1978, avant de revenir sur cette jurisprudence en 1989 et finalement de la rétablir en 1991.

¹⁴⁰⁶ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rassemble dans un même document les libertés et droits fondamentaux protégés dans l'Union européenne. La Charte comprend des droits et des libertés sous six titres: Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité, Citoyenneté et Justice. Proclamée en 2000, la Charte est devenue juridiquement contraignante dans l'Union européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009.

garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. » Il s'agit d'une innovation remarquable de la Charte par rapport à la Convention. Non seulement elle dissocie le droit de se marier de celui de fonder une famille, ce qui permet notamment de prendre en compte les familles assises sur d'autres formes d'unions que le mariage, mais elle ne précise pas le sexe des partenaires de ladite union ; ce qui ouvre, entre autres, la voie aux unions maritales homosexuelles¹⁴⁰⁷. De l'union à la parentalité, il n'y a qu'un pas.

D'ailleurs, la question de la PMA et de la GPA fait d'ores et déjà l'objet d'un « *consensus* » en la matière. Certains pays européens ont déjà légalisé ces deux techniques d'accès à la parentalité homosexuelle¹⁴⁰⁸. En revanche, la loi du n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a été l'occasion d'amorcer le débat de la PMA et la GPA pour finalement rappeler le maintien de la prohibition en France de ces deux pratiques médicales aux homosexuels. (Chapitre 2).

¹⁴⁰⁷ La Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs utilisé cet article 9 de la Charte des droits fondamentaux dans son arrêt pour conclure qu'aucuns textes internationaux n'obligent à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. V. CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B.

¹⁴⁰⁸ V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1 et 2.

Chapitre 2 - Les débats amorcés par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013

« La PMA est ouverte aux couples hétérosexuels. Le débat porte donc sur la question de l'ouvrir aux couples de même sexe. Un débat qui ne remet nullement en cause le mariage pour tous, légalisé en 2013 et soutenu par une large majorité de Français ». La position du Gouvernement sur la légalisation de la gestation pour autrui est claire : « la GPA est et restera interdite en France. C'est le choix très ferme du président de la République et de son gouvernement. La France n'a jamais varié sur ce sujet ». Il y a « une pratique intolérable de commercialisation des êtres humains et de marchandisation du corps des femmes » face à laquelle « il faut affirmer des principes »¹⁴⁰⁹.

541. Après le vote de la loi de 2013, les débats se sont focalisés sur la volonté du gouvernement d'ouvrir ou pas la PMA, voire la GPA, dans la logique de l'ouverture qu'il venait de mettre en place avec le mariage destiné aux personnes de même sexe. En effet, il devenait légitime de s'interroger sur ce qu'il adviendrait de l'encadrement ou de l'interdiction de ces deux techniques, même si le président de la République affirmait avec une certaine solennité qu'il n'était pas question de revenir sur les réserves déjà exprimées tant sur la PMA que la GPA.

La PMA, depuis l'origine a été autorisée uniquement pour les couples qui se retrouvent dans l'incapacité médicale de procréer. Un encadrement précis qui de fait exclut les couples homosexuels, y compris ceux qui se seraient mariés grâce à l'application de la loi de 2013. Pourtant, il existe des possibilités de contourner la loi pour profiter de la PMA pour constituer une famille homosexuelle. Il s'agit principalement pour le couple homosexuel de bénéficier d'une PMA effectuée à l'étranger puis d'adopter en appliquant l'article 345-1 du Code civil.

¹⁴⁰⁹ Interview de Manuel Valls accordé au Journal *La Croix* le 2 octobre 2014. V. « La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA », *La Croix*, 2 octobre 2014.

Ces restrictions apportées à la PMA ne font pas l'unanimité, et nombreux étaient ceux qui souhaitaient profiter du vote de la loi de 2013 pour obtenir un assouplissement de la PMA. Le gouvernement n'a pas souhaité aller dans ce sens, malgré les pressions insistantes de sa propre majorité. Depuis le débat concernant l'évolution de la PMA tourne surtout autour de la possibilité de l'ouvrir aux femmes homosexuelles (Section 1).

542. La discussion autour de la GPA est a priori plus simple puisque celle-ci jouit d'une interdiction totale en France, régulièrement réaffirmée par les autorités politiques. Peu de groupes de pression argumentent pour demander la fin de l'interdiction. En revanche, il ne manque pas d'arguments pour en justifier l'assouplissement au nom en particulier d'un principe de réalité qui fait qu'à partir du moment où la GPA est pratiquée dans d'autres pays que la France, y compris en Europe, il est difficile de laisser la France dans une sorte d'autarcie juridique déconnectée du reste du monde (Section 2).

Section 1 - La question de l'ouverture de la PMA

543. Le vote de la loi de 2013 n'a rien changé en matière d'accès à la PMA. Les conditions qui prévalaient avant 2013 sont les mêmes que celles qui prévalent après le vote de la loi. Clairement, seul le couple hétérosexuel y a accès. Dès lors, il est de notoriété publique que de nombreux couples homosexuels pratiquent la PMA à l'étranger et adoptent l'enfant né ainsi. Une situation que la loi de 2013 pourrait aggraver puisque les couples de femmes étant désormais autorisées à se marier et qu'elles sont ainsi en mesure d'adopter il devient aisé d'user du stratagème de la PMA pratiquée à l'étranger. Or la position de la Cour de cassation est que la manière dont est conçu l'enfant ne doit pas avoir de conséquences sur son adoption. La sécurité juridique et l'intérêt de l'enfant sont ainsi respectés (§1).

544. Face à cette situation peu tenable sur le long terme, de nombreux arguments plaident en faveur de l'ouverture de la PMA en France, en particulier celui selon lequel la reconnaissance de la PMA pour les femmes homosexuelles permettrait de mettre fin à l'hypocrisie décrite plus haut. Sans compter qu'il est difficile de contrôler ce que l'on nomme la « procréation assistée artisanale » qui finalement met en danger la femme elle-même. A l'opposé, il est possible d'entendre l'argument lequel l'ouverture à la PMA serait un moyen peu défendable de mettre un terme à la procréation naturelle entre un homme et une femme (§2).

§ 1 - Une fermeture maintenue par le droit français

545. Le couple homosexuel n'est pas autorisé à recourir à la PMA malgré l'évolution apportée par la loi de 2013. Dans ce contexte, l'adoption est le meilleur moyen, après une PMA, de constituer une famille homosexuelle (A). Le contournement de l'interdiction est assez aisé et les TGI ont dû se prononcer sur des adoptions demandées à la suite d'une PMA pratiquée à l'étranger. Les juges ont pu faire preuve de divergence sur cette question en faisant droit aux requêtes des adoptants ou bien en les refusant. La Cour de cassation n'a pas souhaité entrer sur le terrain de la légalité de la PMA, considérant que rien ne devait permettre de s'opposer à la demande d'adoption de l'enfant y compris s'il a été conçu grâce à des techniques considérées comme illégales; une orientation conforme à celle de la CEDH qui met en avant l'intérêt de l'enfant (B).

A - Une fermeture réaffirmée par le législateur français

546. L'assistance médicale à la procréation permet de surmonter l'infertilité naturelle par diverses méthodes : l'insémination artificielle (injection de sperme) ou la fécondation *in vitro* (implantation d'un ovocyte fécondé). Elle permet ainsi aujourd'hui la naissance de près de 23000 enfants par en France¹⁴¹⁰. Malgré le succès de la PMA, la législation française l'interdit toujours aux couples homosexuels. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous n'a en effet apporté aucune modification en matière d'accès à l'AMP. Il faut dire que le mariage n'étant pas une condition d'accès à l'AMP, l'ouverture du mariage n'impliquait pas nécessairement de modification sur ce point. Le régime juridique de la PMA demeure ainsi restrictif même après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi n° 2013-404 du 17 mai de 2013 pour les couples homosexuels.

547. Ainsi, la législation française antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe relative aux conditions d'accès de la PMA demeure inchangée. Le droit français encadre toujours la PMA depuis les lois bioéthiques de 1994¹⁴¹¹, lesquelles ont été modifiées en 2004¹⁴¹² puis en 2011¹⁴¹³. Le régime juridique de la PMA est donc toujours extrêmement précis et restreint considérablement les cas dans lesquels un couple peut recourir à une procréation non naturelle. Dans ce sens, elle reste « destinée à répondre à la

¹⁴¹⁰ V. « Plus de 23 000 naissances par PMA chaque année en France », *Le Point*, 11 juillet 2013.

¹⁴¹¹ Réf. Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

¹⁴¹² Réf. Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

¹⁴¹³ Réf. Loi n° 2011-814 relative à la bioéthique.

demande parentale d'un couple »¹⁴¹⁴ hétérosexuel dont les termes de l'article L. 2141-2 al. 2 du Code de la santé publique définissant le cadre de l'AMP le prévoient expressément : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons, le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation* ». L'article L. 2141-10 du Code de la santé publique évoque aussi quant à lui des entretiens tendant à : « *vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple* ».

548. Le couple homosexuel est donc exclu de la PMA. Une lecture *a contrario* de cet article révèle aussi que les célibataires qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels sont toujours exclus dans la mesure où il est fait référence au couple¹⁴¹⁵. Enfin, L. 2141-2 al. 2 du Code de la santé publique n'envisage que deux cas de recours à la PMA : « *remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité* »¹⁴¹⁶. Or, le couple homosexuel est bien en lui-même infertile. L'identité de sexe d'un couple ne saurait d'ailleurs être vu comme pathologique, faute pour l'homosexualité de revêtir elle-même ce qualificatif. L'infertilité naturelle est la règle, naturellement indépassable et l'infertilité sociale n'est pas envisagée. C'est pourquoi l'accès aux couples homosexuels à l'AMP ne permet pas la mise en œuvre d'aucun critère médical. La PMA leur est ainsi automatiquement refusée.

549. Selon la lettre même de cette législation rigoureuse française restée en vigueur postérieurement à l'adoption de la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'assistance à la procréation n'est ainsi offerte qu'à des bénéficiaires déterminés et il ne peut s'agir que d'un couple constitué d'un homme et d'une femme, sans distinguer selon qu'ils soient ou non mariés¹⁴¹⁷. Les couples de personnes du même sexe et les personnes seules en demeurent exclus, en dépit de fortes revendications qui n'ont pas été satisfaites par la réforme de 2013¹⁴¹⁸. Ils n'auront guère le choix de se rendre à l'étranger dans des Etats étrangers où la procréation médicalement

¹⁴¹⁴ Réf. Article L. 2141-2 al. 1 du Code de la santé publique.

¹⁴¹⁵ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

¹⁴¹⁶ Par ailleurs, la contrariété à ces dispositions est toujours sévèrement sanctionnée puisque le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du Code de la santé est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende selon l'article 511-24 du Code pénal. En outre, l'insémination dite « artisanale » est également punie. L'article 511-12 du Code pénal prévoit : « *le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 1244-3 du Code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

¹⁴¹⁷ Réf. **Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique** qui a supprimé la condition de stabilité de deux années pour les concubins et les pacésés.

¹⁴¹⁸ V. §2, A et B de la Section 1 de ce chapitre.

assistée n'est pas assujettie à des règles aussi strictes¹⁴¹⁹. Recourir à l'AMP à l'étranger a toujours été un moyen pour les homosexuels de contourner la loi française et de passer outre les restrictions qu'elle pose et cela bien avant l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹⁴²⁰. D'ailleurs, le vote de cette loi va inciter encore plus les couples de femmes homosexuelles à se rendre à l'étranger pour avoir recours à la PMA.

550. En effet, les couples homosexuels femmes sont maintenant autorisés à se marier et, par voie de conséquence, à adopter. A l'instar d'un conjoint hétérosexuel, un époux homosexuel peut adopter l'enfant de son conjoint en la forme plénière dès lors que les conditions posées dans l'article 345-1 du Code civil¹⁴²¹ sont remplies. Ainsi, les couples de femmes homosexuelles peuvent se rendre à l'étranger pour pratiquer une AMP. De retour en France, elles peuvent dorénavant établir une filiation en demandant une adoption de l'enfant du conjoint. C'est finalement, une possibilité offerte aux femmes homosexuelles de contourner l'interdiction française à l'accès de la PMA pour leur permettre de constituer une famille homoparentale.

B - Une possibilité de contourner la fermeture de la PMA

551. Dès le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'adoption de l'enfant du conjoint de même sexe est également permise en vertu de l'article 345-1 du Code civil. Le risque de voir des couples de femmes homosexuelles se rendre à l'étranger pour avoir recours à une AMP et demander ensuite une adoption de l'enfant du conjoint s'est multipliée¹⁴²². Les premiers jugements rendus sur cette question ont mis en évidence une divergence de jurisprudence lorsque l'enfant à adopter est né à la suite d'une insémination artificielle avec donneur (IAD) réalisée par le couple de lesbiennes à l'étranger en violation de la loi française¹⁴²³ dont le mariage avait pu aussi être célébré en vertu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

¹⁴¹⁹ Une dizaine d'Etats admettent que les couples de femmes accèdent à la PMA : Le Royaume-Uni, l'Islande, les Pays-Bas, la Belgique, l'Autriche, l'Espagne, le Danemark, la Suède, la Norvège, la Finlande. V. Annexe : Pour un récapitulatif en droit comparé de l'accès à la PMA.

¹⁴²⁰ V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §1, A et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A.

¹⁴²¹ V. Article 345-1 du Code civil qui prévoit : « *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : 1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ; 2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ; 3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant* ».

¹⁴²² Avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la compagne de la mère ne pouvait pas demander l'adoption de l'enfant ainsi né. V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 1 et 2.

¹⁴²³ Réf. Article L. 2141-2 du Code de la santé publique précité. En l'état actuel du droit, les couples homosexuels, qu'ils soient mariés ou pas, ne peuvent pas bénéficier en France d'une technique d'assistance médicale à la procréation.

552. Certains TGI ont commencé peu de temps après l'adoption de la réforme à prononcer une telle adoption sans tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 qui renvoyait aux juridictions le soin de sanctionner et invalider ces pratiques. Saisi sur ce point, il avait en effet jugé qu' : « *il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* »¹⁴²⁴. Ce fut le cas du TGI de Lille qui a prononcé la première adoption plénière de ce type en France le 14 octobre 2013¹⁴²⁵. Il a été suivi de deux autres jugements qui ont également fait droit à des requêtes croisées en adoption, formées par chacune des épouses de l'enfant de l'autre¹⁴²⁶. En revanche, un certain nombre d'autres jugements, dans les cas assez comparables, ont refusé de faire droit aux requêtes en adoption, ce qui plaça les enfants concernés dans une situation incertaine. En effet, contrairement aux jugements des TGI de Lille et de Nanterre précédemment cités, le TGI de Versailles¹⁴²⁷ a refusé, par trois jugements de la même date et rendus sous une motivation identique, de prononcer l'adoption en retenant une fraude à la loi française¹⁴²⁸ résultant de la recherche à bénéficier d'une loi étrangère plus favorable, quoique les enfants concernés soient nés bien avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹⁴²⁹. En l'espèce, le TGI de Versailles a refusé de faire droit à la requête en adoption plénière qu'une femme avait déposée à l'égard de l'enfant biologique de son épouse, en raison du mode de conception de celui-ci. Il a considéré que : « *le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de*

¹⁴²⁴ V. Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. DIEU, *D.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, p. 954, obs. D. AUTEM, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, et p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *AJ fam.* 2013, p. 332, Etude F. CHENEDE ; *RFDA* 2013, p. 923, Etude P. DEVOLVE, et p. 936, Etude G. DRAGO ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. BRUNET ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. HAUSER ; B. MATHIEU, « Les questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, *JCP* 2013, act. 588.

¹⁴²⁵ V. TGI Lille, 14 octobre 2013, *D.* 2014, p. 1176, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.* 2014, comm. n° 4, note C. NEIRINCK.

¹⁴²⁶ V. TGI Nanterre, 8 juillet 2014, n° 13/14803 et 13/14804, *D.* 2014, p. 1669, note P. REIGNE.

¹⁴²⁷ V. TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00113 et 13/00168, *Daloz actualité*, 9 mai 2014, obs. T. COUSTET, *AJ fam.* 2014, p. 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 368, obs. C. MECARY ; *D.* 2014, p. 1787, obs. BONFILS et A. GOUTNOIRE ; *Dr. fam.* 2014, Repère 7, obs. C. NEIRINCK, et comm. 113, note P. REIGNE. V. Aussi TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE : « *Attendu (...) qu'il y a fraude lorsqu'on cherche à obtenir ce que la loi française prohibe, par des moyens détournés et formellement légaux, que ce soit en France ou à l'étranger ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer des pratiques constitutives d'un tel détournement ; que le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu (...)* ».

¹⁴²⁸ V. Dans ce sens, J. VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude en Droit français », éd. Dalloz, Paris, 1957, pp. 380 et ss., spéc. p. 390 : « La fraude a pour effet sa propre inefficacité ».

¹⁴²⁹ Autrement dit, le recours à la PMA à l'étranger pour les couples femmes de même sexe constitue une fraude à la l'accès restrictif du droit français à cette pratique médicale, limité au seul couple hétérosexuel frappé d'infertilité physique ou présentant le risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité comme le prévoit expressément l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

la loi française, constitue une fraude (...) et interdit donc l'adoption de l'enfant illégalement conçu ».

553. C'est dans ce contexte d'une jurisprudence de fond divisée¹⁴³⁰ que la Cour de cassation a été saisie pour avis¹⁴³¹ par deux juridictions¹⁴³². Elle l'a tout d'abord été par le TGI d'Avignon sur le point de droit suivant : « *L'accès à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, est-il de nature, dans la mesure où cette assistance ne lui est pas ouverte en France, en application de l'article L. 2151-2 du Code de la santé publique, à constituer une fraude à la loi sur l'adoption et notamment aux articles 343 et 345-1 du Code civil, et au Code de la santé publique, empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère biologique ?* »¹⁴³³.

554. Le TGI de Poitiers saisit ensuite la Cour de cassation d'une demande d'avis rédigée en des termes très proches : « *Le recours à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L. 2141-2 du Code de la Santé publique, est-il de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère ?* Mais la demande du TGI de Poitiers contenait par ailleurs une question complémentaire pour savoir si : «

¹⁴³⁰ V. « Adoption par des couples homosexuels : grande disparité dans les pratiques des tribunaux », *Le Monde*, 24 février 2014.

¹⁴³¹ Comme le prévoit le fondement de l'article 1031-1 du Code de procédure civile qui prévoit : « *Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3. La saisine pour avis ne fait pas obstacle à ce que le juge ordonne des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires* ».

¹⁴³² La chancellerie avait lancé, par dépêche du 5 juin 2014, une consultation, adressée aux procureurs généraux, sur le traitement par les juridictions des requêtes en adoption de l'enfant par la conjointe de la mère lorsque l'enfant est né ou supposé né d'une assistance médicale à la procréation réalisée à l'étranger. Un bilan daté le 17 juillet 2014, dressé en fonction d'une note de la Déclaration des affaires civiles et du sceau recense 684 requêtes en adoption plénière (interdisant l'établissement ultérieur de la filiation paternelle) et 27 en adoption simple. 281 décisions ordonnant le prononcé de l'adoption sollicitée ont d'ores et déjà été prononcées (254 décisions d'adoption en la forme plénière et 27 en la forme simple). Seules neuf décisions refusant le prononcé de l'adoption ont été comptabilisées (dont celles du TGI de Versailles n° 13/00113 et 13/00168, précitées et la décision du TGI d'Aix-en-Provence n° 14/01472, précité, trois décisions ont ordonné une enquête de police ou une enquête sociale et des juridictions ont saisi la Cour de cassation pour avis. (Réf. TGI Avignon n° 14/00666 *Dalloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET ; *AJ. fam.* 2014, p. 431, obs. F. BERDEAUX-GACOGNE et TGI Poitiers, 23 juin 2014, *Dalloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET.).

¹⁴³³ V. TGI Avignon, 19 juin 2014, n° 14/00666, *Dalloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET ; *AJ. fam.* 2014, p. 431, obs. F. BERDEAUX-GACOGNE, précité. Dans cet avis, la Cour de cassation était invitée à envisager la fraude non seulement à l'égard de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique comme dans la première hypothèse, mais aussi à la loi sur l'adoption. Alors que la différence de formulation des avis appelait deux réponses au fond sur la question, la Cour de cassation a prononcé dans les deux cas le même avis.

L'intérêt de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant ? »¹⁴³⁴.

555. La Cour de cassation a rendu ses deux avis le 22 septembre 2014¹⁴³⁵ destinés à mettre fin à la jurisprudence des juges du fond¹⁴³⁶. Elle tranche ainsi clairement le débat en affirmant : « *le recours à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* »¹⁴³⁷. Une telle réponse de la part de la Cour de cassation était prévisible postérieurement aux fameux arrêts GPA prononcés par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 juin 2014 dans les affaires *Mennesson* et *Labassee*¹⁴³⁸. La CEDH, a en effet, jugé que la situation d'incertitude juridique dans laquelle se

¹⁴³⁴ V. TGI Poitiers, 23 juin 2014, *Dalloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET, précité.

¹⁴³⁵ V. Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.007, Bull. civ. avis, n° 7, en réponse à la demande d'avis du TGI d'Avignon ; et Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006, Bull. civ. avis, n° 6, en réponse à la demande d'avis du TGI de Poitiers ; *Dalloz actualité*, 3 juillet 2014 et 25 sept. 2014, obs. T. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1876, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 1865, édito Rome ; A.-M LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, p. 2031 ; *AJ. fam* 2014, p. 555, obs. F. CHENEDE ; *Dr. fam.* 2014, comm. 160, note crit. C. NEIRINCK ; H. FULCHIRON, « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non) – motivation des avis de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 21.

¹⁴³⁶ V. « La Cour de cassation valide les adoptions d'enfants nés de PMA à l'étranger », *Le Monde*, 23 septembre 2014.

¹⁴³⁷ A l'analyse, d'autres solutions auraient pu prévaloir, ce qu'avait souligné le rapport de Mme LE COTTEY, conseiller référendaire consultable sur le site : www.courdecassation.fr. La Cour de cassation pouvait : 1/ Décider que le fait, pour un couple de femmes, de recourir à l'étranger à une insémination artificielle avec donneur anonyme, alors que celle-ci est réservée en France aux couples composés d'un homme et d'une femme et aux hypothèses d'infertilité médicalement constatée, constitue une fraude à la loi faisant obstacle au prononcé de l'adoption, qui est alors « l'ultime phrase d'un processus d'ensemble » destiné à échapper aux prohibitions de la loi française. 2/ Estimer que bien qu'une fraude à la loi soit constituée, celle-ci n'est pas d'une gravité telle qu'elle empêche le prononcé de l'adoption, en l'absence de violation de « principes essentiels » du droit français, établissant une distinction entre l'AMP et de la GPA. 3/ Ecarter toute fraude à la loi, dans une conception stricte de la fraude, en l'absence de modification d'un critère de rattachement de la règle de conflit de lois. Le recours à l'assistance médicale à la procréation sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme par un couple de femmes ne ferait alors qualifié de fraude à la loi, ce qui excluait qu'il puisse faire obstacle au prononcé de l'adoption de l'enfant par la conjointe de la mère. Privilégiant cette dernière analyse, l'avocat général SARCELET concluait ainsi son rapport : « nous vous proposons de répondre à la question posée en énonçant que la Cour de cassation est d'avis : « *Le recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femme n'empêche pas que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation, par l'épouse de la mère biologique, dans les conditions prévues par les articles 343 et 345-1 du Code civil* ». Cet avis a été suivi par la Cour de cassation en l'espèce. V. Conclusions de Monsieur l'avocat général J.-D. SARCELET, Demande d'avis n° J 1470007, Tribunal de grande instance d'Avignon, séance du 22 septembre 2014 à 11h, p. 11 ; Demande d'avis n° G1470006, Tribunal de grande instance de Poitiers, Séance du 22 septembre 2014 à 11h00, p.11.

¹⁴³⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11 ; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note C. NEIRINCK ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. HAFTTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note C. BERGOIGNAN-ESPER ; *RDT civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.- P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773 ; F. CHENEDE, « Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1797 ; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806 ; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184 ; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419, précité. Pour mémoire, dans ses affaires, la Cour de cassation avait, en 2011, approuvé le refus de transcription sur les registres français de l'état civil,

trouvaient ces enfants par suite du défaut de reconnaissance de leur lien de filiation dans l'ordre juridique français constituait une ingérence injustifiée. Dans l'appréciation du caractère proportionné de cette ingérence, la CEDH a été particulièrement sensible au fait de faire subir à l'enfant, qui n'en était pourtant aucunement responsable, une situation qui lui était fortement préjudiciable, et donc contraire à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* », critère qui doit guider le contrôle par la Cour de la marge d'appréciation « *étroite* » des Etats en la matière. L'avis de la Cour de cassation s'inscrit parfaitement dans cette politique de la CEDH, protectrice des intérêts de l'enfant. La Cour de cassation ne pouvait pas ainsi se prononcer autrement pour éviter à ces enfants qu'ils subissent une situation illicite dépendante de la volonté même de leurs parents et qu'ils ne se retrouvent ainsi dans une insécurité juridique permanente.

556. Ce faisant, la Cour de cassation répond aux questions posées par les TGI de Poitiers¹⁴³⁹ et d'Avignon¹⁴⁴⁰. Elle considère, dans un premier temps, que les conditions de la conception de l'enfant à l'aide d'une PMA ne doivent pas être prises en compte dans le cadre de son adoption. Selon les juridictions du fond qui ont refusé de prononcer l'adoption de l'enfant par la femme de sa mère, le fait pour un couple de femmes de recourir à une insémination artificielle légale à l'étranger pour concevoir un enfant, et de recourir ensuite en France à une adoption intraconjugale, constitue une fraude qu'il appartient au juge d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer. Le Tribunal d'Aix-en-Provence¹⁴⁴¹ s'est fondé sur la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013¹⁴⁴² relative à la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, aux termes de laquelle « *l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité, et qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant de réprimer de telles pratiques* ». Le Tribunal de grande instance de Versailles¹⁴⁴³

pour contrariété à l'ordre public international français, d'actes de naissance établis aux Etats-Unis d'enfants nés grâce au recours à une mère porteuse. En l'occurrence, il s'agissait d'enfants nés en Californie et au Minnesota au moyen des gamètes du père d'intention, de nationalité française, et grâce au recours à une mère porteuse américaine. Dans ces arrêts, la CEDH, a considéré que le refus des autorités portait atteinte au droit au respect de la vie privée, non pas des parents mais des enfants concernés, droit garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴³⁹ Réf. TGI Poitiers, 23 juin 2014, *Daloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET, précité.

¹⁴⁴⁰ Réf. TGI Avignon, 19 juin 2014, n° 14/00666, *Daloz actualité*, 3 juillet 2014, obs. T. COUSTET ; *AJ fam.* 2014, p. 431, obs. F. BERDEAUX-GACOGNE, précité.

¹⁴⁴¹ V. TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014, n° 14/01472, *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, précité.

¹⁴⁴² V. Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. DIEU, *D.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OU DOT, p. 954, obs. D. AUTEM, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, et p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *AJ fam.* 2013, p. 332, Etude F. CHENEDE ; *RFDA* 2013, p. 923, Etude P. DEVOLVE, et p. 936, Etude G. DRAGO ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. BRUNET ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. HAUSER ; B. MATHIEU, « Les questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, *JCP* 2013, act. 588, précité.

¹⁴⁴³ V. TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00113 et 13/00168, *Daloz actualité*, 9 mai 2014, obs. T. COUSTET, *AJ fam.* 2014, p. 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 368, obs. C. MECARY ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *Dr. fam.* 2014, Repère 7, obs. C. NEIRINCK, et comm. 113, note REIGNE. La position du TGI de Versailles a été infirmée par la CA de Versailles le 16 avril 2015 postérieurement à l'avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014. La CA de Versailles prononce dans le cadre de couples homosexuels, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint né d'une PMA et se range ainsi aux avis rendus par la Cour de cassation le 22 septembre 2014. Cependant, la

affirme en outre qu' « *établir une distinction entre les couples homosexuels hommes, pour lesquels le recours à la gestation pour autrui est pénalement répréhensible, et les couples homosexuels femmes qui ont physiologiquement la possibilité de mener à bien un grossesse, serait de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant la loi* ».

557. L'avis de la Cour de cassation ne contient dans ce sens aucune motivation et ne répond donc à aucun des arguments soulevés tant par les partisans d'une admission de l'adoption de l'enfant né par PMA que par les partisans de son refus. Il convient de rechercher ses motivations dans le rapport de Mme RACHEL LE COTTY¹⁴⁴⁴, conseiller référendaire, dont les conclusions ne sont cependant pas publiques et dans l'avis de M. SARCELET, avocat général dont les préconisations ne sont pas totalement suivies par la Cour de cassation, qui accompagne l'avis de la Cour et dont il est probable qu'elle s'est inspirée¹⁴⁴⁵. La formule selon laquelle : « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère* », peut soit signifier qu'il n'y a pas de fraude, soit signifier, comme semble le considérer l'avocat général, que cette fraude « *caractérisée par le recours à assistance médicale à la procréation dans des conditions où elle n'est pas ouverte en France* », ne doit pas empêcher que soit prononcée l'adoption par le conjoint de l'enfant ainsi conçu¹⁴⁴⁶. En effet, si l'article 16-7 du Code civil¹⁴⁴⁷ prohibe toute convention portant sur la gestation pour autrui, aucune disposition relative au respect du corps humain n'interdit l'assistance médicale à la procréation. Ainsi, la Cour de cassation déduit que le contournement des règles françaises de PMA ne justifie pas la mise à l'écart de la loi française qui autorise l'adoption de l'enfant du conjoint. Cela peut se comprendre car la fraude ne tient pas en soi dans l'adoption de l'enfant du conjoint en application du droit français, mais dans la naissance de l'enfant par PMA¹⁴⁴⁸.

CA prend soin de souligner que l'accueil et le prononcé de la demande d'adoption supposent, d'une part, le respect des conditions posées par la loi et, d'autre part, le contrôle de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. V. CA Versailles, 16 avril 2015, n° 14/04243, n° 14/04244, n° 14/04253 et n° 14/05356 confirmé par la CA Aix-en-Provence, 14 avril 2015, n° 14/13137.

¹⁴⁴⁴ Le rapport de Madame RACHEL LE COTTY est consultable sur le site : www.courdecassation.fr.

¹⁴⁴⁵ L'avis de M. SARCELET est aussi consultable sur le site : www.courdecassation.fr.

¹⁴⁴⁶ Le grief de la fraude, visé communément dans le libellé des deux questions posées, n'a pas été directement mentionné dans les avis donnés en réponse. Cela incite à penser que l'atteinte portée à l'ordre public, par voie d'évitement des dispositions du droit français sur l'assistance médicale à la procréation et qui concernait donc le mode de conception de l'enfant à naître, ne présenterait pas un degré de gravité tel qu'elle ferait obstacle au prononcé de l'adoption lorsque toutes les conditions légales de celle-ci seraient réunies et, surtout, lorsque l'adoption serait conforme à l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, la Cour de cassation écarte la solution fondée sur la fraude à la loi, tirant les conséquences de la loi du 17 mai 2013, qui a eu pour effet de permettre, par adoption, l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes de même sexe, sans aucune restriction relative au mode de conception de cet enfant. V. Dans ce sens, C. BERLAUD, « PMA : la Cour de cassation se prononce sur l'adoption par l'épouse de la mère d'un enfant conçu à l'étranger par insémination », *Gaz. pal.* 2 octobre 2014, n° 275.

¹⁴⁴⁷ L'article 16-7 du Code civil prévoit : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ».

¹⁴⁴⁸ V. P. CALLE, « Mariage homosexuel et adoption de l'enfant du conjoint né par procréation médicalement assistée à l'étranger », *Deffrénois*, 30 décembre 2014, n° 24.

558. La solution rappelle celle de l'arrêt du 8 juillet 2010¹⁴⁴⁹ dans lequel la Cour de cassation avait affirmé que « *le refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant* ». Certaines dispositions du droit français n'ont pas une importance telle que leur contournement par des dispositions étrangères favorables constitue une atteinte à l'ordre public. L'avis du 22 septembre 2014 permet de penser qu'il en va ainsi des conditions de l'accès à la PMA prescrites par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, contrairement à ce que la Cour de cassation a pu décider pour les enfants nés de convention de gestation pour autrui à l'étranger¹⁴⁵⁰.

559. Comme le souligne le rapport de Madame LE COTTY, le principe est que l'illicéité originaire des conditions de conception est indifférente pour l'établissement ultérieur d'une filiation adoptive. Seules deux exceptions donnent lieu à un contrôle des conditions de conception des enfants : « *la gestation pour autrui, car elle fait intervenir le corps d'une autre femme que la mère d'intention, et l'inceste absolu car l'article 310-2 du Code civil interdit expressément tout lien de filiation* ». L'avocat général souligne dans son avis que « *les débats parlementaires ont montré combien l'assistance médicale à la procréation ne pouvait pas demeurer étrangère à la reconnaissance du mariage des couples de même sexe* ». Lors du vote de la loi du 17 mai 2013, il apparaissait évident, même aux détracteurs du mariage pour tous, que l'ouverture de celui-ci aux couples de même sexe allait permettre la création par la voie de l'adoption de familles composées de deux parents de même sexe, en particulier par le recours à la PMA à l'étranger¹⁴⁵¹.

560. En affirmant clairement que les conditions de la conception de l'enfant qui fait l'objet d'une demande d'adoption par la femme de sa mère doivent être indifférentes, la Cour de cassation évite aux couples de femmes qui ont conçu ensemble un projet parental qui passe par le recours à le mariage, la PMA et l'adoption de l'enfant par le conjoint, de se retrouver dans une situation d'insécurité juridique. Le rattachement de l'enfant, objet de ce projet de couple, à la femme qui ne l'a pas mis au monde, ne pourra donc pas être refusé par un juge au motif que les conditions de sa

¹⁴⁴⁹ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740, JurisDatas n° 2010-011438 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 156, note M. FARGE et Repère 9, obs. C. NEIRINCK, *JCP G* 2010, II, 1173, note H. FULCHIRON; *JDI* 2011, comm. 5, p. 119, obs. S. BOLLEE, *AJ fam.* 2010 p. 395, obs. A. MIRKOVIC, *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. GALLMEISTER, précité.

¹⁴⁵⁰ Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, n° 10-19.053 et n° 09-17.130, précité ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. Fr. GRANET-LAMBRECHTS, précité et Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 74, note C. NEIRINCK, *D.* 2014, p. 905, obs. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, p. 1176 obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, précité.

¹⁴⁵¹ V. J.-F. ESCOURROU, « Des conséquences prévisibles de l'adoption homoparentale en droit positif », *Dr. fam.* 2014, Etude 13.

conception sont contraires au droit français¹⁴⁵². L'avis de la Cour de cassation, s'il ne s'impose pas, en droit, aux juges du fond, est en effet pourvu d'une autorité de fait qui rend peu probable une résistance des juges du fond qui prendraient alors le risque de voir leur décision cassée¹⁴⁵³. Il n'en demeure pas moins qu'une évolution de la législation française dans le sens d'un accès à la PMA pour les couples de femmes serait plus logique¹⁴⁵⁴. L'ouverture de l'adoption atteste de l'impossibilité de faire respecter l'interdit de l'insémination artificielle pour les femmes homosexuelles. L'avis de la Cour de cassation peut, semble-t-il, être vu comme une incitation au législateur français à réécrire l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique encadrant l'accès à l'AMP, texte qui limite aujourd'hui l'insémination artificielle aux couples composés d'un homme et d'une femme¹⁴⁵⁵. Cette position peut constituer le début d'un long processus qui conduira un jour à ouvrir à tous, homosexuel ou non, l'adoption de l'enfant né par gestation pour autrui¹⁴⁵⁶.

561. Dans un second temps, la Cour de cassation rappelle dans son avis que cette adoption n'est pas un droit de l'épouse de la mère et qu'elle doit être conforme à l'intérêt de l'enfant. Alors que l'avocat général avait proposé à la Cour de cassation de « *dire qu'il n'y a pas lieu à statuer sur la seconde question* » portant sur l'intérêt de l'enfant, et de se contenter d'affirmer l'indifférence des conditions de conception de l'enfant pour admettre son adoption, la Haute juridiction a tenu à préciser dans son avis que l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère doit satisfaire les conditions légales de l'adoption et être conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁴⁵⁷. Par cette précision, la Cour de cassation répond par la négative à la question posée par le tribunal de grande instance de Poitiers consistant à déterminer si « *l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant ?* » et impose au juge de procéder à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, objet de la demande d'adoption.

562. En précisant que l'adoption de l'enfant par l'épouse de sa mère doit être conforme à son intérêt, la Cour de cassation semble rejeter l'idée qu'il existerait une présomption selon laquelle cette adoption serait conforme à l'intérêt de l'enfant. Ni l'intérêt supérieur de l'enfant ni le droit à la vie

¹⁴⁵² V. A. GOUTTENOIRE, « Le recours à la PMA à l'étranger n'est pas un obstacle à l'adoption d'un enfant par la concubine de sa mère », *LEXBASE La lettre juridique* n° 585, 2 octobre 2014.

¹⁴⁵³ La Cour de cassation considère tout simplement que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ayant autorisé le mariage entre deux personnes du même sexe, elle a corrélativement permis à deux femmes mariées ensemble ou à deux hommes mariés ensemble d'adopter plénièrement un enfant de façon conjointe, ou à l'une des épouses d'adopter plénièrement l'enfant de l'autre en l'absence de père légal.

¹⁴⁵⁴ V. En ce sens le Rapport d'IRENE THERY et A.-M LEROYER, *Filiation, origines, parentalité*, *AJ. fam.* 2014, p. 293.

¹⁴⁵⁵ V. § 2 de la Section 1 de ce Chapitre 2.

¹⁴⁵⁶ V. § 2 de la Section 2 de ce Chapitre 2.

¹⁴⁵⁷ La Cour de cassation vérifie habituellement que l'adoption n'est pas demandée dans un but étranger à l'institution, par exemple pour l'obtention d'un titre de séjour ou, plus largement, s'il n'est pas démontré que le futur adoptant entretient avec les futurs adoptés une relation à caractère filial. V. Cass. civ. 1^{ère} 2 arrêts du 25 janvier 2005, n° 01-12109 ; voir encore Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011, n° 10-13-996, Bull. civ. I, n° 81, *RLDC* 2011/83, n° 83, n° 4282.

privée et familiale ne peuvent, de manière abstraite, imposer qu'il soit fait droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant. Si l'adoption de l'enfant du conjoint est sans nul doute favorisée par le droit français qui lui accorde un régime dérogatoire, la rendant plus accessible, elle ne saurait être considérée comme un droit pour le conjoint. Ce dernier, comme tout adoptant, doit démontrer que l'adoption envisagée est bien conforme à l'intérêt de l'enfant. L'avis de la Cour de cassation fait, sur ce point, écho à la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 qui érige au rang constitutionnel l'exigence de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant en se fondant sur le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁴⁵⁸.

563. Enfin, en refusant de poser une présomption de conformité de l'adoption par le conjoint à l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation impose au juge de procéder à une appréciation concrète et spéciale de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de son adoption par la conjointe de sa mère. Il est évident que cette appréciation tiendra compte des circonstances particulières tenant à l'existence d'un projet parental commun, et du fait que les deux femmes élèvent l'enfant ensemble. Il n'en reste pas moins que le rappel de la Cour de cassation relatif à l'intérêt de l'enfant permet d'écarter toute idée d'un droit à l'enfant qui ne saurait être admis dans la famille homosexuelle, pas plus que dans la famille hétérosexuelle.

Cette situation très particulière où l'on a d'un côté des femmes qui utilisent les techniques de la PMA à l'étranger, car interdites en France, pour ensuite utiliser la technique de l'adoption - évidemment autorisée - pour constituer une famille homosexuelle, et de l'autre un juge qui semble fermer les yeux sur les conditions de la procréation de l'enfant pour autoriser l'adoption, pose les termes d'un débat propice à l'ouverture de la PMA.

§ 2 - Une interdiction largement débattue

564. Le cœur du débat sur la PMA semble se poser sur des arguments par essence inconciliables. En effet d'un côté certains considèrent que la procréation ne peut être que la conséquence d'une rencontre physique entre un homme et une femme, et de l'autre, dans les rangs desquels on trouvera les partisans de la PMA, il ne saurait y avoir d'argument suffisant pour ne pas profiter des avancées de la technique et de la médecine. Le législateur, sommé de se positionner

¹⁴⁵⁸ Réf. Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, *D.* 2013, p. 1643, chron. F. DIEU, *D.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OUDOT, p. 954, obs. D. AUTEM, p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, p. 1342, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, et p. 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *AJ fam.* 2013, p. 332, Etude F. CHENEDE ; *RFDA* 2013, p. 923, Etude P. DEVOLVE, et p. 936, Etude G. DRAGO ; *RDSS* 2013, p. 908, note L. BRUNET ; *RTD civ.* 2013, p. 579, obs. J. HAUSER ; B. MATHIEU, « Les questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, *JCP* 2013, act. 588, précité.

entre ces deux extrêmes, peut éprouver la tentation de reporter à plus tard l'inévitable débat. (A) Pourtant tout se passe comme si le législateur n'attendait plus qu'une l'opinion publique suffisamment mure pour assouplir les conditions d'usage de la PMA en France. Il n'est pas interdit de se demander quelle serait la position de la CEDH si elle était interrogée directement sur cette question dans les années qui viennent (B).

A - Les difficultés du débat sur la PMA

565. Le cœur du débat de la PMA peut être éclairé en exposant les arguments qui tendent à l'ouverture de l'accès de l'insémination artificielle avec donneur aux femmes homosexuelles avec ceux qui s'y opposent. Les opposants à l'ouverture de la PMA sont défavorables à ce que l'insémination artificielle avec donneur soit légalement ouverte aux femmes homosexuelles célibataires ou en couple. Leur premier argument consiste à dire que d'un point de vue biologique, seule la rencontre physique entre un homme et une femme permet de concevoir un enfant. Dès lors, il serait contre nature et donc en dehors des normes naturelles et morales, de concevoir une homoparenté, qu'elle soit féminine ou masculine. Il est aussi avancé que l'admission et la reconnaissance officielle de l'homoparentalité serait dangereuse pour la société dans la mesure où la perpétuation de l'espèce repose jusqu'à présent sur des pratiques hétérosexuelles de reproduction. Ainsi, toute filiation homoparentale serait « *ressentie comme une menace pour la survie de la civilisation et de l'espèce humaine* »¹⁴⁵⁹. Enfin, et surtout l'homoparentalité serait dangereuse pour l'équilibre psychologique de l'enfant et même doublement dangereuse. Elle serait, en premier lieu, préjudiciable à sa santé psychologique. L'absence de référence masculine ou féminine représenterait un danger pour le développement psychologique de l'enfant. En second lieu, elle serait dangereuse pour l'intégration sociale de l'enfant. En d'autres termes, l'homosexualité constituerait un risque social de stigmatiser l'enfant et de le marginaliser.

566. Il faut toutefois avoir à l'esprit que cette évidence selon laquelle un enfant ne peut être conçu qu'avec le concours d'un homme et d'une femme pourrait demain être remise en cause en raison de l'évolution des connaissances scientifiques. En effet, différentes perspectives scientifiques pourraient venir modifier les termes de ce débat. Il serait scientifiquement envisageable d'utiliser le noyau de l'ovocyte de la mère et le cytoplasme provenant de l'ovocyte d'une donneuse pour ensuite concevoir un enfant dont le patrimoine génétique proviendrait de trois personnes¹⁴⁶⁰. Ce procédé permettrait d'éviter la transmission d'une maladie génétique par le biais du cytoplasme. Les cellules

¹⁴⁵⁹ V. I. THERY, « Le contrat de l'union sociale en question », *Revue Esprit* 1997, p. 159 et s.

¹⁴⁶⁰ La mère, le père, mais aussi la donneuse dont une faible part des gènes serait aussi transmise.

iPS¹⁴⁶¹ pourraient permettre de produire des cellules reproductrices¹⁴⁶² à partir de cellules du sang ou de la peau¹⁴⁶³. Selon certains scientifiques¹⁴⁶⁴, « *il est déjà possible de fabriquer un souriceau à partir de deux pères. Le passage de ces techniques à l'espèce humaine est juste une question de temps* ». L'augmentation de l'espérance de vie, qui ne devrait pas s'arrêter et pourrait même s'accélérer¹⁴⁶⁵, ainsi que les nouveaux modes de vie posent la question de la détermination de l'âge de procréer. A ce sujet, le Collège national des gynécologues et obstétriciens français (CNGOF) vient de se déclarer favorable à l'auto conservation sociétale des ovocytes¹⁴⁶⁶, qui permettrait de remédier plus efficacement à l'infertilité après 40 ans.

567. En revanche, les partisans de l'ouverture de la PMA aux femmes homosexuelles évoquent deux types d'arguments juridiques en faveur d'une reconnaissance à l'insémination artificielle avec donneur. Le premier a un poids certain puisque c'est un argument de santé publique. Il consiste à dire que les prohibitions légales actuelles n'empêchent pas les femmes homosexuelles qui le désirent de concevoir dans les faits un enfant, soit en trouvant une tierce personne complaisante, soit en se rendant à l'étranger. En effet, des législations des pays voisins de la France permettent aux couples homosexuels de bénéficier de l'aide de la science pour concevoir un enfant¹⁴⁶⁷. Dès lors, comme les homosexuels recourent aux pratiques dans les faits, pourquoi ne pas autoriser ceux-ci en droit? On mettrait ainsi fin à une législation qui, d'une part, favorise le « *tourisme procréatif* »¹⁴⁶⁸ et qui, d'autre part, présente des risques de transmission de maladies pour les femmes homosexuelles dans la mesure où le sperme qu'elles recueillent ne fait parfois l'objet d'aucun contrôle. L'argument, développé par l'association AIDES en 1997¹⁴⁶⁹, a été repris par Monsieur DANIEL BORILLO qui, lors d'une table ronde du 22 mars 2006, a souligné qu'il existe en France une forme de procréation assistée artisanale susceptible de poser des problèmes de santé publique et que de ce fait, il est urgent de mieux encadrer l'assistance médicale à la procréation¹⁴⁷⁰. Les tenants de cette thèse invoquent également l'argument de l'égalité pour préconiser une modification, en la matière, de la loi française. Plus précisément, ils font valoir que celle-ci engendre des inégalités et des discriminations puisque seuls les couples les plus aisés peuvent se

¹⁴⁶¹ Cellules adultes « reprogrammées » de façon à régresser et à présenter des propriétés proches de celles des cellules souches embryonnaires, c'est-à-dire à devenir pluripotentes, à pouvoir évoluer en différentes sortes de cellules.

¹⁴⁶² Autrement dit, spermatozoïdes ou ovocytes.

¹⁴⁶³ Shynia Yamanaka, prix nobel de médecine 2012 pour son travail sur les iSP, a confirmé que ces découvertes pourraient conduire à des nouvelles questions éthiques, entretien AFP 12 novembre 2012.

¹⁴⁶⁴ V. Par exemple, L. Alexandre, « Le Monde Sciences et techno », 25 octobre 2012.

¹⁴⁶⁵ V. Par exemple, L. Alexandre, « La mort de la mort », JC Lattès, 2011.

¹⁴⁶⁶ V. Communiqué de presse du 12 décembre 2012, disponible sur le site internet du CNGOF.

¹⁴⁶⁷ V. Annexes 3 : PMA, GPA, quel pays autorise quoi ?

¹⁴⁶⁸ C. NEIRINCK, « Filiation : nouveaux enjeux », Dossier réalisé par I. CORPART, Doc. fr. 2005, n° 914, p. 103, précité.

¹⁴⁶⁹ AIDES est la première association française de lutte contre le VIH et les hépatites virales, créée en 1984 et reconnue d'utilité publique depuis 1990. L'association mène des actions d'information, de prévention, de soutien et de mobilisation des personnes concernées par le VIH et les hépatites.

¹⁴⁷⁰ V. Table ronde sur l'évolution des modes de filiation du 22 mars 2006, consultable sur le site www.senat.fr.

rendre à l'étranger pour contourner la prohibition française et concrétiser leur désir d'enfant. Dans cette mouvance, Madame MARTINE GROSS, sociologue, se prononce « *en faveur de l'ouverture des techniques (...) à tous les couples et à toute personne en âge de procréer pouvant justifier d'un projet parental cohérent* »¹⁴⁷¹. IRENE THERY, se prononce également en faveur de l'accès à l'assistance médicale avec tiers donneur aux couples de femmes, dans les mêmes conditions que pour les couples de sexe différent¹⁴⁷².

568. Mais, le cœur du débat de l'ouverture de la PMA à l'égard de femmes homosexuelles est centré sur la refonte globale de la législation relative aux conditions d'accès à l'AMP. Depuis les premières lois bioéthiques de 1994, l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique prévoit que l'AMP constitue une réponse médicale à un problème médical. Elle ne peut être utilisée que pour remédier à une infertilité pathologique ou éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple. Par conséquent, elle est réservée aux couples qui naturellement devraient être en mesure de procréer mais qui ne le peuvent pas en raison d'une pathologie. Cette vision de l'AMP a été confirmée par le législateur dans le cadre de la loi du 7 juillet 2011, loi votée après une longue et riche phase de réflexion. Dans le cadre des états généraux de la bioéthique organisée en vue de la loi bioéthique de 2011, les citoyens consultés ont estimé que l'AMP était d'abord une réponse médicale à l'infertilité naturelle et que cela devait conduire à en refuser l'accès aux femmes célibataires ou aux couples homosexuels¹⁴⁷³.

569. Ouvrir l'accès à la PMA aux couples de même sexe serait revenir sur la philosophie d'ensemble de l'assistance médicale à la procréation. Il s'agirait d'utiliser la médecine pour satisfaire le désir d'enfant des couples qui subissent une « *infertilité sociale* »¹⁴⁷⁴. Une telle ouverture devrait ensuite pouvoir concerner au même titre toutes les infertilités qui ne seront pas d'origine médicale¹⁴⁷⁵. Il faudra réfléchir, dans ce sens, à l'ouverture de l'AMP aux personnes célibataires ou encore aux personnes qui ne sont plus en âge de procréer. Une telle ouverture pose aussi immédiatement la question de la place de l'homme dans la conception d'un enfant. Rien n'indique que l'ouverture de l'AMP envisagée vise simplement à officialiser un procédé qui est de recourir à l'AMP pour un homme et une femme qui ne forme pas un couple¹⁴⁷⁶, un homosexuel et une femme homosexuelle, par exemple. Aujourd'hui, l'article L. 2141-10 du Code de la santé

¹⁴⁷¹ Position là-encore émise lors de la table ronde du 22 mars 2006, précité.

¹⁴⁷² V. I. THERY, Rapport *Filiation, origine, parentalité*, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, 2014.

¹⁴⁷³ Rapport final des états généraux de la bioéthique, 1^{er} février 2009, www.etatsgenerauxdelabioethique.fr, spéc. 42 et s.

¹⁴⁷⁴ Rapport d'information de J. LEONETTI au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, 20 janvier 2010, AN n° 2235, p. 46.

¹⁴⁷⁵ V. Sur cette question, A. MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : implosion de la parenté et la filiation », *Dr. fam.* 2010, Etude 21.

¹⁴⁷⁶ Au sens de couple marié, pacsé, ou concubin.

publique exige un homme et une femme formant un couple sans définir le mot « *couple* ». Il semblerait que cela renvoie au couple marié, pacsé ou concubin. En pratique, des attestations sur l'honneur et des témoignages peuvent parfois suffire, de sorte que des « *duos* » composés d'un homme et d'une femme ne vivant pas en couple ont pu recourir à l'AMP en France¹⁴⁷⁷.

570. Un tel procédé conduit à la conception d'un enfant qui a un père et une mère, qui ont désiré sa venue au monde et qui peuvent être génétiquement ses parents. Ces parents ne vivent pas ensemble mais le droit d'accès aux origines de l'enfant, tout comme la plausibilité de son état civil, de l'identité sur laquelle il va se construire, sont maintenus. Ce sont en général ces raisons qui peuvent conduire une femme, ou un couple de femmes, à préférer ce procédé à celui d'une insémination avec les gamètes d'un donneur à l'étranger. L'autre avantage de ce procédé est qu'il permet aux homosexuels hommes de pouvoir espérer devenir père sans passer par une gestation pour autrui. Il présente donc différents intérêts; et si l'ouverture de l'AMP devait être décidée, il serait dommage de ne pas s'attarder sur ce procédé. Si ce procédé devait être officialisé, il faudrait s'interroger sur la possibilité d'établir des liens avec la compagne de la mère et avec le compagnon du père. En effet, le projet n'est pas souvent le projet de deux personnes mais celui de deux couples. Ces liens ne devraient pas être des liens de filiation au même titre que la filiation d'origine¹⁴⁷⁸ mais pourraient être, par exemple, des liens analogues à ceux de l'adoption simple. Le choix de cette voie nécessiterait une modification des textes, car, si le mariage offre la possibilité de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, l'article 346 du Code civil selon lequel : « *nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux* » fait obstacle à ce qu'un enfant soit adopté par le conjoint de l'un de ses parents, puis par l'autre¹⁴⁷⁹. Il faut aussi souligner qu'il serait alors plus cohérent d'admettre que les liens d'adoption simple ne sont pas des liens de filiation au même titre que les autres, en mettant en avant le fait qu'ils reflètent uniquement la parentalité et non la parenté¹⁴⁸⁰.

571. En cas de séparation de l'un des couples, ou même des deux, la question du maintien des liens, par le biais par exemple d'un droit de visite, à l'égard de l'ex du père ou de la mère, ou même des deux, se posera inmanquablement. Cela pourrait conduire le JAF à devoir organiser la vie de l'enfant en tenant compte des liens de l'enfant avec quatre personnes, ce qui peut sembler excessif. Il faut toutefois garder à l'esprit qu'une telle situation peut d'ores et déjà se produire

¹⁴⁷⁷ Il est évidemment possible de recourir à ce procédé en se rendant à l'étranger.

¹⁴⁷⁸ Sous peine de réduire à néant l'intérêt du procédé qui est de donner à l'enfant un père et une mère.

¹⁴⁷⁹ V. Cass civ. 1^{ère}, 12 janvier 2011, n° 09-16.527, D. 2011, p. 239 ; RTD civ. 2011, p. 337, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2011, comm. 20, obs. C. NEIRINCK ; JCP 2011, p. 415, note H. BOSSE-PLATIERE et A. GOUTENOIRE.

¹⁴⁸⁰ Sur ces questions, V. Note P. MURAT, Couple, filiation, parenté, in *Des concubinages, droit interne, droit international, droit comparé*, Mél. J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p. 53 ; H. FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homoparentalité », D. 2006, p. 876 et J. HAUSER, « L'adoption simple, joker de la crise de la parenté ! », Dr. fam. 2010, alerte 55.

aujourd'hui par le jeu de l'article 371-4 alinéa 2 du Code civil. En effet, si tel est dans l'intérêt de l'enfant, ce texte peut conduire à maintenir des liens entre l'enfant et un beau-père séparé ainsi qu'une belle mère séparée. Ce qui pose davantage de problèmes est la question de l'autorité parentale. Faudrait-il permettre qu'elle soit exercée par plus de deux personnes? Ou alors faudrait-il considérer que seuls les parents l'exerceront, sous réserve d'une délégation-partage lorsque les circonstances le justifient?¹⁴⁸¹ Ce serait sans doute plus raisonnable.

572. Enfin, l'élargissement de la PMA aux couples de femmes ne pourra pas être envisagé sans que la question de la place du donneur de gamètes se pose. Tout sera la difficulté du droit de définir la place de ce tiers géniteur. Le législateur a choisi d'éluder les questions relatives à son statut grâce à la règle de l'anonymat du donneur. Au secret de fait du recours à un tel moyen de conception vient en effet se greffer le principe du secret du don. L'article 16-8 du Code civil précise en effet qu' « aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donateur ». Des sanctions pénales sont de même prévues contre celui qui dévoilerait l'identité du donneur¹⁴⁸². Seul un médecin peut, en cas de nécessité thérapeutique, accéder aux informations identifiantes du donneur.¹⁴⁸³ L'AMP repose donc sur un double secret. Un secret de fait, le recours à l'assistance à la procréation et le secret de droit, anonymat du tiers géniteur. Si l'AMP est pratiquée au sein d'un couple de femme, il sera impossible de dissimuler à l'enfant le particularisme de sa conception. On sort ainsi du champ de la « vraisemblance biologique », fondatrice du lien de filiation pour emprunter celui de l'invraisemblance¹⁴⁸⁴. Et contrairement au couple « hétérosexué », où, pourrait-on dire un père s'est substitué à l'autre, dans le couple « homosexué », *a fortiori* dans la PMA pratiquée par une femme seule, l'enfant est délibérément privé de toute figure paternelle. L'enfant né dans cette famille sera dès lors directement confronté à la question de son « engendrement » et par conséquent à la question de l'identité de son géniteur.

573. La règle de l'anonymat du donneur devra donc être reposée en des termes nouveaux. L'élargissement de l'AMP aux couples de femmes rompt en effet le principe du maintien de la règle du secret. D'une part, la filiation d'un enfant né par IAD ne se définira plus en référence à la procréation traditionnelle. Le lien filiatif par procréation assistée repose donc sur un modèle familial hétérosexuel et les techniques de rattachement de l'enfant à ses parents d'intention sont calquées sur

¹⁴⁸¹ Un assouplissement des conditions de l'article 377 du Code civil pourrait alors être envisagé. Sur l'application de cet article. V. Note Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, n° 09-12.623, D. 2010, p. 1786 ; *AJ. fam.* 2010, p. 394, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. HAUSER et A. MIRKOVIC, « L'intérêt de l'enfant au service des revendications des personnes de même sexe, point de vue critique, *AJ. fam.* 2011, p. 605.

¹⁴⁸² V. Article 511-10 du Code pénal, précité.

¹⁴⁸³ V. Article 16-8, alinéa 2 du Code pénal, précité.

¹⁴⁸⁴ V. A. MIRKOVIC, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Dr. fam.* 2013, Etude 2.

les règles d'établissement de la filiation « *naturelle* ». Le tiers donneur apporte ses « *forces génétiques* »¹⁴⁸⁵ à un couple composé d'un homme et d'une femme ; l'enfant né par IAD vient prendre la place de celui que le couple aurait pu avoir en l'absence d'incapacité accidentelle à la procréation. L'AMP se substitue donc à l'acte procréateur du couple par l'intervention d'un tiers. La règle de l'anonymat apparaît alors ici comme une garantie matérielle qui vient suppléer les garanties juridiques posées à l'article 311-19 du Code civil lequel oppose au donneur ou à l'enfant l'interdiction d'établir légalement un lien de filiation, à moins qu'il ne soutenu que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement des parents a été privé de tout effet. Le même article exclut, en outre, toute action en responsabilité à l'encontre du donneur. Il s'agit de protéger la paternité du père d'intention en éliminant définitivement le tiers. L'élargissement de l'AMP aux couples de femmes viendrait remettre en cause ce postulat. La procréation assistée pratiquée dans le cadre d'un couple de femmes serait déconnectée de toute réalité biologique. La règle de l'anonymat perdrait alors l'un de ses fondements originels, puisqu'il ne s'agirait plus de recréer à travers la procréation assistée la cohérence de l'enfantement et consolider la place du père d'intention.

574. D'autre part, le don de gamète s'éloignerait de sa finalité thérapeutique pour emprunter la voie de la consécration d'un véritable droit à l'enfant. Tout le droit de la bioéthique a été construit de certains principes et notamment ceux de gratuité et d'anonymat. L'article 16-8 du Code civil pose un principe général d'anonymat du don des éléments et produits du corps humain¹⁴⁸⁶. La règle du secret du donneur a donc été initialement pensée sur le modèle de celui du don de sang ou d'organes. Le principe de l'anonymat peut d'ailleurs être perçu comme le prolongement de l'exigence de gratuité des dons. Il s'agit d'éloigner la bioéthique de la sphère marchande et de dépersonnaliser les dons. Le centre d'aide à la procréation fait ainsi écran entre le donneur et le receveur. Et surtout, à l'instar des autres dons, l'assistance médicale à la procréation s'inscrit dans un processus médical et poursuit une finalité thérapeutique¹⁴⁸⁷. L'ouverture des PMA aux couples de femmes ou aux personnes seules entraînerait un changement de perspective. D'une conception médicalisée visant à pallier l'infertilité d'un couple ou éviter la transmission d'une maladie, l'AMP favoriserait alors la reconnaissance d'un droit à l'enfant. Plus rien ne justifierait dès lors que la règle de l'anonymat, propre à tous les dons, soit maintenue dans le cas du don de gamètes. On s'éloignerait en effet de la finalité palliative inhérente au don de matériaux humains pour répondre à une demande ne reposant plus que sur l'idée de pure convenance personnelle¹⁴⁸⁸. La dissociation de la PMA du modèle de l'engendrement, et le détachement la procréation aidée de ses fins médicales

¹⁴⁸⁵ V. Y. BERNAND, « La place du tiers géniteurs », *Dr. fam.* 2013, Dossier 26, p. 38-40.

¹⁴⁸⁶ V. H. GAUMONT-PRAT, « Le principe d'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthique », *Dr. fam.* 2001, Etude 2.

¹⁴⁸⁷ V. Dans ce sens l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique.

¹⁴⁸⁸ V. Sur cette question S. PARICARD-PIOUX, « La convenance personnelle », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, n° 402 et s.

induits par l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes pourraient donc, en définitive, sonner le glas de la règle de l'anonymat en cas; ce qui conduira inévitablement à s'interroger sur le statut de ce tiers opérant à visage découvert.

575. La construction du statut du tiers géniteur en cas d'ouverture de la PMA aux couples de femmes peut être envisagée en termes de perspectives juridique. Parentalité, parenté, origine? Il faut exclure l'ordre de la parenté pour envisager un statut non filiatif. Par son don, le tiers géniteur n'a assurément pas entendu endosser la paternité de l'enfant. Parmi les Etats européens qui ont levé l'anonymat, aucun n'a posé le statut du donneur en termes filiatifs. Tous réservent la filiation de l'enfant aux auteurs du projet parental. La place du couple stérile n'est donc jamais remise en cause par la révélation de l'identité du tiers géniteur. Il en résulte que si le donneur ne peut établir sa paternité à l'égard de l'enfant, de même que ce dernier est privé du droit d'agir en établissement de la filiation paternelle. La levée de l'anonymat s'accompagne donc toujours d'une double exigence : sécuriser la filiation des parents d'intention et protéger le donneur contre toute velléité de lui faire endosser la paternité de l'enfant. Cela a pour conséquence de réduire la quête des origines à une démarche « désintéressée ». Il s'agira donc, en cas d'élargissement de l'AMP aux couples de femmes, d'inscrire la place du tiers géniteur dans un statut non filiatif.

576. *A minima*, la possibilité serait donnée à l'enfant d'accéder à des informations « identifiantes » ou « non identifiantes ». Le choix serait évidemment laissé au donneur de se dévoiler ou pas, aux parents de choisir un donneur de se dévoiler ou pas, aux parents de choisir un donneur couvert de l'anonymat ou non; ce qui induit nécessairement l'instauration d'un système de double guichet, dont il n'est pas certain qu'il soit compatible avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme, même si il est vrai, nous disposons de l'accouchement sous X. Au final, ni dans la parenté ni dans la parentalité, la place du donneur se situerait donc sur le plan des origines...

577. Mais l'apport de ses forces génétiques, fait à visage découvert, ne renverse-t-il pas le sens même du don? Si le don est « gratuit » au sens patrimonial du terme, il ne constitue jamais un acte neutre pour le donneur, lequel en attend un retour ou une satisfaction morale. Le don de gamète relève, en l'occurrence, de l'ordre de l'altruisme, de la philanthropie, du patriotisme même selon le doyen Cornu¹⁴⁸⁹. Mais, en levant l'anonymat du tiers géniteur, la Loi le met dans la position d'un débiteur. En effet, le droit de l'enfant à connaître ses origines dès lors créancier de ce droit s'assortit de l'obligation pour le donneur de « *se faire connaître* »¹⁴⁹⁰. Le risque certes mineur est qu'à terme,

¹⁴⁸⁹ V. En ce sens, G. CORNU, « La procréation dite artificielle et les structures de la parenté », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF 1998, p. 128.

¹⁴⁹⁰ Dans le droit suisse, l'office fédéral de l'état civil doit, dans la mesure du possible, informer le donneur de la demande d'accès de l'enfant à ses origines. S'il refuse de rencontrer l'enfant, ce dernier doit en être avisé, et peut tout

de débiteur d'information « identifiante », le donneur ne devienne débiteur d'aliments. Selon le professeur JEAN HAUSER, « *derrière le droit de l'enfant à connaître ses origines se dessine l'épineuse question de son droit à succéder* ¹⁴⁹¹ ». Dans ce contexte, le donneur ne serait-il pas de demander également sa part. Ainsi, ne pourrait-il exprimer une préférence quant à la destination de son don? La levée de l'anonymat modifierait donc l'architecture de l'AMP. Il n'existe actuellement aucun lien entre le donneur et le receveur, ni entre le donneur et l'enfant pour les raisons que l'on a décrites précédemment. En dévoilant le secret de l'identité du tiers, la Loi mettrait les différents protagonistes en relation directe. Le masque du tiers géniteur tombe, l'écran qui se trouve entre le couple et le donneur s'efface...

Dissociation du modèle procréatif, détachement du droit commun de la procréation ...Le risque est grand de voir l'assistance médicale à la procréation se déliter par son élargissement. Après les principes de réalités de l'anonymat, une telle évolution pourrait emporter avec elle ceux de gratuité et de dépersonnalisation. Quelque soient les opinions en la matière, il est facile de reconnaître que la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a esquissé la question de la reconnaissance de la PMA dont le caractère inachevé de celle-ci laisse à penser que le législateur reviendra peut-être à l'avenir, sur la fermeture faite aux femmes homosexuelles de recourir à une insémination artificielle avec donneur.

B - Une possible évolution?

578. Il est évident que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a contribué à relancer la question sur l'opportunité d'ouvrir l'insémination artificielle avec donneur aux femmes lesbiennes¹⁴⁹². La réalisation éventuelle d'une réforme tendant à élargir l'accès à l'AMP aux couples de personnes de même sexe est une question complexe face à laquelle les juristes doivent reconnaître leur rôle secondaire vis-à-vis de la force politique¹⁴⁹³. La reconnaissance de la PMA aux couples de femmes homosexuelles sera possible si le Gouvernement

même exiger à ce que lui soit communiqué l'identité de son géniteur. (Loi du 18 décembre 1998 sur la PMA, art. 27, 3°).

¹⁴⁹¹ V. J. HAUSER, Rapport de synthèse in *Mariage-conjugalité Parenté-Parentalité*, H. FULCHIRON (ss. dir) : Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 257.

¹⁴⁹² Le projet de loi conduisant à une ouverture du mariage aux couples de même sexe, tels qu'il a été déposé à l'Assemblée nationale le 7 novembre 2012, ne contient aucune modification des règles relatives à l'accès à l'assistance médicale à la procréation. V. Sur l'ensemble des questions, A. MIRKOVIC, « Le mariage un service public à redécouvrir », *RLDC* juin 2012, p. 55 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* nov. 2012, p. 55 ; E. DUBUISSON, « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'homme », *D.* 2012, p. 2618.

¹⁴⁹³ La dimension politique de la question a été mise en exergue par le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision QPC n° 2010-92 du 28 janvier 2011 et dans celle DC n° 2013-669 du 17 mai 2013. L'arrêt de la CEDH du 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04 évoque un « choix de société ».

le souhaite. La question avait déjà été très débattue et explicitement rejetée lors de la réforme de la bioéthique ayant conduit à la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique et qu'une telle ouverture, contrairement à celle du mariage et de l'adoption, ne faisait pas partie des 60 engagements de campagne de FRANCOIS HOLLANDE. Rapidement des voix se sont élevées en faveur d'une introduction de l'accès à l'AMP dans la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe à travers de dépôt d'amendement en ce sens a été évoqué. Or, le Gouvernement s'est toujours opposé à d'éventuels amendements visant à égaliser en France le PMA. Un premier amendement avait d'ailleurs été déposé dans le cadre du débat sur le projet de loi du mariage pour tous qui a été finalement abandonné pour éventuellement l'intégrer dans un projet de loi sur la famille jamais présenté au Gouvernement¹⁴⁹⁴. Un second amendement, dans le même sens, a été déposé dans la proposition de loi dite « APIE » sur « l'autorité parentale et l'intérêt de l'enfant »¹⁴⁹⁵. L'amendement a été finalement rejeté en commission des lois¹⁴⁹⁶. Le Comité consultatif national d'Ethique (CCNE) a décidé de s'autosaisir de la question de l'assistance médicale à la procréation. Celui-ci est donc amené à rendre un avis relatif à l'accès l'assistance médicale à la procréation par les personnes homosexuelles. Dans tous les cas le sujet de la PMA devrait s'inviter dans la prochaine campagne présidentielle de 2017. Un sondage révèle que les Français approuvent à 54% son ouverture aux couples de femmes et à 60% aux célibataires. Une opinion favorable qui ne les empêche pas d'émettre des réserves sur cette technique médicale de procréation. Car si cette technique médicale est vue par une écrasante majorité de sondés (89%) comme « *un vrai progrès pour les couples infertiles* », les trois quarts d'entre eux (77 %) estiment également que concevoir un enfant de cette manière « *peut être difficile pour le seul parent biologique ou le parent qui n'est pas le géniteur* ». Deux Français sur trois jugent de surcroît que la PMA peut conduire à une sélection des embryons contraire à l'éthique. Enfin, 36 % d'entre eux vont jusqu'à évoquer une technique contre nature¹⁴⁹⁷.

579. Pourtant un certain nombre d'arguments incitent à penser au contraire que l'AMP pourrait être élargie. Notamment, l'argument concret de la rareté des enfants adoptables en

¹⁴⁹⁴ V. « Mariage pour tous, les socialistes renoncent à l'amendement sur la PMA », *La Croix*, le 9 janvier 2013.

¹⁴⁹⁵ L'amendement déposé dans la proposition de loi AIP visait à instaurer une présomption de parenté (à l'instar de la présomption de paternité prévue à l'article 312 du Code civil) dans un couple de femmes, pour un enfant conçu et né pendant le mariage, qui résulte d'un projet commun et qui est sans filiation paternelle. Permettrait de résoudre l'établissement de filiation pour la conjointe de la mère, qu'il y ait ou non recours à une AMP. Sécuriser la situation des enfants, compte tenu de la disparité de traitement entre les tribunaux. Cet amendement fait écho avec la décision du tribunal de grande instance de Versailles a refusé à un couple de femmes l'adoption de l'enfant de la conjointe, né d'une PMA à l'étranger au motif de la fraude à la loi. Réf. TGI Versailles, 29 avril 2014, n° 13/00113 et 13/00168, *Dalloz actualité*, 9 mai 2014, obs. T. COUSTET, *AJ fam.* 2014, p. 267, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 368, obs. C. MECARY ; *D.* 2014, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTNOIRE ; *Dr. fam.* 2014, Repère 7, obs. C. NEIRINCK, et comm. 113, note REIGNE, précité.

¹⁴⁹⁶ V. « Couples homosexuels : un amendement déposé pour l'adoption des enfants nés par PMA », *Le figaro*, 5 mai 2014.

¹⁴⁹⁷ V. « PMA : le « oui mais » des français », *Le Figaro*, 7 juillet 2016.

France¹⁴⁹⁸. Le système de l'adoption accuse une carence importante d'enfants. Cela d'autant que parmi les neufs plus gros pays « *pourvoyeurs* » d'enfants¹⁴⁹⁹, huit sont très hostiles à l'idée d'en fournir aux couples de même sexe. En Russie, par exemple, il n'y a plus d'adoption par des couples français, quels qu'ils soient. Dans ces conditions, l'envie de transmettre son patrimoine génétique n'est pas à négliger. Dans ce cas, l'aspect biologique, discuté sur le plan des principes pour faire accepter la réforme, est rapidement mis en avant sur le plan des conséquences. L'AMP sera donc plus encore qu'aujourd'hui clairement revendiquée. Au-delà de ces premières considérations, d'autres arguments, davantage juridiques, mérites d'être soulevés.

580. L'assistance à la procréation se pratique déjà au sein de couples en apparences hétérosexués, en réalité formés d'un homme et d'une femme homosexuels qui ne se retrouveraient que momentanément pour la réalisation d'un « *projet parental* ». Ce faisant, il semblerait qu'il existe déjà une certaine hypocrisie dans un système qui serait déjà, en France, dévoyé par la simple production d'attestations sur l'honneur inexactes. De façon plus générale, c'est un autre détournement reposant sur une sorte de *medical shopping*. Des couples, et même les célibataires, franchissent désormais régulièrement nos frontières pour aller bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale qu'ils ne trouvent pas en France¹⁵⁰⁰. Ils y reviennent avec un enfant, sommant la loi de prendre acte de son existence et de le protéger. Parmi les 30 000 enfants qui existeraient déjà dans des familles homosexuelles en France, un grand nombre serait issu d'un tel « *passage en force* »¹⁵⁰¹.

581. L'acceptation par la réforme de l'adoption coparentale, c'est-à-dire celle de l'enfant de son conjoint, au sein des couples de même sexe conduira nécessairement à donner plein effet à ces situations créées en dehors des conditions légales françaises. Deux conclusions résultent ainsi de ce que l'AMP irrégulièrement pratiquée débouche sur une situation légale régulière. D'une part, il n'y a plus aucune raison pour les couples concernés de s'en priver. D'autre part, le maintien d'une prohibition devient inutile tant il est délicat, pour un même effet légal, d'admettre implicitement l'AMP pratiquée à l'étranger et de refuser explicitement celle pratiquée en France dans des conditions plus simples. D'ailleurs, les couples pénalisés sont les plus pauvres, ce qui est injuste. Par ailleurs, et quoi qu'en ait considéré le Conseil constitutionnel¹⁵⁰², un des effets de la présente

¹⁴⁹⁸ Une analyse du rapport de l'Observatoire national de l'enfance en danger (ONED) a publié en février 2015 sur la situation des pupilles de l'Etat au 31 décembre 2013 : 2 363 enfants bénéficiaient du statut de pupille et 894 ont été placés en vue d'adoption. V. <http://www.adoptionefa.org/>.

¹⁴⁹⁹ A savoir Haïti, Ethiopie, Russie, Colombie, Vietnam, Chine, Ukraine, Mali, Côte-d'Ivoire. V. Le site de l'adoption : <http://www.adoption.gouv.fr/>.

¹⁵⁰⁰ V. Par exemple, L. BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.

¹⁵⁰¹ V. B. DE BUYSSON, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013, Dossier 25, p. 35-37.

¹⁵⁰² Réf. Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, précité.

réforme était bien, à travers le volet de l'adoption de la loi et à travers la dimension familiale du mariage, de créer un droit à l'enfant¹⁵⁰³, sur l'enfant, ou pour le moins de considérer que le rattachement juridique d'un enfant ne saurait être lié ni à la faculté que l'on eût pu avoir à engendrer, ni à ses besoins¹⁵⁰⁴. Dans cette optique, la distinction entre adoption et AMP paraît plus que ténue, et il n'y a plus véritablement d'argument à opposer.

582. Un autre argument provient du droit du Conseil de l'Europe, précisément de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a indiqué notamment dans son arrêt *Gas et Dubois* que l'AMP pouvait être réservée aux couples de sexe différent¹⁵⁰⁵. Mais, cela c'était bien avant la réforme du mariage, qui pourrait dorénavant tout changer. Pour le comprendre, il faut se souvenir que le raisonnement de la Cour est méthodologiquement différent de celui d'un juriste interne puisqu'elle part du présupposé selon lequel le traitement entre individus, quels qu'ils soient doit être *a priori* identique. C'est à l'Etat qui entend défendre une différence de traitement spontanément vue comme suspecte de démontrer que celle-ci repose sur une différence objective de situation. Dans cette hypothèse, la Cour n'admet aucune différence de traitement pour des personnes bénéficiant d'un même statut de droit¹⁵⁰⁶. Concrètement, des époux, quels qu'ils soient, doivent avoir les mêmes droits puisqu'ils sont placés dans le même statut. Les époux hétérosexuels bénéficiant de l'AMP, les époux homosexuels devront en bénéficier aussi. M. JAVIER-BORREGO, juge espagnol à la Cour européenne des droits de l'homme de 2003-2008 l'a affirmé sans détours¹⁵⁰⁷.

583. La Cour européenne des droits de l'homme ne sait pas encore prononcée sur la question de la fermeture de la PMA aux homosexuels en droit français. Quelle serait ainsi sa position si un couple de femmes homosexuelles allègue avoir subir une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle au motif que le législateur français réserve l'accès à la PMA aux seuls couples hétérosexuels quelque soit leur statut ? Deux réponses peuvent être apportées à cette question. La première, le raisonnement et la solution de la CEDH seraient le même que dans sa décision *Schalk et Kopf*¹⁵⁰⁸ ou *Gas et Dubois*¹⁵⁰⁹. Elle ne conclurait pas à une condamnation pour discrimination au sens de l'article 14 combiné 8 de la Convention. Ainsi, la CEDH reprendrait sans aucun doute une

¹⁵⁰³ V. En ce sens, C. NEIRINCK, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013, Dossier 2.

¹⁵⁰⁴ L'absence de considération pour les fortes réserves exprimées par l'ensemble des associations liée au monde de l'adoption en témoigne suffisamment.

¹⁵⁰⁵ CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *D.* 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 798, obs. M. DOUCHY-OUODOT ; *ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RDT civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P MARGUENAUD ; *ibid.* 306, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵⁰⁶ CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n° 19010/07, *D.* 2013, p. 502, obs. I. GALLMEISTER ; *Ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ fam.* 2013, p. 227, obs. F. CHENEDE, *JCP G* 2013, act. 316, obs. H. SURREL ; *JCP G* 2013, doct. 855, obs. F. SUDRE, n° 17, précité.

¹⁵⁰⁷ J. BORREGO-BORREGO, « L'angle mort du projet de loi », article disponible sur le site : <http://www.denfs.fr>.

motivation devenue classique selon laquelle aucun « *consensus* » ne se dégage parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question de la PMA à l'égard des couples de femmes homosexuelles. Il appartiendrait donc à chaque Etats de choisir d'autoriser ou non un couple de même sexe à l'accès de la PMA. La CEDH noterait certainement, en ce sens qu'à ce jour seule une petite poignée de pays européens sur les 47 pays membres du Conseil de l'Europe autorise la PMA aux couples de femmes¹⁵¹⁰. En d'autres termes, elle maintiendrait sa position consistant à laisser une large marge d'appréciation aux Etats à propos de l'accès à la PMA aux couples homosexuels. Une nouvelle fois, la CEDH se retrancherait derrière son « *absence de consensus* » ou sa « *marge d'appréciation* » pour éviter d'affronter clairement la question.

584. La seconde, la Cour européenne des droits de l'homme retiendrait que le refus de l'accès à la PMA aux couples de femmes est discriminatoire car fondé sur l'orientation sexuelle. Elle condamnerait ainsi la France pour violation des articles 14 combiné 8 de la Convention¹⁵¹¹. La CEDH pourrait estimer que les couples homosexuels doivent avoir les mêmes droits que les couples hétérosexuels puisqu'ils sont maintenant placés, avec la reconnaissance du mariage homosexuel par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, dans les mêmes statuts à savoir le PACS, le concubinage et dorénavant le mariage. Les couples de femmes devraient ainsi bénéficier de la PMA au même titre que les couples hétérosexuels. Dans ce cas, cette condamnation pourrait inciter le droit français à modifier sa législation et ouvrir la PMA aux couples de femmes. S'il y a ouverture de la PMA, la

¹⁵⁰⁸ CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche* n° 30141/41, *Dr. fam* 2010, comm. 143, note E. LAGARDE, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; p. 765, obs. J. HAUSER, *JCP G* 2010, p. 1013, note H. FULCHIRON ; p. 1590, obs. F. SUDRE ; *D.* 2011, p. 1040, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJ. fam.* 2010, p. 333 ; obs. V. AVENA-ROBARDET, précité.

¹⁵⁰⁹ CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*, req. n° 25951/07, *AJ. fam.* 2012, p. 163, obs. F. CHENEDE et p. 220 obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 306, obs. J. HAUSER, *Dr. fam.* 2012, comm. 82, obs. C. NEIRINCK, *AJDA* 2012, chron. L. BURGORGUE-LARSEN, *D.* 2012, p. 1241, obs. I. GALLMEISTER, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 2013, p. 663, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* p. 798, obs. M. DOUCHY-OUODOT ; *ibid.* p. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHT ; *RDT civ.* 2012, p. 275, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 306, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵¹⁰ V. Annexes 3 : PMA, GPA, quel pays autorise quoi ? A noter que le Portugal vient de légaliser la PMA aux couples de femmes homosexuelles et aux femmes célibataires. Il vient notamment s'ajouter aux sept pays européens qui ont légalisé la PMA pour les couples homosexuels. V. « Le Portugal ouvre le GPA à certaines et la PMA à toutes », *Libération*, 13 mai 2016.

¹⁵¹¹ Les questions soulevées par la PMA touchent au droit au respect de la vie privée. Dans l'affaire *S. H contre Autriche*, la CEDH l'a clairement admis. « *Cet arrêt de grande chambre, (...), aura permis à la Cour de confirmer solennellement que l'article 8 s'applique aussi au droit de concevoir un enfant et de recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée puisque pareil choix constitue une forme d'expression de la vie privée et familiale* ». V. CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S. H. contre Autriche*, req. n° 57813/00, *AJDA* 2012, p. 143, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ.* 2011, p. 608, obs. A. MIRKOVIC et J.-P. MARGUENAUD, « L'ajournement du droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *RTD civ.* 2012, p. 283. Cette solution n'a rien de surprenant car dans l'affaire *Evans contre Royaume-Unis* il y a l'affirmation suivante : « *la notion de vie privée, notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...), recouvre également le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent* ». V. CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Unis*, 10 avril, req. n° 6339/05, §71. Compte tenu de ce rattachement à l'article 8 de la Convention, l'éventuelle consécration de la PMA homosexuelle pourrait être présentée comme une extension du droit à la vie familiale des couples homosexuels.

question de la GPA pour les couples d'hommes se posera rapidement. En effet, permettre la PMA aux couples de femmes et refuser la GPA aux couples d'hommes paraît juridiquement inenvisageable. Si c'était ce le cas, il y aurait, pour la première fois, une différence de traitement entre les couples homosexuels femmes et hommes non pas fondée sur l'orientation sexuelle mais sur le sexe ! Quelle serait là encore la position de la Cour européenne des droits de l'homme si elle viendrait à être saisie de la question de cette différence de traitement? Discrimination ou pas? Ou alors est-ce que le droit français éviterait que cette question soit posée à la CEDH en légalisant de lui-même la GPA comme il la fait pour le mariage homosexuel ? Un avenir proche ou lointain répondra certainement un jour à ces questions...

La PMA ne fut pas la seule à s'inviter au cours des débats relatifs à la loi de 2013. La GPA a aussi constitué le centre de certaines attentions dans la mesure où cet argument a pu être utilisé en particulier par les opposants les plus virulents au « mariage pour tous ».

Section 2 - La question de l'ouverture de la gestation pour autrui

585. La GPA est interdite en France, l'affirmation pourrait se suffire à elle-même tellement elle souffre de peu de contestations et que ses partisans sont très minoritaires. Mais l'internationale du droit n'a pas de frontières et aujourd'hui de même que les entreprises visent les fiscalités nationales les plus avantageuses pour leur développement, les couples choisissent aussi les Etats qui présentent une législation en adéquation avec leurs désirs. Or, comment peut-on empêcher un homme, une femme ou un couple de parvenir à ce qui constitue sans doute l'ultime frontière du développement personnel : l'enfant. La GPA le permet (§1).

586. Certes la GPA est interdite en France, mais elle est autorisée dans d'autres Etats, dont certains d'entre eux ne sont à même pas trois heures de vol de Paris. Tout l'enjeu du débat se trouve dans cette équation difficile où les principes juridiques, voire moraux, légitimes se disputent au pragmatisme et à la réalité. Sera-t-il possible dans les années qui viennent de maintenir l'interdiction de la GPA sans rien modifier de la situation actuelle ou faudra-t-il adapter cette position ? (§2).

§ 1 - Une prohibition maintenue par le droit français

587. La position française n'a jamais dérogé à la ligne fixée par les lois sur la bioéthique de 1994. Une interdiction renforcée par des sanctions pénales qui peuvent punir ceux qui auraient recours à la GPA mais aussi les intermédiaires à l'opération. La jurisprudence n'a jamais faibli non plus sur cette question, la Cour de cassation ayant toujours refusé de transcrire sur les actes d'état civil les enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse. (A) La Cour européenne des droits de l'homme saisie à ce propos sanctionne la France le 26 juin 2014¹⁵¹² ce qui revient à considérer que désormais toute personne peut désormais conclure une convention relative à une GPA à l'étranger et revenir en France inscrire l'acte de naissance sur l'état civil français (B).

A - Une fermeture stricte posée par le législateur et la jurisprudence française avant 2014

588. La gestation pour autrui est strictement interdite en droit français, aucun couple et célibataire ne peut légalement y recourir, et ce qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. La prohibition à cette pratique a été radicalement posée depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. A cette occasion a été inséré dans le Code civil un article 16-7 qui énonce que : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » qu'elle soit effectuée à titre onéreux ou gratuit, entre étrangers ou entre membres de la même famille. Cet article permet de frapper de nullité tant les conventions de maternité de substitution que les conventions de mère porteuse. La nullité est ici absolue, ce qui a notamment pour conséquence que toute personne ayant un intérêt à agir peut la demander en justice. Il s'agit d'une nullité de droit : le juge est tenu de la prononcer. Le fondement de cette interdiction est tiré de l'indisponibilité du corps humain et de celui des personnes. En effet, ces pratiques constitueraient une convention prohibée portant sur le corps de la femme, puis sur celui de l'enfant et entraînerait également une disposition illicite de l'état de l'enfant, littéralement cédé à titre

¹⁵¹² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note C. NEIRINCK ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note BERGOIGNAN-ESPER ; *RDT civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassé et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773 ; F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1797 ; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806 ; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184 ; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419.

onéreux ou gratuit, peu importe par la femme qui en a accouché. Corrélativement, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 relative à la filiation a bien précisé que la mère est celle qui accouche d'un enfant¹⁵¹³. Malgré d'intenses discussions et controverses¹⁵¹⁴, l'interdiction de la gestation pour autrui a été maintenue par la loi de bioéthique n° 2011-814 du 7 juillet 2011 et par la loi n° 404-2013 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe qui n'a rien changé sur ce point.

589. Les sanctions pénales mises en place en droit français frappent non seulement le couple qui recourt à ce type de procédé mais aussi les personnes servant d'intermédiaires. L'article 227-12 du Code pénal¹⁵¹⁵ les punit, en effet, d'un an d'emprisonnement et/ou de 15000 euros d'amende, les peines étant doublées lorsque l'entremise a lieu à titre habituel ou dans un but lucratif. Plusieurs affaires attestent l'effectivité des poursuites pénales¹⁵¹⁶. Des poursuites pour simulation ou dissimulation d'enfant¹⁵¹⁷ menacent ceux qui déclareraient l'enfant à l'état civil sous le nom de la mère d'accueil et non pas sous le nom de la femme qui a accouché¹⁵¹⁸. Ces sanctions ne sont cependant pas encourues si la maternité de substitution a eu lieu à l'étranger, en conformité avec la loi du pays concerné.

590. Dès avant les lois bioéthiques, la jurisprudence avait annulé les groupements ayant pour objectif de favoriser ou d'organiser cette pratique¹⁵¹⁹. Consécutivement, la Cour de cassation a refusé la possibilité d'adopter l'enfant né d'une maternité de substitution. Dans un célèbre arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991¹⁵²⁰ considère dans un premier temps que : « *la convention par laquelle une femme s'engage, fut-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* ». Elle est frappée de nullité. Mais, la Cour de cassation pose dans cet arrêt une

¹⁵¹³ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15. 655, D. 1990, Jur., p. 273, rapp. J. MASSIP, ainsi que CE 22 janvier 1988, AJDA 1988, p. 151, note G. AZIBERT DE BOISDEFRE.

¹⁵¹⁴ Réf. Article 325 du Code civil.

¹⁵¹⁵ L'article 227-12 al. 2 du Code pénal prévoit : « *Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

¹⁵¹⁶ V. RLDC 2013/107, en bref, p. 49, relatant une décision du Tribunal correctionnel de Saint-Brieuc du 4 juillet 2013 ainsi que la mise en détention provisoire d'une mère porteuse ayant vendu son enfant après l'accouchement à un couple autre que celui qui l'avait « commandé ».

¹⁵¹⁷ V. Article 227-13 du Code pénal qui prévoit trois ans d'emprisonnement et/ou 45 000 euros d'amende.

¹⁵¹⁸ V. Cass. crim., 12 janvier 2000, n° 99-82.905, Dr. pénal 2000, chron. 84, obs. M. VERON. V. Aussi, Cass. crim., 23 juin 2004, n° 03-82.371, dans une affaire où il n'y avait pas maternité de substitution à proprement parler, mais simulation d'accouchement.

¹⁵¹⁹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989, n° 88-15. 655, D. 1990, jur., p. 273, rapp. J. MASSIP, ainsi que CE, 22 janvier 1988, AJDA 1988, p. 151, note G. AZIBERT DE BOISDEFRE.

¹⁵²⁰ V. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén., n°4 ; D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, JCP G 1991, II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; R.T.D. civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, Défrénois 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité.

interdiction de principe selon lequel le processus consistant à adopter l'enfant issu d'une GPA est considéré comme « *un détournement de l'institution de l'adoption* ». La Cour de cassation estime que la convention de maternité de substitution étant illicite, elle ne peut produire d'effets au regard de la filiation. Cette jurisprudence s'est maintenue dans toute sa rigueur, malgré la présence en France d'un certain nombre d'enfants nés à l'étranger, par exemple dans certains Etats des Etats-Unis qui acceptent ce genre de convention. La Cour de cassation juge qu'il est absolument impossible le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention, c'est-à-dire épouse ou compagne du père, et ce, quel que soit le procédé utilisé¹⁵²¹ à partir du moment où des pratiques de maternité de substitution sont avérées. La Cour de cassation a eu l'occasion en effet de se prononcer à plusieurs reprises sur l'interdiction d'établir un lien de filiation entre l'enfant né d'une gestation à l'étranger et ses parents d'intentions. Est ainsi interdite l'adoption, qu'elle soit plénière¹⁵²² ou simple¹⁵²³. Est également refusé le recours à la possession d'état, jugée par la Cour de cassation comme équivoque en raison de la fraude à la loi évoquée et à la reconnaissance par la mère d'intention¹⁵²⁴ ou même par le père biologique¹⁵²⁵. La suspicion s'étend même au père, et la Cour de cassation a admis qu'à l'occasion d'une demande adoption plénière par une épouse de l'enfant de son mari, né de mère inconnue, la filiation biologique envers le mari soit vérifiée¹⁵²⁶.

591. La Cour de cassation confirme sa jurisprudence en refusant d'admettre la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance ou des jugements d'adoption établis à l'étranger, lorsque l'enfant est né d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Dans ce sens, la Cour de cassation a censuré un arrêt de la Cour d'appel qui avait cru pouvoir se fonder sur l'intérêt de l'enfant pour refuser l'action du ministère public en annulation de la transcription sur l'état civil

¹⁵²¹ Autrement dit : l'adoption, la possession d'état, transcription d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger sur les registres de l'état civil français.

¹⁵²² V. Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén., n°4 ; D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *JCP G* 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; *R.T.D. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *Défrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité et Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, n° 01-03.927, *Dr. fam.* 2004, comm. 17, obs. P. MURAT, *RJPF* 2004-4/35, obs. T. GARE, *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. HAUSER.

¹⁵²³ V. Dans ce sens : Cass. civ. 1^{ère} 6 avril 1994, n° 92-13.563.

¹⁵²⁴ V. Dans ce sens : CA Rennes 4 juillet 2002 n° RG 01/0247, D. 4 juillet 2002, p. 2902, note F. GRANET, précité. Il a été jugé que la reconnaissance émanant de la mère d'intention n'est pas valable et ne permet pas d'établir la filiation puisque « *l'adage latin « mater semper certa est », qui signifie que la mère est celle qui a accouché de l'enfant trouve application en France (...) qu'en conséquence la réalité génétique seule ne crée pas la filiation maternelle* ». V. Aussi, TGI Lille 22 mars 2007, D. 2007 p. 1251, note X. LABBEE ; *RTD civ.* 2007, p. 556, obs. J. HAUSER, précité et CA Douai 14 septembre 2009, n° 07/02201.

¹⁵²⁵ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; D. 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ. fam.* 2013, p. 579 ; ibid. 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; ibid. 600, obs. C.-R et F. BERDEAUX-GACOGNE ; D. 2013, p. 2383, ibid. p. 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; ibid. 2377, avis C. PETIT ; ibid. p. 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; ibid. 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; ibid. p. 954, obs. REGINE ; ibid. p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; ibid. p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013, p. 816, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵²⁶ V. Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-21.223 et 97-12.781, D. 1999, Jur., p. 692, note J. MASSIP ; *RTD civ.* 1999, p. 372, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 1999, II, n° 10117, note I. ARDEEF.

français de l'acte de naissance de deux jumelles établi en Californie, qui désignait, comme parents, le couple ayant eu recours à une gestatrice rémunérée¹⁵²⁷. La Cour de renvoi s'est logiquement inclinée, et a refusé, à son tour, cette transcription, arguant du fait que les enfants ne sont pas dénués d'état civil puisque dotés d'un acte de naissance américain¹⁵²⁸. A la suite de cette dernière décision, considérée par les parents comme décevante, l'affaire a été portée, à nouveau, devant la Cour de cassation qui a, de nouveau réitéré le 6 avril 2011 l'interdiction de transcrire la filiation résultant des actes de naissances américaines sur les registres de l'état civil français¹⁵²⁹.

592. Le même jour, la Cour de cassation a rendu deux autres arrêts, l'un portant sur des faits similaires et interdisant également la transcription de l'acte de naissance sur les registres d'état civil français¹⁵³⁰ et le dernier refusant d'admettre que la filiation puisse être établie par la possession d'état de l'enfant, celle-ci étant viciée par la maternité de substitution qui en est l'origine¹⁵³¹. Les juridictions du fond se sont rangées à cette position¹⁵³². Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation va plus loin en décidant : *« qu'est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondée sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui qui, fût-elle à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil. »* Autrement dit, la Cour de cassation juge, en 2011, que la reconnaissance en France de la filiation telle qu'elle a été créée à l'étranger, grâce à la transcription des actes de naissance étrangers à l'état civil français, se heurte à l'ordre public international.

¹⁵²⁷ V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, Bull. civ. I, n°289. D. 2009, p. 166, obs. V. EGEEA, D. 2009, p. 332, note D. SARCELET, D. 2009, p. 340, note BRUNET, JCP G 2009, n° 6, 10020, note A. MIRKOVIC, JCP G 2009, n° 6, 10021, note L. AVOUT, Dr. fam 2009, comm. 15, obs. P. MURAT, LPA 1-2 juin 2009, obs. D. COUDEVYLLE-BOURGAULT, RTD civ. 2009, p. 106, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵²⁸ V. CA Paris, 1^{ère} Ch., pôle 1, 18 mars 2010, n° RG : 09/11017, JCP G 2010, n°18, 498, note A. MIRKOVIC et CA Paris, 1^{ère} Ch., sect. C., 26 février 2009, n° RG : 07/18559, JCP G 2009, n° 26, p. 42, note A. MIRKOVIC, Dr. fam. 2009, comm. 75, note P. MURAT.

¹⁵²⁹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 10-19.053, précité.

¹⁵³⁰ V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486, précité.

¹⁵³¹ V. Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, précité.

¹⁵³² V. CA Rennes, 21 février 2012, n° RG : 11/02758 et CA Rennes, 8 janvier 2013, n° RG : 12/01538.

593. Enfin, par deux arrêts du 13 septembre 2013¹⁵³³, la première Chambre civile de la Cour de cassation a réaffirmé l'interdiction de transcrire sur les registres d'état civil français les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger d'une mère porteuse, italienne en l'occurrence, car ce serait consacrer un « *processus frauduleux* »¹⁵³⁴. La portée de ces arrêts est très importante parce que la Cour de cassation énonce par un attendu de principe, que : « *lorsque la naissance est l'aboutissement, fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil* » et qu' « *en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués* ». Dans ces mêmes arrêts, elle clarifie et affermit sa position en ce qui concerne la paternité. Elle approuve la Cour d'appel d'avoir annulé la reconnaissance paternelle, alors même qu'elle correspondait à la réalité biologique. En effet, pour la Cour de cassation, le caractère frauduleux de l'ensemble de l'opération infecte de nullité la reconnaissance paternelle. C'est la première fois que cette annulation est prononcée, les tribunaux estimant jusqu'alors que l'exactitude biologique interdisait de remettre en cause le lien de filiation. En invoquant la fraude à la loi, la filiation d'un enfant issu d'une GPA à l'étranger ne peut pas être établie à l'égard de son père d'intention ni par le biais d'une transcription, ni par le biais d'une reconnaissance, et ce quelle que soit la vérité biologique. Cette jurisprudence extrêmement rigoureuse aura des conséquences très importantes, puisque l'enfant, privé de filiation paternelle, ne pourra pas avoir non plus la nationalité française¹⁵³⁵.

594. Ces arrêts étendent de manière importante la portée de l'interdiction de la gestation pour autrui. Ce que refuse la Cour de cassation n'est pas seulement la transcription sur les registres français d'enfants nés d'une GPA, c'est plus radicalement l'établissement de tout lien de filiation avec les parents d'intentions mais aussi avec le père biologique. Cette solution a d'ailleurs conduit à

¹⁵³³ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ. fam.* 2013, p. 579 ; *ibid.* 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 600, obs. C.-R et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *D.* 2013, p. 2383, *ibid.* p. 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 2377, avis C. PETIT ; *ibid.* p. 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *ibid.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OUUDOT ; *ibid.* p. 954, obs. REGINE ; *ibid.* p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013, p. 816, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵³⁴ Le refus de transcrire l'acte de naissance sur les registres français de l'état civil a été réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt ultérieur. V. Dans ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 74, note Cl. NEIRINCK, *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *AJ. fam.* 2014, p. 244, obs. F. CHENEDE ; *ibid.* p. 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, précité.

¹⁵³⁵ Tout au plus la Cour de cassation admet-elle que soit organisé l'exercice de l'autorité parentale en le confiant à la femme qui élève l'enfant, de manière à respecter ses besoins éducatifs. V. Dans ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 2003, comm. 143, obs. P. MURAT et CA Rennes, 6 janvier 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 52, obs. P. MURAT.

une condamnation de la France le 26 juin 2014¹⁵³⁶. Selon la CEDH, l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard du père biologique constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants protégés par l'article 8 de la Convention. Une condamnation qui incitera la Cour de cassation à opéré un revirement de jurisprudence en la matière.

B - Une condamnation opérée par la CEDH appliquée par la jurisprudence française à partir de 2014

595. Par deux arrêts rendus le 26 juin 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour avoir refusé de reconnaître deux filiations légalement établies à l'étranger entre deux pères et leurs enfants, au motif que ces enfants étaient issus de gestation pour autrui. En effet, après que la Cour de cassation leur ait refusé la transcription demandée à l'état civil français en 2011¹⁵³⁷, les époux *Menesson* et *Labassé* ont saisi la CEDH pour atteinte de la part de l'Etat français, d'une part, à leur droit de mener une vie familiale normale et, d'autre part, à leur droit à la vie privée ainsi qu'à celui de leurs enfants, droits dont l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme assure la protection¹⁵³⁸.

596. Dans ces deux affaires, les faits sont quasiment identiques : un couple hétérosexuel français résidant en France a eu recours à une mère porteuse aux Etats-Unis (Californie pour l'un, Minnesota pour l'autre). Ces femmes ont porté les embryons conçus à partir des gamètes de l'homme du couple et d'un don d'ovocyte. Les actes de naissance établis aux Etats-Unis indiquent que les enfants ainsi nés ont pour parents l'homme et la femme du couple d'intention. Toutefois, dans les deux cas, une distinction est faite entre le père d'intention qui est aussi le père biologique de l'enfant et la mère d'intention qui n'a aucun lien génétique avec cet enfant. Pour les époux *Menesson*, un jugement antérieur à la naissance des jumelles issues de la gestation pour autrui indique que Monsieur *Menesson* est le père génétique de l'enfant et Madame, la mère légale. Pour

¹⁵³⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note C. NEIRINCK; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *RDSS* 2014, p. 887, note BERGOIGNAN-ESPER; *RDT civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassé* et *Menesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773; F. CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1797; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419, précité.

¹⁵³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 10-19.053, *Menesson* et Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, *Labassée*, précité.

¹⁵³⁸ Ces couples se battaient depuis 14 ans pour faire reconnaître une existence juridique à leurs enfants nés d'une gestation pour autrui.

les époux Labassée, le même type de décision a été rendu, mais postérieurement à la naissance de leur fille. Une fois rentrées en France, les deux familles se sont heurtées au refus de transcription des actes de naissance de leurs enfants sur les registres de l'état civil français. De plus, dans l'affaire Labassée, le couple avait obtenu d'un juge du tribunal d'instance de Tourcoing un acte de notoriété constatant la possession d'état de leur fille à leur égard, mais le procureur a refusé de le transcrire également. Saisie de la question, la Cour de cassation a affirmé que le contrat de gestation pour autrui empêche la possession d'état de produire un quelconque effet quant à l'établissement de la filiation. Chacune des deux familles a donc saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant la violation de l'article 8 de la Convention.

597. Les arrêts *Labassée* et *Menesson* furent ainsi l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme de se positionner sur la question de la gestation pour autrui aussi bien à l'égard des parents qu'à l'égard des enfants nés d'un tel pratique au titre de l'article 8 de la Convention. Pour justifier l'applicabilité de l'article 8 de la Convention en l'espèce, la CEDH relève s'agissant du volet « *vie familiale* » du dit article, que les requérants s'occupaient « *comme des parents* » de leurs enfants « *depuis leur naissance* » et que « *tous les trois (vivaient) ensemble d'une manière qui ne se (distingue) en rien de la vie familiale dans son acceptation habituelle* », et s'agissant de son volet « *vie privée* » et ainsi qu'elle l'avait elle-même précédemment jugé, que « *le droit à l'identité (fait) partie intégrale de la notion de vie privée* » et que « *le respect de la vie privée (exigeait) que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain* », ce qui établissait une « *relation directe entre la vie privée des enfants nés d'une gestion pour autrui et la détermination juridique de leur filiation* ». Relevant que les parties aux litiges s'accordaient sur la question, la Cour considéra qu'il y avait eu « *ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 non seulement dans son volet « vie familiale » mais aussi dans son volet « vie privée »* ». A priori, l'ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 constitue une violation, à moins qu'elle ne réponde à certaines conditions.

598. Ainsi, l'ingérence doit être « *prévue par la loi* », poursuivre un but légitime et être « *nécessaire dans une société démocratique* ». Si les requérants Labassée admettaient d'abord que l'ingérence était prévue par la loi, il n'en était pas de même dans l'arrêt *Menesson*. Considérant que le jugement américain établissant la filiation des enfants issus de la GPA avec leurs parents d'intention était « *contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il donnait effet à une convention de gestation pour autrui* », le juge français en avait déduit que « *la transcription des actes de naissance établis en application de ce jugement sur les registres d'état civil français devait être annulée* »¹⁵³⁹. Les requérants *Menesson* estimaient que le principe de

¹⁵³⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, n° 65192/11, §82.

l'effet atténué de l'ordre public, selon lequel « *la réaction contre une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France ou de faire produire des effets en France à un droit valablement acquis, sans fraude, à l'étranger*¹⁵⁴⁰ » aurait du s'appliquer. En effet, ils ne niaient pas la prohibition par l'article 16-7 du Code civil français de la GPA en elle-même, mais considéraient qu'il n'y avait pas lieu de l'étendre à la filiation des enfants nés d'une GPA, *a fortiori* lorsque cette filiation aurait été légalement établie à l'étranger et qu'il ne s'agirait que de la reconnaître en France. Pour les requérants, la jurisprudence en la matière n'était pas non plus clairement établie.

599. Pour se justifier des ingérences en question, le gouvernement français invoquait l'article 16-7 du Code civil français selon lequel toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Par ailleurs, par deux arrêts¹⁵⁴¹, la Cour de cassation a jugé que « *les principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes s'opposaient à ce que la qualité de père ou de mère soit décidée par un contrat, qu'ils relevaient également de l'ordre public, et qu'ils faisaient obstacle à ce qu'il soit donné effet, sur le plan de la filiation, à des contrats de maternité de substitution* ». Enfin, par un arrêt du 12 novembre 1986¹⁵⁴², la Cour de cassation considéra que l'article 47 du Code civil français « *permettait de refuser de donner effet en France à des actes d'état civil établi dans des États tiers lorsque les faits qui y étaient rapportés ne correspondaient pas à la réalité* ».

600. 60. La CEDH rappelle que l'expression « *prévue par la loi* » imposait une base [légale] en droit interne (des mesures incriminées), mais également le fait que la disposition légale soit accessible au justiciable et prévisible (c'est-à-dire énoncer avec suffisamment de précision les conditions dans lesquelles une mesure peut être appliquée). Les juges de Strasbourg relevèrent, d'une part, que la nullité d'ordre public des conventions de GPA était expressément prévue par la loi française et, d'autre part, que la Cour de cassation ne s'était pas positionnée sur la question de la reconnaissance en droit français des liens de filiation entre parents d'intention et enfants nés à l'étranger d'une convention de GPA. Ils jugèrent que les requérants ne pouvaient en conséquence ignorer « *le risque sérieux* » que le juge français statue ainsi qu'il l'avait fait dans ces affaires, tout en notant cependant qu'« *aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation* » entre les parents d'intention et les enfants issus de GPA. L'ingérence était ainsi prévue par la loi au sens de l'article 8 de la Convention.

¹⁵⁴⁰ V. Cass. civ. 1^{ère}, 17 avril 1953, arrêt Rivière.

¹⁵⁴¹ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén., n°4 ; D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, JCP G 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; R.T.D. civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, précité et Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994, n° 92-13. 563, Bull. civ. I, n° 226, précité.

¹⁵⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, Bull. civ. I, n° 112, RTD civ. 1986, 736, note RUBELLIN DEVICHI.

601. Ensuite, dans l'affaire *Menesson*, considérant qu'aucun but légitime n'avait été poursuivi, les époux dénonçaient le comportement contradictoire des autorités françaises qui, après avoir sollicité (à l'initiative du ministère public) et obtenu la transcription du jugement américain sur le registre de l'état civil français, avaient intenté une action en annulation de ladite transcription devant le juge interne. Le Gouvernement estimait quant à lui qu'une telle transcription aurait donné effet à une convention de gestation pour autrui, laquelle est prohibée et même pénalement sanctionnée lorsqu'elle est pratiquée en France. Il invoquait des « *principes d'éthique et de morale qui [s'opposaient] à ce que le corps humain devienne l'objet de transactions et que l'enfant soit réduit à être l'objet d'un contrat* ». La défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la protection de la santé et la protection des droits et libertés d'autrui constituaient en conséquence des « *buts légitimes* ».

602. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, adoptant une position commune aux deux affaires, bien que le Gouvernement n'établisse pas que « *le fait pour des Français d'avoir recours à la gestation pour autrui dans un pays où elle est légale serait constitutif d'une infraction en droit français* », le refus de la France de reconnaître le lien de filiation entre des parents d'intention et « *leurs enfants* » « *procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et (...) la mère porteuse* ». Par conséquent, la Cour admet que la « *protection de la santé* » et « *la protection des droits et libertés d'autrui* » constituaient des buts légitimes pour le Gouvernement, qui justifiaient l'ingérence dans le droit garanti par l'article 8 CEDH.

603. Les requérants invoquaient enfin le fait que si, eu égard à l'absence de consensus européen sur la question, les Etats jouissaient d'une « *large marge d'appréciation s'agissant de l'élaboration du droit relatif à la gestation pour autrui* », cette marge devait néanmoins être relativisée en raison de la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour le Gouvernement français, le refus de transcription n'empêchait pas les actes d'état civil étrangers « *de produire tous leurs effets sur le territoire national* »¹⁵⁴³. Une position justifiée selon le Gouvernement par l'existence de principes traditionnels français : « *Soucieux de proscrire toute possibilité de marchandisation du corps humain, de garantir le respect du principe d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes et de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le législateur, exprimant la volonté générale du peuple français, a décidé de ne pas autoriser la gestation pour autrui. Le juge interne en a dûment tiré les conséquences en refusant de transcrire les actes de l'état civil d'individus nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : le*

¹⁵⁴³ Possibilité d'acquérir la nationalité française avec la circulaire Taubira.

permettre aurait équivalu à accepter tacitement que le droit interne soit sciemment et impunément contourné et aurait mis en cause la cohérence du dispositif d'interdiction ». Concernant l'absence de transcription de la filiation paternelle, le Gouvernement estime que le projet de GPA était celui des couples et qu'en conséquence, « *en termes d'intérêt de l'enfant, il [semblait] préférable de situer les deux parents sur le même niveau de consécration juridique des liens existants entre eux et leurs enfants* ».

604. Pour la Cour de Strasbourg, la marge d'appréciation des Etats en matière de GPA varie « *selon les circonstances, les domaines et le contexte et (...) la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard* »¹⁵⁴⁴. L'absence de consensus au niveau du Conseil de l'Europe¹⁵⁴⁵ a pour conséquence d'attribuer une large marge d'appréciation aux Etats, notamment lorsque la problématique soulève des questions morales ou éthiques délicates¹⁵⁴⁶, « *s'agissant notamment de la décision non seulement d'autoriser ou non ce mode de procréation mais également de reconnaître ou non un lien de filiation entre les enfants légalement conçus par gestation pour autrui à l'étranger et les parents d'intentions* »¹⁵⁴⁷. Toutefois, la Cour a ajouté que « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte* »¹⁵⁴⁸. La Cour a rappelé que les décisions des Etats, même adoptées dans le cadre de leur marge d'appréciation, n'échappaient par pour autant au contrôle de la Cour, qui se doit de « *rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État et ceux des individus directement touchés par cette solution* », en gardant à cœur « *le principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer* »¹⁵⁴⁹.

605. Ne remettant pas en cause le recours par le juge français à l'exception d'ordre public international, la Cour recherche si un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt de la collectivité et celui des requérants. D'une part, « *le défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre [les parents d'intention et les enfants issus de GPA] affecte nécessairement leur vie familiale* », les obligeant à produire, à chaque fois que nécessaire dans leur vie quotidienne, les actes d'état civil américain ainsi que leur traduction assermentée. Le fait que les enfants n'aient pu se voir reconnaître la nationalité française est selon la Cour « *de nature à compliquer les*

¹⁵⁴⁴ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 78-79.

¹⁵⁴⁵ Pour une vue d'ensemble des pays européens qui ont légalisé cette pratique : V. Annexe 3 : PMA, GPA, quel pays autorise quoi ?

¹⁵⁴⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 79 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, § 58.

¹⁵⁴⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 79 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, § 58, précité.

¹⁵⁴⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 80 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, § 59, CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. c/ Autriche*, req. n° 57813/00, § 94.

¹⁵⁴⁹ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.L c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, §133-134.

déplacements de la famille et à susciter des inquiétudes (...) quant au droit de séjour des [enfants] en France après leur majorité et donc quant à la stabilité de la cellule familiale ».

606. Pourtant, « quelle que soit l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des requérants, la Cour estime qu'il lui faut se déterminer au regard des obstacles concrets que ceux-ci ont dû effectivement surmonter du fait de l'absence de reconnaissance en droit français du lien de filiation »¹⁵⁵⁰. La Cour relève ici que les familles ont pu s'établir en France après la naissance des enfants et « sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français »¹⁵⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme en a ainsi déduit, conformément à ce qu'elle avait jugé important dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L.*, que les juges français ne s'étaient pas dispensés d'un examen concret des situations, puisqu'ils avaient estimé, « implicitement mais nécessairement, que les difficultés pratiques que les requérants pourraient rencontrer dans leur vie familiale en l'absence de reconnaissance en droit français du lien établi entre eux à l'étranger ne dépasseraient pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention »¹⁵⁵². Les juges de Strasbourg ont donc jugé que s'agissant du droit au respect de la vie familiale, la Cour de cassation française avait ménagé un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'Etat. Par conséquent, la violation du droit au respect de la vie familiale n'était pas établie.

607. Autrement dit, en ce qui concerne l'atteinte à la vie familiale, la Cour reconnaît l'importance des risques potentiels pesant sur la vie familiale des enfants et de leurs parents, mais constate que ces espèces, ils n'ont pas été insurmontables et que, malgré l'absence de reconnaissance de leur lien de filiation, les intéressés ont pu bénéficier d'une vie familiale. La Cour dans ce sens semble ici s'intéresser davantage à la situation concrète de ces familles qu'à la traduction de leur situation. De ce point de vue il est clair que les autorités françaises n'ont jamais empêché les enfants de vivre avec leurs parents. Leur situation n'a rien de commun avec celle qui existe dans une autre procédure pendante devant la Cour et qui concerne l'Italie. Dans ce cas, *Paradiso et Campelli c/ Italie*¹⁵⁵³, l'enfant a été retiré à ses parents d'intention et placé en vue d'adoption par une autre famille par les autorités italiennes. Il est vrai que dans cette affaire les circonstances du recours à une mère porteuse en Russie par des Italiens sont des plus contestables et qu'elle n'est en rien assimilable aux affaires françaises¹⁵⁵⁴. Toutefois, il est intéressant de comparer

¹⁵⁵⁰ CEDH, 22 avril 1997, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, § 48, Recueil des arrêts et décisions 1997 II, sur l'existence de « liens familiaux de facto ».

¹⁵⁵¹ CEDH, 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, requête n°3465/03, §49-50 et 56.

¹⁵⁵² CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.L c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01, précité.

¹⁵⁵³ CEDH, 27 Janvier 2015, *Paradiso et Campelli c/ Italie*, req. n° 25358/12.

¹⁵⁵⁴ Dans cette affaire, aucun des parents d'intention n'est le parent biologique de l'enfant. Outre la prohibition de la gestation pour autrui par le droit italien, se pose aussi la question de la nullité du contrat de gestation pour autrui au

la notion de vie familiale dans les deux cas. Ce qui semble justifier l'absence de condamnation de la France sur ce fondement est le fait d'avoir permis à ces familles d'avoir une vie familiale *in concreto*. Certes cette vie familiale est sans doute moins sereine que celle d'une famille plus « classique », ils doivent faire face à de nombreuses tracasseries administratives (absence d'acte de l'état civil français, incertitude quant à la nationalité française des enfants, quant à l'autorité parentale...), mais rien ne les empêche de vivre ensemble. Au contraire, les autorités consulaires françaises ont l'obligation de délivrer des documents de voyage permettant à l'enfant d'entrer sur le territoire français lorsqu'il n'existe pas de doute quant au rattachement de l'enfant à son père biologique et quant à l'identité et la volonté de la femme qui a accouché que cet enfant soit élevé en France par son père¹⁵⁵⁵.

608. D'autre part, pour la Cour, « *s'il est exact qu'un lien de filiation avec les [parents d'intention] est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français* ». Par ailleurs, le fait pour les enfants « *de ne pas être identifiés en droit français comme étant les enfants* » des couples « *a des conséquences dans leurs droits sur la succession de ceux-ci* ». Ces enfants ne peuvent hériter de leur parent que si ce dernier les a institués légataires. Les droits successoraux de l'enfant sont alors calculés comme un tiers (60 %). Il s'agit là encore d'un élément lié à l'identité filiale dont ces enfants se trouvent privés.

609. La Cour estime que si la France a la possibilité de « *décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire* », les conséquences que cela peut entraîner doivent néanmoins se limiter à la situation des parents qui « *seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises* ». Or, dans les situations présentées à la Cour EDH, les refus de reconnaissance des liens de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus de GPA avaient également des conséquences sur la situation des enfants « *dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se [trouvait] significativement affecté* ». La Cour en a déduit que se posait alors « *une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* ». « *On ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette*

regard du droit russe, loi n° 40 du 19 février 2004 sur la procréation médicalement assistée interdisant le recours aux techniques hétérologues de procréation artificielle en vue d'une fécondation *in vitro*.

¹⁵⁵⁵ V. Dans ce sens : CE, 4 mai 2011, *ministre Affaires étrangères et européennes c/ Morin*, n° 348778. Comp. pour un refus en raison des incertitudes entourant l'identité et la volonté exactes de la mère des enfants, CE, 8 juillet 2011, n° 350486 et V. Récemment CE, ord. 3 août 2016, n° 401924, *ministre des Affaires étrangères et du Développement international c/ Mme A*. Le Conseil d'Etat ordonne au ministre des Affaires étrangères de laisser rentrer sur le territoire un enfant né en Arménie, quand bien même sa naissance résulterait d'une convention de gestation pour autrui.

nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »¹⁵⁵⁶.

610. Les juges de Strasbourg prirent en considération le fait que l'un des parents d'intention était également le géniteur de l'enfant pour juger que la filiation biologique constituant un élément de l'identité de chacun, il ne saurait être « *conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* ». Dans les faits, non seulement ce lien n'avait pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais il n'avait pas non plus été consacré en droit français du fait de la jurisprudence prohibitive de la Cour de cassation¹⁵⁵⁷. Selon la Cour, « *en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne [du] lien de filiation à l'égard [du] père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation* »¹⁵⁵⁸. Compte tenu de l'importance particulière qu'il convient « *d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la*

¹⁵⁵⁶ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 99 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, § 78. Il faut toutefois prendre garde à ne pas interpréter ces attendus de manière trop hâtive. La Cour n'affirme pas qu'une incompatibilité existe entre le refus de reconnaissance de la filiation des enfants à l'égard des parents d'intention et les droits fondamentaux de l'enfant. Elle condamne pas la France pour avoir refusé de reconnaître ces filiations existant à l'étranger et rattachant les enfants nés d'une mère porteuse à leurs père et mère d'intention. Elle soulève ici uniquement problème de compatibilité qui existe entre la position française et les droits de l'enfant, mais elle n'y répond pas de manière générale.

¹⁵⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ. fam.* 2013, p. 579 ; *ibid.* 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 600, obs. C.-R et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *D.* 2013, p. 2383, *ibid.* p. 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 2377, avis C. PETIT ; *ibid.* p. 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *ibid.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* p. 954, obs. REGINE ; *ibid.* p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013, p. 816, obs. J. HAUSER et V. Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 74, note Cl. NEIRINCK, *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *AJ. fam.* 2014, p. 244, obs. F. CHENEDE ; *ibid.* p. 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

¹⁵⁵⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 100.

balance des intérêts en présence »¹⁵⁵⁹, la Cour a conclu à la violation du droit au respect de la vie privée des enfants requérants¹⁵⁶⁰ au sens de l'article 8¹⁵⁶¹.

611. Ce qui a entraîné la condamnation de la France dans les affaires *Mennesson* et *Labassée* est le caractère biologique de la filiation paternelle¹⁵⁶² : le père des enfants était à la fois père d'intention et père biologique¹⁵⁶³. Or, la jurisprudence française conduisait non seulement à la prohibition de la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres français, depuis 2011¹⁵⁶⁴; mais non plus, les décisions rendues par la Cour de cassation en 2013¹⁵⁶⁵ empêchent tout établissement de la filiation selon les modes d'établissement existant dans le droit français; la reconnaissance est nulle, la possession d'état est considérée comme viciée et le recours à l'adoption serait interdit pour cause de détournement de cette institution. En résumé, il était impossible pour le père biologique d'un enfant qui élève cet enfant de faire établir ou reconnaître sa filiation¹⁵⁶⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le refus de transcription sur les registres français de l'état civil des actes de naissance étrangers d'enfants issus d'une gestation pour autrui,

¹⁵⁵⁹ La CEDH avait déjà affirmé et réaffirmé, dans diverses situations opposant l'intérêt de l'enfant à l'intérêt général, l'ordre public ou l'intérêt d'un adulte, la primauté de l'intérêt de l'enfant. V. Dans ce sens : CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L c/ Luxembourg*, req. n° 76240/01 : La Cour a estimé que la décision de refus d'exequatur d'une adoption plénière effectuée à l'étranger par les juridictions nationales se fondant sur les règles de conflit de lois nationales « omet de tenir compte de la réalité sociale de la situation ». En n'admettant pas l'existence juridique des liens familiaux créés par l'adoption, les juridictions nationales ont fait subir à l'adoptant et l'adopté des inconvénients dans leur vie quotidienne. « L'enfant ne se voit pas accorder une protection juridique rendant possible son intégration complète dans la famille adoptive ». Or, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer. V. Aussi : CEDH, 16 décembre 2011, *Kanagaratnam c/ Belgique*, req. n° 115297/09 : Compte tenu de « la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant », la Cour a, par ailleurs, condamné la Belgique s'agissant de la détention d'une mère et de ses enfants dans « un centre fermé pour illégaux » en faisant expressément référence à l'intérêt supérieur de l'enfant « tel qu'il est consacré par l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant qui doit prévaloir y compris dans le contexte d'une expulsion ».

¹⁵⁶⁰ Dans ce sens, elle a régulièrement rappelé que l'Etat doit agir de manière à permettre au lien familial de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille. V. Dans ce sens : CEDH, série A, 27 oct. 1994, *Mutatis mutandis, Kroon et autres c. Pays-Bas*, n° 297-C, § 32.

¹⁵⁶¹ En invoquant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui stipule que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, la CEDH confirme ainsi sa jurisprudence par cette condamnation de la France. V. En ce sens : CEDH, 1^{ère} sect., 3 mai 2011, *Négrepontis-Giannisis c. Grèce*, req. n° 56753/08.

¹⁵⁶² A noter que la France a de nouveau été condamnée le 21 juillet 2016 par la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir refusé de transcrire à l'état civil les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui. Elle se prononçait dans les dossiers *Foulon* et *Bouvet* où des hommes ont eu recours à des mères porteuses en Inde. V. CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, req. n° 9063/14 et 10410/14. La Cour estime que le refus de transcription constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les deux affaires en l'espèce étaient arrivées jusqu'à la Cour de cassation qui avait estimé le 13 septembre 2013 que la naissance étant l'aboutissement d'une fraude à la loi, la GPA étant interdite en France, le refus de transcrire l'état civil étranger était justifié. Réf. Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, précité. La Cour européenne des droits de l'homme confirme ainsi la condamnation de 2014.

¹⁵⁶³ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11, § 99 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11, § 79.

¹⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 10-19.053 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, précité.

¹⁵⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, précité.

¹⁵⁶⁶ Selon les données transmises par le Gouvernement au Conseil de l'Europe, 34 transcriptions d'actes de naissance étrangers ont eu lieu entre la condamnation de juin 2014 et le 1^{er} janvier 2016. Il y a en revanche blocage quand un parent non biologique est mentionné (mère d'intention ou père d'intention dans un couple homosexuel), ce qui est le cas par exemple quand une GPA a lieu dans certains Etats des Etats-Unis. V. « Etat civil d'enfants nés de GPA : la France de nouveau condamnée », *Le Monde*, 21 juillet 2016.

s'ils n'étaient pas contraires au droit au respect de la vie familiale tel que garanti par l'article 8 CEDH, violait néanmoins le droit des enfants au respect de leur vie privée. Autrement dit, selon la CEDH l'impossibilité d'établir un lien de filiation à l'égard du père biologique constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants protégés par l'article 8 de la Convention. Pour parvenir à la condamnation de la France, la CEDH a ainsi relevé que la filiation biologique était un élément essentiel de l'identité, que l'intérêt de l'enfant doit primer et que les enfants ne sont pas responsables des conditions de leur conception et ne doivent pas en subir des conséquences négatives.

612. De plus, en l'absence de consensus européen, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas tranché sur la question de la gestation pour autrui en elle-même qu'elle n'autorise ni n'interdit la pratique de celle-ci. Il revient donc, encore selon elle, à chaque Etat partie de décider de la position à adopter sur son propre territoire mais il doit être cependant pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁶⁷, en lui reconnaissant le droit à l'établissement d'une filiation et à l'inscription sur les registres d'état civil. De cette manière, la CEDH ne légalise pas le principe de GPA en France mais admet dorénavant pour les enfants issus de cette pratique la reconnaissance à une existence juridique sur les actes de l'Etat civil. Elle condamne et fait donc cesser l'aléa juridique qui concernait de nombreux couples et enfant issus de la GPA à l'étranger. Les enfants nés par GPA, par le biais d'une convention juridique à l'étranger pourront désormais voir reconnaître leur filiation paternelle, dans le cadre d'une transcription sur les actes de l'Etat civil en France¹⁵⁶⁸. La CEDH n'a en aucun cas validé ou légalisé la pratique de la GPA mais tranché une situation discriminatoire pourtant atteinte à la vie privée de l'enfant¹⁵⁶⁹. Désormais, le France ne pourra nier la filiation entre un enfant né d'une GPA à l'étranger et son père biologique s'agissant d'enfants qu'elle considérerait comme conçu frauduleusement pour leur nier tout statut jusqu'alors.

613. Suite à cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence française en la matière devait changer pour prendre en considération l'identité de ces enfants jusque

¹⁵⁶⁷ La prise de position de la CEDH se conforme dans ce sens à l'article 3.1 de la CIDE qui dispose : « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale...* » et la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui prévoit une protection et un traitement égal des enfants, quelque soit leurs origines et prévoit que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur toute autre considération.

¹⁵⁶⁸ Désormais, la France ne peut plus refuser de transcrire sur les registres français d'Etat civil, les actes de naissance étrangers des enfants issus de GPA réalisées à l'étranger, alors que la Cour de cassation avait considéré la reconnaissance de la filiation par GPA aux Etats-Unis comme « *contraire à l'ordre public* » et « *aux principes essentiels du droit français* ». V. En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, précité et Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, précité.

¹⁵⁶⁹ Il s'agit de la reconnaissance en France des GPA pratiquées dans un cadre légal à l'étranger au regard de l'identité d'un individu.

là « *fantômes* »¹⁵⁷⁰. Restait à savoir si cette condamnation de la CEDH allait vraiment inciter la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence. C'est une réponse affirmative qui s'est imposée par deux arrêts rendus le 3 juillet 2015¹⁵⁷¹ par l'assemblée plénière de la Cour de cassation ayant été saisie de deux pourvois contre des arrêts rendus par la Cour d'appel de Rennes respectivement le 15 avril 2014¹⁵⁷² et le 16 décembre 2014¹⁵⁷³ et dans lesquels elle fait évoluer sa position traditionnelle. Ce fut l'occasion pour la Cour de cassation française de se placer en conformité avec la CEDH, qui l'avait donc condamnée dans cette affaire *Labassée et Mennesson*, en validant l'inscription sur les registres français de l'état civil des deux enfants nés de GPA pratiquées à l'étranger.

614. Dans les deux espèces, il s'agissait d'enfants nés en Russie en exécution d'une convention de gestation pour autrui et dont les actes de naissance mentionnaient en qualité de père les géniteurs commanditaires français et pour mères, les femmes russes qui avaient porté et accouché des enfants. Le premier de ces arrêts avait refusé d'ordonner la transcription dans les registres français de l'état civil de l'acte de naissance, dressé en Russie en conformité de la législation russe, en raison de l'illicéité en droit français de la convention de gestation pour autrui et de sa contrariété à l'ordre public. Cet arrêt a été cassé, avec renvoi pour être fait droit à la Cour de Paris, au motif que : « *pour refuser la transcription, l'arrêt retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclu entre M. X et Mme Z.; qu'en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* »¹⁵⁷⁴, à savoir l'article 47 du Code civil et l'article 3 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ainsi que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Au contraire, le second arrêt critiqué, du 16 décembre 2014¹⁵⁷⁵, avait ordonné la transcription dans les registres français de l'état civil de l'acte de naissance de l'enfant, régulièrement dressé en Russie en conformité de la législation russe. Le pourvoi formé par le procureur général a été rejeté au motif : « *qu'ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, la Cour d'appel en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue entre M. Y et Mme A. ne faisait pas obstacle à la transcription, de l'acte de naissance* ».

¹⁵⁷⁰ Les enfants nés d'une gestation pour autrui sont également appelés « les fantômes de la République » en raison de leur non reconnaissance sur les registres français d'Etat civil. Ce sont donc des enfants sans existence juridique sur le pays dans lequel ils habitent.

¹⁵⁷¹ Cass. Ass. plén., 3 juill. 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, D. 2015, p. 1438, obs. GALLMEISTER, A. GOUTTENOIRE, *JCP G* 2015, n° 38, p. 1614, précité.

¹⁵⁷² V. CA Rennes, 15 avril 2014, RG n° 13/01047.

¹⁵⁷³ V. CA Rennes, 16 décembre 2014, n° 13/08461.

¹⁵⁷⁴ V. CA Rennes, 15 avril 2014, RG n° 13/01047, précité.

¹⁵⁷⁵ V. CA Rennes, 16 décembre 2014, n° 13/08461, précité.

615. La question posée devant la Cour de cassation était simple. Le refus de transcription sur les actes de l'état civil français de l'acte naissance d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, régulièrement établi dans un pays étranger, peut-être motivé au seul fait que la naissance est l'aboutissement d'un processus comportant une convention de GPA? Pour la Cour de cassation, « *une GPA ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français* » ; « *les règles de transcription sur les actes de l'état civil français, interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, doivent s'appliquer au cas d'espèce* ». Ainsi et dorénavant, « *les actes de naissance dont la transcription est demandée [mentionneront] comme père celui qui a effectué une reconnaissance de paternité et comme mère la femme ayant accouché* ».

616. C'est donc un véritable revirement de jurisprudence par rapport à la jurisprudence antérieure qui, d'abord sur le fondement de la contrariété à l'ordre public dans trois arrêts du 6 avril 2011¹⁵⁷⁶, puis sur le fondement de la fraude dans deux arrêts tout aussi remarquables du 13 septembre 2013¹⁵⁷⁷, refusait systématiquement toute transcription, y compris dans les hypothèses où celui qui figurait en tant que père dans l'acte étranger était bien le père biologique de l'enfant¹⁵⁷⁸. En revanche, la Cour de cassation a précisé qu'elle ne s'était pas prononcée sur la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention. La question n'ayant pas été soulevée, la Cour de cassation n'a pas donc pas répondu à celle-ci. Si l'on peut en effet à présent partir du principe que la filiation paternelle et biologique peut être établie pour ces enfants, qu'en est-il de la mère d'intention? La Cour de cassation reconnaît une filiation avec « *la femme ayant accouché* » mais pas encore avec la mère d'intention de l'enfant... Dans les hypothèses soumises à son appréciation, le père figurant dans l'acte d'état civil étranger était le père biologique et la mère était la femme qui a accouché, c'est-à-dire bien la mère au sens du droit civil français. Ainsi, à l'heure actuelle en France, un enfant né d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger pourra voir sa filiation établie avec seulement son père biologique Il faudra donc, pour avoir une réponse

¹⁵⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-66.486 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 10-19.053 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, précité.

¹⁵⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *JCP G* 2013, p. 1731, note A. MIRKOVIC ; *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *AJ. fam.* 2013, p. 579 ; *ibid.* 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *ibid.* 600, obs. C.-R et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *D.* 2013, p. 2383, *ibid.* p. 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 2377, avis C. PETIT ; *ibid.* p. 2384, note M. FABRE-MAGNAN ; *ibid.* 2014, p. 689, obs. M. DOUCHY-OUUDOT ; *ibid.* p. 954, obs. REGINE ; *ibid.* p. 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013, p. 816, obs. J. HAUSER, précité.

¹⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 74, note Cl. NEIRINCK, *D.* 2014, p. 1176 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* p. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *AJ. fam.* 2014, p. 244, obs. F. CHENEDE ; *ibid.* p. 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, précité.

plus complète, attendre que la Cour européenne des droits de l'homme elle-même précise sa position¹⁵⁷⁹.

617. Il n'en reste pas moins que ces deux arrêts marquent sans doute une certaine avancée et invitent à se poser la question des conséquences pratiques qui en découlent. La Cour de cassation reste prudente dans sa prise de position. Elle se borne à affirmer qu'en vertu de l'article 47 du Code civil¹⁵⁸⁰, les actes d'état civil dressés à l'étranger font foi en France dès lors qu'ils ont été rédigés dans les formes usitées dans l'Hexagone, sauf s'ils sont irréguliers, falsifiés, ou que les faits qui sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. En cela cette jurisprudence s'inspire directement du raisonnement suivi par la circulaire *Taubira* du 25 janvier 2013 qui recommandait la délivrance d'un certificat de nationalité française à l'enfant dès lors que l'un de ses parents, de nationalité française, pouvait présenter un acte étranger d'état civil probant en France au regard de l'article 47 du Code civil. La Cour de cassation ne semble pas exiger, au stade de cette transcription, la preuve de la paternité génétique ni celle de l'accouchement de la mère mentionnée dans l'acte, évitant de ce fait le recours systématique à une expertise.

618. Cette nouvelle jurisprudence ne règle pas toutes les difficultés notamment lorsque l'acte de naissance étranger comporte des indications qui, sans être inexacts ou falsifiées, n'ont néanmoins pas de strict équivalent dans l'ordre juridique français (par exemple un acte qui mentionnerait, comme c'est parfois le cas, l'existence d'un parent légal). De plus, quelle sera la solution de la Cour européenne des droits de l'homme dans une situation où l'acte d'état civil étranger mentionne, comme mère de l'enfant, non pas la mère porteuse mais celle qui serait bel et bien la mère génétique de cet enfant. A suivre la position de la Cour européenne des droits de l'homme, l'importance de la réalité biologique comme élément d'identité de chacun devrait faire pencher la balance vers la transcription des deux lignes de filiation. Mais comment concilier cette exigence avec la définition de droit français qui veut que la mère soit celle qui accouche ?

619. Même si ces arrêts interviennent dans des circonstances très particulières, la Cour de cassation avance à petits pas en la matière et qu'en tout cas, elle abdique devant la jurisprudence de la CEDH en ne considérant plus que l'illicéité du recours à une convention de gestation pour autrui corrompt tout le processus lorsque cette GPA est pratiquée à l'étranger. Si ce faisant, la Cour de cassation fait un sort à la fraude, qui était déjà apparue à beaucoup comme une arme démesurée, la question du parent d'intention reste entière et constituera sans doute le prochain bastion de la lutte

¹⁵⁷⁹ Une position qui n'a pas changé avec sa récente décision du 21 juillet 2016. V. CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, req. n° 9063/14 et 10410/14, précité.

¹⁵⁸⁰ Article 47 du Code civil : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

entre les défenseurs d'un assouplissement total et ses détracteurs, qui veulent résister à la mondialisation de la gestation pour autrui. Au vu de ces arrêts, la question se pose notamment de savoir si, une fois l'acte transcrit vis-à-vis du père, cette transcription ouvre non aux parents d'intention de nouvelles pistes, précédemment fermées, telles que l'adoption de l'enfant du conjoint ou la possession d'état. De plus, il est utile de rappeler qu'auparavant, et de manière constante, toute tentative d'établir directement en France un lien de filiation avec les enfants issus d'une GPA était vouée à l'échec¹⁵⁸¹. Ces différentes pistes sont-elles aujourd'hui réactivées ou la Cour de cassation, contrainte de s'incliner s'agissant du père biologique, va-t-elle au contraire résister de plus fort sur ce terrain de la filiation vis-à-vis du parent d'intention ? Il faudra sans doute attendre pour avoir des éléments de réponse que la CEDH rende d'autres arrêts sur ces questions et que le Cour de cassation soit saisi dans d'autres circonstances que les deux cas d'espèce commentés ici. Des questions restent ainsi en suspens. Qu'en est-il de la reconnaissance en France d'une filiation établie à l'étranger entre un enfant né d'une GPA et ses parents d'intention ? Qu'en est-il même de l'établissement en France d'une filiation avec l'autre père ou mère qui n'aura pas porté l'enfant ?

620. La GPA constituant un tabou politique, le Premier ministre français a quant lui tenu à éviter toute ambiguïté quant à la portée de la décision de la Cour de cassation : « *Le recours à la GPA demeure un interdit absolu en France* », « *cet interdit n'est remis en cause ni par les arrêts de la Cour de cassation ni par les arrêts de la CEDH* ». Ceci étant, « *les enfants ne doivent pas être victimes de la manière (...) dont ils sont venus au monde* ». Si la Cour de cassation s'aligne sur la position de la CEDH en matière de filiation des enfants issus de GPA légalement pratiquées à l'étranger, cet alignement n'est que partiel ...¹⁵⁸² Sans doute, la Cour sera-t-elle rapidement à nouveau saisie afin de répondre aux questions laissées en suspens.

621. En toute hypothèse, ces arrêts si remarquables soient-ils, sont loin de régler toutes les questions liées à la gestation pour autrui tant celles-ci sont diverses. On peut s'interroger quant à la portée de ces décisions lorsque les deux parents d'intention sont les parents biologiques de l'enfant. L'enfant est né d'une femme qui l'a porté mais qui n'a aucun lien biologique avec lui et celle dont il est biologiquement issu n'a pas accouché...Quelle est ainsi la compatibilité de la jurisprudence de la CEDH avec la règle *Mater semper certa est* ? Les arrêts du 26 juin 2014 commandent-ils que cette mère biologique puisse établir ou voir reconnaître son lien de filiation envers cet enfant ? Et dans l'affirmative, quel moyen juridique utilisé et que devient la femme qui l'a porté ? Et si aucun des deux parents d'intention n'a de lien biologique avec l'enfant, que devient cet enfant une fois sur

¹⁵⁸¹ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén., n°4 ; D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *JCP G* 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; *R.T.D. civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *Défrénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité.

¹⁵⁸² V. « GPA, PMA : quel sera l'impact de la décision de la CEDH sur le droit français ? », *Le Monde*, 27 juin 2014.

le territoire français? Si l'on ne permet, ni l'établissement ni la reconnaissance de lien de filiation le reliant à ses parents d'intention, comment expliquer juridiquement que ces derniers sont investis de l'autorité parentale ? Et même en admettant qu'ils soient investis de l'autorité parentale, quelles filiations pour cet enfant ? Que devient son droit à l'identité ? Ce droit restreint-il à la seule identité biologique ou laisse-t-il une place à la réalité sociologique ? Et quelle sera encore la situation de l'enfant né du projet parental d'un couple de même sexe et d'une mère porteuse ? En admettant qu'il s'agisse d'un couple d'hommes mariés et que l'un des deux soit le père biologique de l'enfant, les arrêts du 26 juin 2014 obligent à reconnaître ou à permettre l'établissement de son lien de filiation¹⁵⁸³. Et pour l'autre conjoint ? Si la mère porteuse a renoncé à ses droits parentaux, une adoption de l'enfant du conjoint est-elle envisageable lorsque, comme en France¹⁵⁸⁴, elle est autorisée pour les couples de même sexe mariés ? Sont-ils dans une même situation que ces couples de femmes qui ont eu recours à une insémination artificielle avec tiers donneur à l'étranger ?

622. En France, après quelques hésitations de certains juges du fond, la Cour de cassation, par avis du 22 septembre 2014¹⁵⁸⁵, à clôturer les débats en affirmant que ces enfants peuvent être adoptés par l'épouse de leur mère¹⁵⁸⁶. Les situations ne sont évidemment pas semblables puisque dans le cas de la PMA réalisée à l'étranger par un couple de femmes, il n'y a ni prohibition formelle dans le droit français, ni intervention d'une personne physique dans le processus, seulement de gamètes, et la femme qui a accouché est la mère de l'enfant. Pour autant, la conception de l'égalité de certains ne pourrait-elle aller jusqu'à vouloir que les enfants nés grâce à une procréation médicale assistée dans les couples de femmes soient traités de la même manière que les enfants nés du projet parental d'un couple d'hommes et d'un contrat de maternité pour autrui ? Et point de vue des droits de l'enfant, une fois admis en droit positif le principe d'un double lien de filiation monosexuée, comment lui interdire d'avoir une identité juridique conforme à la vérité sociologique ?

623. Les réponses viendront peut-être dans de futurs arrêts de la CEDH mais pour l'instant, ces interrogations demeurent sans réponses. A moins que la CJUE n'y soit confrontée la première... Certes, la question de la légalisation de la gestation pour autrui n'est pas de sa compétence, mais

¹⁵⁸³ Ce qui supposerait qu'une adoption de l'enfant du conjoint soit admise dans l'intérêt de l'enfant et en dépit de l'existence de la convention de maternité pour autrui ; ou celle de savoir si, au-delà de la motivation des arrêts de la Cour européenne des droit de l'homme, la transcription est ou non admise lorsque l'enfant a été conçu avec un don de sperme et où le père français d'intention n'est pas le géniteur.

¹⁵⁸⁴ Réf. Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

¹⁵⁸⁵ Cour de cassation, deux avis, n° 15010 et n° 15011 du 22 septembre 2014.

¹⁵⁸⁶ Les deux arrêts de la Cour de cassation de 2015 sont à rapprochés des avis du 22 septembre 2014 dans lesquels la Cour de cassation a affirmé que le recours à l'assistance médicale à la procréation à l'étranger dans des conditions différentes de celles exigées par la loi française ne fait pas obstacle à l'adoption par l'épouse de la mère de l'enfant né de cette procréation. Ainsi, les conditions de la conception médicalement assistée, PMA ou GPA, sont désormais en elles-mêmes indifférentes à la reconnais de sa filiation. V. Cass., avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.007 et Cass. avis, 22 sept. 2014, n° 14-70.006, précité.

d'autres problématiques pourraient l'amener à prendre position sur l'obligation de reconnaissance des liens de filiation unissant les parents d'intention aux enfants issus de gestation pour autrui. Elle a déjà eu à se prononcer sur la conformité au principe de non-discrimination d'un refus de congé de maternité ou d'adoption à une mère d'intention dans deux affaires¹⁵⁸⁷. Le principe de libre circulation ne pourrait-il la conduire à se prononcer sur le refus de reconnaissance par un Etat membre prohibant la gestation pour autrui d'une filiation d'intention établie dans un Etat membre autorisant la gestation pour autrui ?

Les enfants nés d'une GPA à l'étranger, donc d'une technique médicale rigoureusement interdite par le droit français, peuvent néanmoins être inscrits sur l'état civil en France. Dès lors, il convient de s'interroger si l'interdiction absolue en vigueur en France sera soutenable longtemps compte tenu de la réalité internationale du recours à la GPA par des couples français.

§ 2 - Une prohibition majoritairement approuvée

624. A priori le débat sur la GPA n'a pas lieu d'être. Interdiction totale et quasi-unanimité sur le maintien de cette interdiction semblent apposer une ligne clairement définie pour longtemps. Il s'est pourtant installé pendant la discussion sur la loi de 2013, certains élus prêtant au gouvernement l'intention cachée d'installer la GPA sous couvert de loi sur le « mariage pour tous ». Même s'il n'en est rien une fois que l'on débarrasse le débat des effets de tribune parlementaire, des questions demeurent si l'on veut éviter la création « d'orphelins de la république », victimes d'une GPA réalisée à l'étranger (A).

625. La législation sur la GPA évoluera-t-elle en France dans un proche avenir? S'il est permis d'en douter, les éléments objectifs du dossier plaident pour conserver une attitude suffisamment pragmatique. On constate en effet que les Etats membres de l'Union européenne n'ont pas une position unanime sur la question, certains d'entre eux, comme la Grèce, n'hésitent pas à mettre en avant une législation suffisamment permissive pour être, aux portes de Paris, le lieu idéal pour pratiquer une GPA sans risque médical majeur (B).

¹⁵⁸⁷ CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12 et C-167/12.

A - Le cœur du débat de la GPA

626. La gestation pour autrui ou de manière plus générale, la maternité de substitution (gestation et procréation pour autrui), a occupé une place qui peut apparaître quelque peu paradoxale dans les discussions relatives à l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : absente du projet de loi, officiellement rejetée par les plus hautes autorités de l'Etat, elle fut pourtant omniprésente dans les débats parlementaires et doctrinaux entourant le vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Cette situation s'explique en grande partie par la crainte ou l'espoir, selon les groupes qui se rattachaient à ce sentiment que la loi ne soit que la première étape d'une évolution plus insidieuse. Il est vrai que la politique législative en droit des personnes et de la famille semble emprunter, depuis plusieurs dizaines d'années, la technique des « *petits pas* » ou du « *jardin d'acclimatation* », technique qui consiste à avancer par étapes successives dans le sens d'une libéralisation toujours plus poussée. Après avoir admis la parenté monosexuée *via* l'adoption, il devenait logique d'accorder la PMA aux couples de lesbiennes ? Après avoir admis la PMA aux couples de femmes, comment pourrait-on justifier d'en exclure les couples d'hommes ? Et si d'aventure, il était décidé d'ouvrir la GPA aux couples homosexuels, comment pourrait-on en justifier l'exclusion aux couples hétérosexuels ? Pour autant l'omniprésence de la GPA dans le débat en 2013 doit largement aussi à la tactique politique, une partie de la droite utilisant l'argument de la GPA afin de plomber le débat lié à la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 afin de déporter sur un sujet qui faisait davantage polémique, car rejeté par une grande partie de l'opinion publique française.

627. Mais la place occupée par la GPA ne s'explique pas seulement par la crainte ou l'espoir de cet effet « domino » ou « papillon ». Elle tient aussi à la constatation d'un fait devenu incontournable ces dernières années : de plus en plus de couples français se rendent à l'étranger pour profiter d'une GPA, n'hésitant pas de retour sur le territoire national, à contourner la loi, notamment en cherchant à faire inscrire l'enfant à l'état civil. Si la situation de ces « orphelins de la République », pour reprendre l'expression utilisée par les défenseurs de ces enfants nés d'une GPA, avait déjà été évoquée dans le débat public à l'occasion de la médiatisation des affaires *Menesson*¹⁵⁸⁸ et *Labassée*¹⁵⁸⁹, elle est réapparue de manière inattendue pendant la discussion au Parlement de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Alors que la loi ne contient aucun article relatif à la GPA et que le gouvernement a toujours affirmé qu'il y était opposé, la publication de la Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française, enflamme les

¹⁵⁸⁸ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, req. N° 65192/11.

¹⁵⁸⁹ CEDH, 26 juin 2014, *Labassée c/ France*, req. N° 65941/11.

débats. Pourtant la circulaire n'a d'autre but que de faciliter la délivrance de certificats de nationalité française aux enfants nés de mères porteuses à l'étranger. En aucun cas elle ne remet en cause l'interdiction de la GPA. L'opposition s'empare de la publication de la circulaire pour en faire un argument dirigé contre le gouvernement. BERNARD ACCOYER, ancien Président de l'Assemblée nationale, déclare : « *Madame Taubira, la circulaire que vous avez publiée aujourd'hui vous conduit à accepter la GPA en France, mais aussi en dehors de nos frontières. C'est insupportable. C'est une marchandisation du corps inadmissible* ».

628. Pour DANIEL FASQUELLE, député UMP de la 4^e circonscription du Pas-de-Calais, la circulaire est « *une forme de légalisation, en douce, de la gestation pour autrui* ». « *Des couples vont aller à l'étranger pratiquer la GPA, et conforter ensuite des situations qui en France sont illégales, explique-t-il. On ouvre la voie à bien d'autres dérives... Ce ne sont plus seulement les droits de l'enfant que l'on viole, mais aussi ceux de la personne humaine. Car la GPA est une forme de location du corps humain* ». La polémique relative à la circulaire du 25 janvier 2013 est telle que – fait inhabituel sous la Ve république – le 31 janvier, le Président de la République adresse une lettre au Président du groupe parlementaire UMP à l'Assemblée nationale, CHRISTIAN JACOB¹⁵⁹⁰. Le Président de la République, FRANÇOIS HOLLANDE, précise que la circulaire du 25 janvier 2013 « *n'a donc pas pour objet d'autoriser l'octroi de la nationalité à un enfant qui ne la posséderait pas déjà ni celui de modifier la filiation de l'enfant. Elle ne change rien au droit des personnes. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une reconnaissance de la gestation pour autrui à laquelle je suis, comme vous le savez formellement opposé* ». L'âpreté des débats montre à quel point la question de la GPA soulève des arguments passionnés, voire excessifs, qui en empêchent un examen de fond rationnel et apaisé. C'est sans doute cette crainte qui conduit le gouvernement à reporter à l'horizon 2015 la conférence sur la famille, normalement prévue à quelques mois du vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013. Une conférence de la famille dont certains, à l'instar de Bruno le Roux, Président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale, imaginaient qu'elle permettrait d'avancer sur des dossiers controversés puisqu'il déclarait le 7 janvier 2013 : « *L'extension de la PMA sera votée en 2013. Je m'y engage* ». Des engagements laissés lettre morte.

629. Le débat sur la gestation pour autrui s'articule autour de quelques principes essentiels, tantôt prohibitifs, tantôt permissifs. Son interdiction est justifiée dans un premier temps par des principes d'ordre public. Dans son arrêt fondateur de 1991¹⁵⁹¹, la Cour de cassation avait estimé que la convention de mère porteuse était contraire à deux principes d'ordre public : l'indisponibilité du

¹⁵⁹⁰ V. Annexe 10 : Lettre du Président de la République au Président du groupe parlementaire UMP à l'Assemblée Nationale.

¹⁵⁹¹ Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, Bull. Ass. plén., n°4 ; D. 1991, jur., p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, JCP G 1991. II, 21752, avis BERNARD, concl. DONTENVILLE et note F. TERRE ; R.T.D. civ. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, *Déférénois* 1991, p. 948, obs. J. MASSIP, précité.

corps humain et l'indisponibilité de l'état des personnes. Tandis que le premier était invoqué contre l'*objet* du contrat, le second l'était contre sa *cause*¹⁵⁹². Selon les Hauts magistrats, l'objet de la convention était tout d'abord contraire au principe d'indisponibilité du corps humain. Faute de texte consacrant ce principe, l'assemblée plénière s'était appuyée sur l'article 1128 du Code civil : le corps humain serait une chose hors commerce, une « *chose sacrée* », qui ne pourrait faire l'objet d'un contrat, fût-il gratuit. Il est vrai que la convention de mère porteuse organise la mise à disposition du corps humain, et ce, à un double titre : si elle suppose évidemment l'emploi du corps de la mère porteuse, elle prévoit également la mise à disposition de l'enfant à travers son don ou son abandon aux parents d'intention¹⁵⁹³. Très tôt, différents auteurs ont toutefois contesté la pertinence, et même l'existence, de ce principe, en mettant en avant les multiples dérogations qu'il rencontre : don du sang, don d'organe, contrat de nourrice, et mère, dans une certaine mesure, certains contrats de travail¹⁵⁹⁴. Par la suite le législateur de 1994 donna quelque crédit à cette critique en ne consacrant pas ce principe d'indisponibilité dans le chapitre relatif au respect du corps humain. La Cour de cassation, elle-même, semble aujourd'hui douter de sa pertinence. C'est en effet au nom du seul principe d'indisponibilité de l'état des personnes, sans dire un mot du principe d'indisponibilité du corps humain, que la première Chambre civile s'est récemment opposée à la reconnaissance de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger¹⁵⁹⁵. Ce ne serait donc plus l'objet, mais uniquement la cause de la convention qui serait désormais stigmatisée.

630. Il convient de s'interroger en quoi la cause de la convention de mère porteuse serait contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes. Il suffit de relire l'attendu de principe de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1989 qui avait prononcé la nullité de l'association *Alma Mater*. Les Hauts magistrats avaient estimé que cette association avait pour objet de favoriser la conclusion de convention contraire « *au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession également prohibée des droits reconnus par la loi à la future mère* »¹⁵⁹⁶. La Cour estime que « *cette association était nulle en raison de l'illicéité de son objet* ». La convention serait donc contraire au principe d'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elle aurait pour finalité d'instituer comme mère, non pas la femme qui a porté et mis au monde l'enfant, mais sa « *mère d'intention* ». Mais, là encore, on a pu douter de la pertinence d'un tel principe du fait qu'il connaisse de nombreuses exceptions. Outre l'adoption plénière et le changement de nom, on songe évidemment surtout à la

¹⁵⁹² V. Y. CHARTIER, rapp. Sur Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417.

¹⁵⁹³ V. M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fiction et réalité*, Fayard 2013.

¹⁵⁹⁴ V. M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 507.

¹⁵⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, précité.

¹⁵⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n°88-15.655, *Association Alma Mater*, *D.* 1990, Jur., p. 273, rapp. J. MASSIP.

possibilité pour les personnes transsexuelles d'obtenir, à certaines conditions, la modification de leur sexe à l'état civil. La Cour de cassation semble aujourd'hui privilégier ce principe pour justifier la valeur impérative de la prohibition française de la gestation pour autrui. Mais il n'est pas évident que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes soit mieux armé que le principe de l'indisponibilité du corps humain pour faire durablement obstacle, si ce n'est à la légalisation de cette pratique, du moins à la reconnaissance de ses effets sur le territoire national.

631. Sur ces questions, la Cour de cassation n'a pas encore fait usage du principe de dignité de la personne humaine. Pourtant, les opposants à la GPA ne manquent pas de mettre en avant l'asservissement fût-il volontaire qu'implique une telle « *technique* » de procréation assistée : la mère porteuse, et non seulement son corps, serait mise au service des parents d'intention et de leur désir d'enfant. Et l'on admettra bien volontiers que le service ici rendu, qu'il soit gratuit ou rémunéré, n'est en rien comparable - car infiniment plus contraignant par son engagement physique et psychologique - à de simples activités couramment prises en charges par la solidarité amicale, de simples contrats de prestations de service ou de travail.

632. Il est toutefois permis de douter que la mobilisation de ce principe de dignité de la personne humaine permette de clore définitivement le débat. Comme tous les principes fondamentaux son application suppose non seulement son interprétation - qu'est-ce que la « dignité humaine » ? Qu'est-ce qu'une pratique contraire à celle-ci? - mais également sa confrontation à d'autres exigences fondamentales, exigences que ne manquent pas de mettre en avant les partisans de la légalisation ou de la reconnaissance de la GPA. Effectivement, en opposition aux principes d'ordre public évoqués, les partisans de la GPA invoquent pour l'essentiel les droits de l'homme et des libertés fondamentales. Des droits et libertés qui varient selon qu'ils évoquent la situation des parents d'intention, de la mère porteuse, ou encore des enfants nés d'une gestation pour autrui. Du côté des commanditaires, on évoque parfois le *droit à l'enfant* ou, plus souvent, de manière plus positive, le *droit de fonder une famille*. Le principe d'égalité est aussi invoqué pour contester que la voie de la procréation médicalement assistée soit ouverte à certains couples stériles et fermée à d'autres. Pour les partisans de la GPA il est difficile d'admettre une telle discrimination dans l'accès à la parenté, un argumentaire qui occulte évidemment le sens et la portée du principe d'égalité. Faut-il encore rappeler, à la suite du Conseil constitutionnel, que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que « le législateur règle de façon différente des situations différentes »* ? Or, il semble difficilement envisageable de placer sur un même plan insémination artificielle ou fécondation in vitro et gestation pour autrui.

633. En abandonnant la situation des parents d'intention pour se tourner du côté de la situation de la mère porteuse, ce n'est plus *le droit à...*, mais *la liberté de...*, qui est sollicitée. En effet, de quel droit serait-il envisageable de s'opposer à la volonté libre et éclairée d'une femme dont l'altruisme devrait être loué plutôt que brimé? On retrouve ici la logique sous-jacente à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à *l'autonomie personnelle*, dont l'affaire *K. A. et A. D.*¹⁵⁹⁷ demeure sans doute l'illustration la plus frappante. Cette logique libérale - qui explique que certains Etats comme le Royaume-Uni ont une approche de la GPA différente d'un Etat comme la France - n'est pas dénuée de contradictions. La pensée de LACORDAIRE demeure et demeurera toujours pertinente : entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c'est la liberté qui opprime, la loi qui s'affranchit. Or la pratique actuelle de la gestation pour autrui a fait émerger un « *marché de la procréation* » pour le moins déséquilibré : au Nord et à l'Ouest, les parents d'intention : au Sud et à l'Est, les mères porteuses, comme une sorte de division internationale moralement contestable, au point d'ailleurs que JEAN HAUSER, évoque « *certaines mœurs romaines proches de l'esclavage* »¹⁵⁹⁸.

634. Les enfants nés de GPA à l'étranger sont souvent qualifiés d'« *orphelins* » ou de « *laissés pour compte* » de la République. Il convient d'admettre que la filiation juridique de ces enfants ne correspond pas à leur filiation vécue. Si l'établissement de la filiation paternelle ne pose que rarement difficultés lorsque le père d'intention est également le père biologique, il n'en va pas de même de la filiation maternelle : l'adoption est jugée frauduleuse, la reconnaissance mensongère, la possession d'état viciée¹⁵⁹⁹. La Cour de cassation a répondu que cette situation n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale en rappelant dans un premier temps, qu'un tel défaut de reconnaissance ne privait pas les enfants de la filiation paternelle et maternelle que le droit étranger leur reconnaissait. Autrement dit, les deux parents d'intention demeurent leurs parents officiels, non pas au regard du droit français mais au regard du droit étranger.¹⁶⁰⁰ Les Hauts magistrats rappellent dans un second temps que les refus de transcription à l'Etat civil ne les empêchaient pas de vivre en France avec leurs parents d'intention¹⁶⁰¹. Si cette dernière affirmation est exacte, elle mérite cependant d'être précisée si l'on veut se convaincre que l'intérêt de l'enfant n'est pas négligé par le droit français.

635. Rappelons que le défaut de reconnaissance des GPA réalisées à l'étranger n'empêche pas les parents de revenir sur le territoire français accompagné de leurs enfants. Le Conseil d'Etat a

¹⁵⁹⁷ CEDH, 17 février 2005, A.K et A.D c/ Belgique, req. n° 42758/98 et req. n° 45558/99

¹⁵⁹⁸ J. HAUSER, « La filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d'Etat ? », RTD civ, 2007, p. 556.

¹⁵⁹⁹ V, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2, B.

¹⁶⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, n° 09-17.130, précité.

¹⁶⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, précité.

en effet jugé, au nom de l'intérêt supérieur des enfants que les autorités consulaires étaient tenues de délivrer un « *document de voyage* » à ces enfants afin qu'ils puissent séjourner en France auprès de l'homme qui les avait reconnus¹⁶⁰². Ajoutons que si la filiation paternelle n'est pas mensongère, c'est-à-dire si le père d'intention est réellement leur père biologique, les enfants se verront attribuer la nationalité française en application de l'article 18 du Code civil¹⁶⁰³. La Chancellerie, à travers la circulaire du 25 janvier 2013, a d'ailleurs souhaité favoriser l'attribution et la preuve de leur nationalité en informant les procureurs et les greffiers que le « *seul soupçon* » d'une convention de mère porteuse ne devait pas faire obstacle à l'attribution d'un certificat de nationalité française¹⁶⁰⁴.

636. Ni orphelins, ni apatrides, les enfants nés d'une gestation pour autrui ne sont pas davantage empêchés de vivre et d'être élevés par leurs deux parents d'intention. De l'aveu même des responsables d'association d'aide aux couples infertiles, les couples ayant eu recours à une GPA ne rencontrent pas de difficultés particulières dans leur vie quotidienne : les enfants sont rattachés au régime de sécurité sociale de leur père, peuvent être inscrits en crèche, à l'école, obtenir une carte d'identité ou passeport¹⁶⁰⁵. Enfin, ils peuvent récemment se voir reconnaître leur filiation paternelle car leur inscription sur les registres d'Etat civil français est maintenant acceptée.¹⁶⁰⁶ Certes la mère d'intention, la femme qui les élève n'est pas au regard du droit français, la mère de ces enfants. Il ne faudra toutefois pas exagérer les incidences d'un tel défaut de parenté. Le père peut parfaitement consentir une délégation-partage de l'autorité parentale au profit de sa compagne¹⁶⁰⁷. Il peut également la désigner comme tutrice en prévision de son décès¹⁶⁰⁸. En cas de séparation du couple, la mère d'intention ne sera pas davantage privée de ses droits. *A minima*, elle pourra se prévaloir de son droit au maintien des relations personnelles avec les enfants¹⁶⁰⁹. Plus vraisemblablement, elle pourra demander au juge des affaires familiales de lui confier les enfants en application de l'article 373-3 alinéa 2 du Code civil¹⁶¹⁰.

¹⁶⁰² V. CE, 4 mai 2011, n° 348778 et n° 348779, *ministre des Affaires étrangères et européennes c/ Morin et V.* Récemment, CE. ord., 3 août 2016 n° 4011924, *ministre des Affaires étrangères et du Développement international c/ Mme A* : le Conseil d'Etat a ordonné de laisser entrer en France un enfant né en Arménie et issu d'une GPA.

¹⁶⁰³ Article 18 du Code civil prévoit : « *Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français* ».

¹⁶⁰⁴ V. Sur cette directive : J.-R. BINET, « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP G* 2003, p. 161 ; N. MATTHEY, « Circulaire Taubira. Entre illusions et désillusions », *JCP G* 2013, p. 162.

¹⁶⁰⁵ Sur ce point, V. Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, Groupe de travail du Sénat, par M. ANDRE, A. MILON et H. DE RICHEMONT, Les rapports du Sénat, n° 421, 2008, p. 44.

¹⁶⁰⁶ Cass. Ass. plén., 3 juill. 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, *D.* 2015, p. 1438, obs. GALLMEISTER.

¹⁶⁰⁷ Articles 377 et 377-1 du Code civil.

¹⁶⁰⁸ Article 403 du Code civil.

¹⁶⁰⁹ Article 371-4 du Code civil.

¹⁶¹⁰ L'association de la mère d'intention à l'éducation des enfants sera encore facilitée par la consécration annoncée d'un statut du « *tiers proche de l'enfant* ».

Si le droit français est contraint demain de reconnaître tous les effets d'une gestation pour autrui déjà amorcés par la condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme de 2014¹⁶¹¹, il faudra bien envisager la perspective de l'abandon de son interdiction sur le territoire national. Mais, avant de franchir ce nouveau pas, il conviendra de se pencher si l'évolution est possible et, si jamais elle l'est de définir le domaine et les conditions d'application de la GPA.

B - Quelle évolution pour la GPA?

637. La position d'interdiction de la France relativement à la GPA est à ce point claire, de même que les prises de position des principaux partis politiques français, qu'un consensus quasi inébranlable semble s'être dessiné. Au point d'ailleurs, qu'il semble illusoire d'imaginer une évolution qui irait dans le sens d'une ouverture à court ou moyen terme. L'unanimité constatée en France semble tout entière réunie dans les positions exprimées par SYLVIANE AGACINSKI, dans son livre, *Corps en miettes*¹⁶¹². Elle y dénonce la « *marchandisation* » qui est le cœur de la gestation pour autrui : sous couvert « *d'indemnités* » ou de « *dédommagements* », selon elle, la motivation principale des mères porteuses reste financière. « *Commerce dégradant* », la gestation pour autrui utilise autrui : « *on entre ici dans une logique de fabrication de l'enfant avec des matériaux biologiques, et l'enfant devient lui-même une marchandise* ». Contraire à la dignité humaine, la gestation pour autrui « *porte atteinte à l'intégrité physique de la mère, en engageant profondément sa vie organique et psychique sans nécessité thérapeutique. Elle touche aussi à la dignité de l'enfant, sur la tête de qui un contrat a été passé* ». Sans nier la souffrance de ceux qui ne peuvent pas avoir d'enfant, elle rappelle qu'il n'existe pas de « *droit à l'enfant* ».

638. Pourtant, en dépit de ces très fortes résistances, les législations sur la GPA à travers le monde sont parfois très différentes de la position française et devraient contraindre les Etats les moins permissifs à tenir compte d'un environnement international où leurs ressortissants n'hésiteront pas à pratiquer la GPA dans les pays qui le permettent. Dans ce contexte mouvant,

¹⁶¹¹ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11 et *Labassée c/ France*, n° 65941/11; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET ; *D.* 2014, p. 1788, P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015, p. 707, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 128, note C. NEIRINCK ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note BERGOIGNAN-ESPER ; *RDT civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. BURGORGUE-LARSEN. V. Aussi, H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassé et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014, p. 1773 ; F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1797 ; L. d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806 ; V. DEPADT, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6. V. Encore, M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184 ; J. MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? », *D.* 2014, p. 2419, précité.

¹⁶¹² S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, FLAMMARION, 2009.

même si la France n'est pas aujourd'hui en position de fléchir sa position sur la GPA, il n'est pas interdit de poser des questions sur les conditions dans lesquelles l'ouverture à la GPA pourrait s'envisager. Devrait-elle être conditionnée à une infertilité, que celle-ci soit naturelle (couples homosexuels) ou pathologique (couple hétérosexuel), ou pourrait-elle également être sollicitée pour simple convenance ? Si l'on suit les exemples étrangers, seule l'impossibilité de porter un enfant devrait ouvrir l'accès à cette nouvelle technique de PMA. Doit-on permettre uniquement la gestation pour autrui stricto sensu, c'est-à-dire l'hypothèse où l'enfant est conçu avec les gamètes des membres du couple ou du tiers donneur, et exclure la procréation pour autrui, c'est-à-dire l'hypothèse où la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant ?

639. Si quelques pays, comme Israël, ont fait ce choix, la majorité des Etats qui ont légalisé la GPA admettent que la mère de substitution soit également la mère biologique de l'enfant. En revanche, il est fréquemment exigé qu'au moins l'un des deux parents d'intention soit le parent génétique de l'enfant. Quels sont les couples qui pourraient profiter de cette technique ? Le droit français admettant désormais le principe de la filiation monosexuée, via l'adoption, il est imaginable que la GPA soit ouverte tant aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels. Par ailleurs, la PMA étant aujourd'hui ouverte, non seulement aux époux, mais également aux concubins ou aux partenaires, on peut penser que la maternité de substitution, si elle était admise, ne serait pas davantage réservée aux gens mariés. La mère porteuse devrait-elle percevoir une rémunération en contrepartie de la gestation opérée au profit d'autrui ? Souhaitant dissiper la crainte d'un marché de la procréation, où des couples aisés profiteraient des services de femmes dans le besoin, les partisans de la GPA dite « éthique » ne manquent pas de mettre en avant la nécessaire gratuité de l'opération : la mère porteuse devrait toujours intervenir dans une démarche, non pas d'échange, mais de don¹⁶¹³. La somme versée par les parents d'intention ne serait donc pas une rémunération - le prix de son service - mais une indemnisation, c'est-à-dire la compensation de ses préjudices financiers et corporels : frais médicaux, frais afférents à la grossesse, jours de travail manqués, etc. Toutefois, comme l'a rappelé MURIEL FABRE-MAGNAN, la notion d'indemnité pourrait bien « jeter un voile pudique et euphémisant sur le sens véritable de la somme payée aux mères porteuses » : une rémunération, un salaire¹⁶¹⁴. Et il est vrai que les chiffres rapportés, 15 000 euros pour une GPA réalisée en Inde, soit l'équivalent de trois ans de salaire, révèlent une réalité bien distincte et disons-le, infiniment plus complexe que celle vantée par les discours évoquant le « don de l'amour » des mères porteuses...

¹⁶¹³ V. Par ex. J. MERCHANT, AMP et gestation pour autrui aux Etats-Unis, éléments d'analyse in *Mariage de même sexe et filiation*, I. THERY (ss dir.) : Ed. EHESS, 2013, p. 129 et s.

¹⁶¹⁴ M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité* : Fayard 2013, précité.

640. Après avoir délimité le domaine et posé les conditions d'usage de la GPA, il faudrait encore en préciser les *effets*. Prévoir que la mère de substitution portera l'enfant et le remettra aux parents d'intention à sa naissance ne peut pas suffire, y compris si un contrat délimitait les relations entre les parties. Instruit des expériences étrangères, le législateur français ne pourrait pas occulter les multiples difficultés liées à l'exécution de cette convention pour le moins originale. Des questions délicates devraient être tranchées. Doit-on permettre à la mère porteuse de revenir sur son engagement et de conserver l'enfant ? Si oui, ce qui est la solution la plus plausible, quelle devra être la sanction de ce comportement ? La restitution de l'indemnisation versée ? Le paiement de dommages-intérêts ? Pourrait-on alors songer à insérer des clauses pénales dans la convention ? Par ailleurs, la mère porteuse serait-elle toujours libre d'exercer son droit à l'interruption volontaire de grossesse ? Et quel sort devra-t-on réserver à l'enfant lorsque les deux parents d'intention, suite à leur séparation, ne souhaiteront plus accueillir ? Et en présence d'un enfant handicapé ? Devrait-on prévoir, comme dans les conventions américaines, que la mère porteuse est tenue de délivrer, dans la mesure du possible, un enfant en bonne santé ? Et si cet engagement n'est pas rempli, devra-t-on accepter de réduire l'indemnité ou de résoudre l'indemnité ou de résoudre la convention ?

641. Pour l'heure ces questions ne sont que des hypothèses de réflexion théoriques puisque la GPA est interdite en France et de surcroît toute convention passée entre des parents d'intention et une mère porteuse serait frappée de nullité. Mais pour autant, ces questions devront bien être tranchées si jamais la position de la France devait évoluer un jour. La seule ouverture en direction de la GPA, que l'on pourrait d'ailleurs qualifier du vocable de pragmatisme raisonnable a été apportée par la circulaire du 25 janvier 2013 qui exige que soit « *fait droit* » aux demandes de certificats de nationalité pour des enfants nés à l'étranger de mère porteuse, « *dès lors que le lien de filiation avec un Français résulte d'un acte d'état civil étranger probant au regard de l'article 47 du Code civil* ».

642. Pourtant, la pratique de la GPA est devenue une réalité internationale. En augmentation croissante, un véritable marché de la GPA s'est mis en place. Pourtant les législations européennes sont loin d'être harmonisées sur cette question, ce qui laisse la porte ouverte à une pratique de la GPA transfrontalière, où chacun semble faire le choix de la législation la plus permissive pour en bénéficier à son profit. En juin 2015, le Parlement européen publie une étude comparative sur la législation portant sur la GPA dans les pays membres de l'UE. Il en ressort une grande variété de législations : si sept Etats membres la prohibent formellement (l'Allemagne, la France, la Bulgarie, l'Italie, Malte, l'Espagne, et le Portugal qui permet néanmoins l'inscription des enfants issus d'une GPA sur les registres de l'état civil,), d'autres l'autorisent voire même la facilitent (la Grande-Bretagne et la Grèce). Enfin, certains Etats membres ne l'autorisent pas expressément dans leur

législation mais ne la prohibent pas non plus, ce qui la rend possible de fait. C'est le cas de la Belgique, des Pays-Bas, de la Pologne et de la Slovaquie. En conclusion, l'étude réalisée par le Parlement européen démontre l'impossibilité « *d'indiquer une tendance générale au niveau de l'UE* », notant cependant la tendance de l'ensemble des Etats membres à « *s'accorder sur la nécessité pour un enfant d'avoir des parents légaux clairement définis légalement ainsi qu'un état civil* ». Cet éclatement de législations aussi disparates risque de rendre difficile la réalisation d'un consensus sur la GPA avant longtemps.

643. La gestation pour autrui sous toutes ses formes, gracieuse ou à titre onéreux, est interdite dans huit pays de l'Union européenne. Il s'agit d'une interdiction explicite contenue dans la loi, comme en France, où, depuis 1994, l'article 16-7 du Code civil dispose que « *toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'Allemagne, l'Espagne, le Portugal¹⁶¹⁵, l'Italie, Malte ou encore la Bulgarie et l'Autriche sont dans ce cas. Une nuance existe néanmoins en Espagne, qui permet d'inscrire les enfants issus d'une GPA sur les registres d'état civil.

644. Pourtant, dans une quinzaine de pays de l'Union européenne, la GPA ne fait pas l'objet d'une interdiction formelle. Le Danemark, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie et les Pays-Bas l'interdisent seulement en tant que pratique commerciale, c'est-à-dire si elle fait l'objet d'une rémunération. Parmi les pays qui la tolèrent, les pratiques divergent. En effet, peu de GPA ont lieu en Finlande ou au Danemark, tandis qu'en Belgique, seuls trois établissements de santé la pratiquent. En Irlande, la justice a récemment autorisé des parents d'intention, dont les gamètes avaient servi à concevoir l'enfant porté par une tierce personne, à être les parents inscrits à l'état civil. Aux Pays-Bas, les parents d'intention sont obligés de passer par une procédure d'adoption de l'enfant conçu par GPA. Enfin, en Suède, la loi interdit aux cliniques de réaliser des arrangements entre parents d'intention et mères porteuses, mais la GPA « à titre privé », sans intermédiaire, est tolérée. D'ailleurs, le conseil d'éthique médicale suédois s'est prononcé pour la légalisation de la GPA dite altruiste, c'est-à-dire sans contrepartie.

645. Deux pays européens ont légalisé la GPA uniquement à titre gracieux : le Royaume-Uni en 1985 et la Grèce par deux séries de lois en 2002 et 2005. Dans le premier, la mère de substitution et les parents d'intention de l'enfant peuvent conclure un accord avant le début de la grossesse, mais celui-ci n'a pas de valeur juridique. La remise de l'enfant à une ou plusieurs autres personnes appelées à exercer l'autorité parentale doit être actée par une décision de justice après l'accouchement. Afin que les parents d'intention soient juridiquement considérés comme ceux de

¹⁶¹⁵ Mais le Parlement portugais vient de voter une loi autorisant la gestation pour autrui (GPA). Certes pas pour tous : seules les femmes qui ne peuvent pas porter leur enfant, faute d'utérus ou de dysfonctionnement de cet organe, pourront recourir aux services d'une gestatrice (les couples d'homosexuels ne pourront donc pas en bénéficier). Et pas n'importe comment : pas question de rémunérer la gestatrice.

l'enfant, la législation britannique impose la réalisation de plusieurs critères, dont la stabilité du couple des parents d'intention et l'absence de rémunération de la mère porteuse ou son défraiement « *raisonnable* », laissé à l'appréciation du juge qui assure le transfert de l'autorité parentale.

646. En Grèce, la GPA a été autorisée dès 2002, avec un assouplissement sensible en 2014 puisque l'obligation pour les couples d'intention et les mères porteuses d'avoir une résidence sur le territoire national a été supprimée. Une simplification de la pratique de la GPA qui a entraîné une forte demande de la part de couples étrangers qui ont vu la Grèce comme le « *nouvel eldorado de la GPA* »¹⁶¹⁶. Chaque GPA fait l'objet d'une autorisation du tribunal, qui vérifie qu'aucune rémunération n'est versée, autre que le remboursement des frais médicaux et de transports et l'indemnisation du manque à gagner pour la mère porteuse (une indemnisation qui ne peut pas dépasser 10 000 €). La mère d'intention doit apporter la preuve de son incapacité à porter l'enfant, et la mère porteuse doit subir un test psychiatrique. Néanmoins, une rémunération parallèle existe, en moyenne comprise entre 20000 et 25000 euros. La décision du tribunal permet d'inscrire les parents d'intention comme étant les parents biologiques sur le certificat de naissance, qui est alors strictement identique à celui d'un enfant conçu de manière classique ; une manière d'éviter le refus de l'enfant par les parents d'intention dans les cas de handicap. Aujourd'hui plusieurs centaines de GPA sont pratiquées en Grèce dans plusieurs dizaines de cliniques, au point d'ailleurs que des couples venus du monde entier viennent en Grèce pour sa facilité à pratiquer une GPA. Plus étonnant, l'autorisation de la GPA, puis son assouplissement n'ont que peu provoqué de débats. Comme l'indique KATERINA FUNDEKAKI, professeur de droit civil à l'université de Thessalonique : « *L'aide à la procréation est un sujet bien accepté par la société grecque car ce qui compte, c'est de donner la chance d'avoir un enfant. On n'a rien dit contre les mères porteuses et a aussi légitimé l'insémination post-mortem, ce qui est aussi encore plus extraordinaire ! Ca n'a créé aucune polémique, ni dans la société, ni devant le parlement* »¹⁶¹⁷.

647. Dans l'UE, la GPA rémunérée n'est possible qu'en Roumanie. En effet, la loi prévoit un défraiement de la mère porteuse et n'évoque pas explicitement sa rétribution. Ce vide juridique laisse libre cours à un marché noir plus ou moins discret, comme le relate le quotidien roumain *Adevaru*¹⁶¹⁸. Comme aux Etats-Unis ou en Inde, la Russie et l'Ukraine autorisent la rémunération des mères porteuses. Et les factures sont nettement moins impressionnantes qu'outre-Atlantique, où le processus peut coûter jusqu'à 100 000 euros. En Russie, il en coûte quelque 50 000 euros, dont 30

¹⁶¹⁶ BFMTV, 20 octobre 2015.

¹⁶¹⁷ The Parthenonpost.com, 11 avril 2013.

¹⁶¹⁸ « Roumanie, quinze mille euros pour un enfant », *Courrier International*, 23 octobre 2012.

000 à 35 000 en moyenne pour la mère porteuse¹⁶¹⁹, selon une enquête de la revue *Bolchoï Gorod*. En Ukraine, les couples d'intention déboursent entre 40 000 et 50 000 dollars, dont environ 15 000 pour la mère porteuse¹⁶²⁰. Toutefois comme le précisent les témoignages de mères porteuses ukrainiennes interrogées par l'anthropologue DELPHINE LANCE, dans le documentaire *Paroles de femmes porteuses*, « ces montants sont pour nous très intéressants étant donné que le salaire moyen en Ukraine est d'environ 300 € par mois ».

648. Le Parlement européen a adopté, 17 décembre 2015, son *Rapport annuel de 2014 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'Union européenne en la matière*. Les députés ont affirmé de manière très claire que le Parlement européen « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises ». En plus de condamner la GPA en elle-même, le Rapporteur Cristian Dan Preda a justifié cette condamnation. Le Parlement européen « estime que cette pratique, par laquelle les fonctions reproductives et le corps des femmes, notamment des femmes vulnérables dans les pays en développement, sont exploités à des fins financières ou pour d'autres gains, doit être interdite et qu'elle doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'homme ». Ces affirmations sont en droite ligne avec ce que l'ECLJ (European Center for Law & Justice) soutient auprès des institutions internationales depuis plusieurs années. Déjà en juillet 2012 et mars 2013, l'ECLJ était intervenu au Parlement européen sur un thème non équivoque dans sa formulation : « *La gestation pour autrui, une violation des droits de l'homme et de la dignité* ».

Le consensus est inexistant sur la GPA où les Etats européens s'engagent de manière totalement dispersée, laissant libre cours au développement d'un véritable tourisme de la procréation assistée au sein des pays, comme la Grèce, qui l'autorisent. En France, derrière une interdiction quasi unanime, le débat de fond semble évité à l'instar du gouvernement français qui avait repoussé la conférence sur la famille prévue en 2013, craignant que les discussions sur la PMA et la GPA ne s'y invitent.

¹⁶¹⁹ « PMA en Russie : maman et papa sur commande », *Le Courrier de Russie*, 6 janvier 2014.

¹⁶²⁰ « Ventres à louer », *Le Monde*, 6 janvier 2013.

Conclusion

« Le couple, ce n'est plus ce qui, avec deux, ne fait qu'un – parlant par la voix du mari, portant le nom du mari. C'est ce qui, avec un et un, fait deux. Il suppose d'harmoniser deux voix différentes »¹⁶²¹.

649. La famille de ce début du vingt et unième siècle a peu à voir avec celle de nos parents, alors que celle-ci présentait un visage assez similaire à celle de nos grands-parents. Tout se passe comme si la famille avait beaucoup plus évolué en une ou deux générations que tout au long des siècles précédents. Pour JACQUES COMMAILLE, depuis les Lumières, la régulation politique de la famille oscille sur une ligne de fracture où s'affrontent individualisme et traditionalisme¹⁶²², une autre manière d'exprimer ce que nous avons voulu mettre en évidence dans cette étude concernant la lutte d'influence entre progressisme et conservatisme relativement à l'interprétation de l'égalité. Or, lors du vote de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cette opposition entre deux courants antagonistes s'est illustrée de manière magistrale. Pour IRENE THERY, *« le moteur du changement est l'égalité de sexe, une valeur qui s'est affirmée si fortement ces dernières décennies qu'elle est en passe de devenir le symbole phare des sociétés démocratiques »¹⁶²³.*

650. Le droit de la famille est en mutation tout simplement parce que la famille elle-même subit une recomposition depuis un demi-siècle qu'il nous est donné d'observer à hauteur d'homme, mais pas toujours avec la faculté de l'appréhender avec le recul nécessaire. Cette incapacité légitime à comprendre ce qui change autour de nous alors que nous sommes habitués, en particulier en matière de structure familiale, à des repères séculaires, est générateur de tensions, comme en 2013 lorsque le gouvernement a présenté son projet de loi destiné à réformer le Code civil, pour en particulier donner la possibilité à deux personnes de même sexe de se marier. Les débats parlementaires parfois outranciers, tout comme des manifestations de rue qui se plaisaient à caricaturer un débat pourtant débarrassé de certaines problématiques - puisque le gouvernement avait décidé de ne pas y inclure les questions liées à la PMA et à la GPA - n'étaient que le reflet des difficultés à placer le temps du droit au même rythme que le temps sociétal. C'est aussi une illustration de la difficulté à réformer sur des sujets de société à contre-courant d'une partie de l'opinion publique.

¹⁶²¹ I. THERY, « Le problème, c'est ce fameux modèle : un seul père, une seule mère », *Télérama*, 22 décembre 2011.

¹⁶²² J. COMMAILLE, « La famille, la fin de la loi ? Nouvelles régulations juridiques, nouvelles régulations politiques », *Futuribles*, avril 1991.

¹⁶²³ I. THERY, « Le problème, c'est ce fameux modèle : un seul père, une seule mère », *Télérama*, 22 décembre 2011.

651. La famille a éclaté¹⁶²⁴, le divorce ou la séparation, ajouté à l’allongement de la vie, fait qu’aujourd’hui un jeune de vingt ans qui décide de former un couple (sous une forme juridiquement admise) a peu de chance de se trouver encore avec la même personne dans vingt ou trente ans comme pouvaient l’espérer et le concrétiser les générations antérieures. Comme le précise IRENE THERY, « *Un changement fondamental s’est produit dans la famille, sans qu’on en prenne conscience. Le principe d’indissolubilité s’est déplacé du mariage vers la filiation : quel que soit le destin amoureux des parents, leur lien aux enfants ne devrait pas être remis en question. Idéalement inconditionnel et indissoluble, le lien de filiation est aujourd’hui chargé d’attentes démesurées car il est le seul et unique lien à vie dans une société où l’on peut tout perdre – conjoint, travail, maison – du jour au lendemain* »¹⁶²⁵. Dans ces conditions, plus que jamais, l’enfant devient l’enjeu de toute une vie, l’horizon indépassable des ambitions et des quêtes personnelles, l’unique repère qui restera si jamais d’aventure tout a été perdu. Il ne faut pas comprendre autrement la quête parfois désespérée pour obtenir cet enfant si désiré, cet enfant choisit ou comme le dit JEAN HAUSER, « *un enfant quand je veux, où je veux et par n’importe quel moyen* »¹⁶²⁶.

652. Ce qui semblait inconcevable pour nos grands-parents, difficilement réalisable pour nos parents, prenait corps pour la première fois avec la loi du 17 mai 2013, c’est-à-dire la possibilité pour deux personnes de même sexe de se marier. Or, aujourd’hui, force est de constater que les freins, voire les interdictions à la constitution de la famille homosexuelle ont été levés. Mais ce qui paraissait à certains comme l’expression d’une hérésie décadente¹⁶²⁷ pouvait n’être en réalité que la partie immergée de l’iceberg cachant des changements en marche encore plus profonds. Le débat sur la PMA et la GPA a été remis à plus tard. Un débat mal aimé, improbable, souvent caricaturé. Car la PMA, mais encore plus la GPA, effraient, générant des angoisses irrationnelles comme la résurgence des lectures de jeunesse de romans d’anticipation où la part sombre de l’humanité était montrée en train de manipuler la vie. Les avancées de la génétique permettent à la sexualité de ne plus être obligatoirement rattachée à la procréation, mais de manière spectaculaire la reproduction peut s’affranchir de la sexualité. PMA et GPA permettent d’obtenir un enfant à la carte, selon ses envies, dissociant procréation et sexualité.

¹⁶²⁴ Le déclin du mariage (annuellement 500 000 célébrations civiles après guerre, moins de la moitié aujourd’hui), s’accompagne de la montée du divorce (passé de 10% des mariages à 50% d’entre eux) et du PACS. Créée en 1999, le PACS correspondait à 7% du nombre des mariages en 2000, 70% à la fin de la décennie. INSEE, 1010.

¹⁶²⁵ « La filiation, plus forte que le mariage », Histoire, La famille dans tous ses états, I. THERY, septembre 2016.

¹⁶²⁶ J. HAUSER, « la filiation né de l’enfant né d’une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d’Etat », *RTD civ.*, 2007, p. 412.

¹⁶²⁷ « *On veut un pays d’homos ? Dans dix ans y’a plus personne, c’est stupide. Regardez dans l’Histoire, la Grèce, c’est une des raisons de sa décadence. C’est l’arrêt de la famille, c’est l’arrêt du développement des enfants, c’est l’arrêt de l’éducation. C’est un danger énorme pour l’ensemble de la nation, énorme* ». S. DASSAULT, sur France Culture, 7 novembre 2012, interrogé sur le mariage homosexuel.

653. Il n'est pas d'exemple dans l'histoire de l'humanité et des sciences, d'une technique qui ne serait pas utilisée par les hommes. Peut-on reprocher aux femmes homosexuelles ou aux couples de se livrer à un tourisme procréatif à travers le monde pour utiliser des techniques interdites ou très encadrées en France? Peut-on interdire à un couple d'avoir un enfant, alors que son homosexualité ne lui permet pas sur le plan physiologique de parvenir à ce rêve, tandis que des techniques lui permettent aujourd'hui de le faire ? Mais dans ce contexte, n'assiste-t-on pas à une dérive où le « *droit à l'enfant* » l'emporterait sur le « *droit de l'enfant* »?

654. Pour MONIQUE BYDLOWSKI, psychologue, « *parler d'un droit à l'enfant est injuste. C'est le penser comme un objet, lui ôter son humanité. On a des devoirs envers un enfant. En avoir un est une chance ou un malheur, en aucun cas un droit. La notion de droit à l'enfant a émergé avec la médecine de la procréation. Elle a été induite par les excès de la technique. Dans les premiers temps de la fécondation in vitro, les couples avaient droit à une douzaine de tentatives, contre quatre aujourd'hui. Il y avait de quoi revendiquer une obligation de résultat...* ». Une conception que semble partager l'anthropologue FRANÇOISE HERITIER quand elle déclare que l'« *on confond trop souvent le « droit de » et le « droit à ».* Je sais bien que notre société ne tolère pas la frustration, mais ce droit à l'enfant n'existe pas, puisqu'en l'espèce l'enfant n'advient pas automatiquement ! Que l'humanité ait toujours cherché à dépasser ses limites est une bonne constante. Encore faut-il qu'elle le fasse dans l'intérêt de tous, et pas seulement de quelques-uns ». ¹⁶²⁸ Les enjeux de ces prochaines années, liés notamment à l'ouverture ou non donnée à la PMA ou à la GPA tiennent largement à la manière dont nous appréhenderons cette question du droit à l'enfant.

655. L'heure est à la pluriparentalité, d'un couple qui ne se vit plus que dans des formes multiples selon les âges de la vie – concubinage, mariage, PACS – et qui peut se vivre entre personnes de sexe opposé ou de même sexe. Le modèle unique d'un couple marié fort d'une stabilité installée sur plusieurs décennies, appartient au passé, y compris si la nostalgie nous rattache à encore admirer ce modèle, voire parfois à le regretter. Or, si la famille n'a pas terminé sa mutation, dont la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage pour tous, a constitué une étape importante, aucun retour en arrière n'est envisageable tellement ces nouvelles libertés ont été conquises au nom de l'égalité, et qu'il serait malvenu de les enlever.

656. Il existe aujourd'hui trois manières d'être parent, en fondant la filiation sur la procréation, l'adoption et sur l'engendrement grâce à un tiers donateur. On voit bien que le modèle traditionnel de la famille a été à ce point dominant dans la société – et il ne peut pas en être

¹⁶²⁸ « Le droit à l'enfant n'existe pas », *L'EXPRESS*, 25 février 2010.

autrement pour une institution séculaire comme la famille – que les évolutions de ces dix dernières années ont été acceptées parfois difficilement. Après la loi de 2013, permettant le mariage entre personnes de même sexe, la possibilité d’adopter pour les couples homosexuels, d’autres terrains de conquêtes sont revendiqués par certains – la PMA et la GPA en font partie. S’il n’est pas dit que la France assouplisse son encadrement de la PMA ou bien revienne sur son interdiction de la GPA, pour autant la clé d’une nouvelle régulation des liens familiaux passe avant tout par l’acceptation que l’enfant et sa filiation ne coïncident pas obligatoirement. C’est cette acceptation qui permettra aux nouvelles formes de familles, dont fait partie la famille homosexuelle, de cohabiter et de s’accepter sans heurts.

Bibliographie

I - Ouvrages généraux

BERTRAND ANCEL, YVES LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006.

ANNICK BATTEUR, *Droit des personnes, des familles, et des majeurs protégés*, LGDJ, 8^e éd., 2015.

BERNARD BEIGNIER, JEAN-RENE BINET, *Droit des personnes et de la famille*, coll. « Cours », LGDJ, 2^e éd., 2015.

ALAIN BENABENT, *Droit de la famille*, coll. « Précis », LGDJ, Domat, 3^e éd., 2014.

CLARA BERNARD-XEMARD, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Gualino éditeur, 1^{ère} éd. 2015-2016.

VINCENT BONNET, *Droit de la famille*, coll. « Paradigme », Larcier, 5^e éd., 2015-2016.

YVAINE BUFFELAN-LANORE, VALERIE LARRIBEAU-TERNEYRE, *Droit civil : introduction, biens, personnes, famille*, coll. « Sirey-Université », Dalloz-Sirey, 18^e éd., 2013.

DOMINIQUE BUREAU et HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, T. 2, partie spéciale, Thémis, PUF, 2^e éd. 2010.

HENRI CAPITANT, FRANCOIS TERRE, YVES LEQUETTE, FRANCOIS CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 13^e éd., Tome 1, 2015.

JEAN CARBONNIER, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, coll. « Thémis », Tome 2, PUF, 21^e éd., 2002.

GERARD CORNU, *Droit civil, La famille*, coll. « Précis Domat », Montchrestien, 9^e éd., 2006.

PATRICK COURBE, *Droit de la famille*, Armand Colin, 2^e éd., Paris, 2001, n° 355.

PATRICK COURBE, FABIENNE JAULT-SESEKE, *Les personnes, la famille, les incapacités*, coll. « Mémentos », Dalloz, 8^e éd., 2012.

PATRICK COURBE, ADELIN GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e éd., 2013.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, *Droit de la famille*, coll. L'essentiel, Ellipses, 2014.

MELINA DOUCHY-OUDOT, *Droit civil 1^{re} année, Introduction – Personnes- Famille*, coll. « Hyper-Cours », Dalloz, 7^e éd., Dalloz, 2013.

DOMINIQUE FENOUILLET, FRANCOIS TERRE, *La famille*, coll. « Précis », Dalloz, 8^e éd., 2011.

DOMINIQUE FENOUILLET, *Droit de la famille*, coll. « Cours », Dalloz, 3^e éd., 2013.

HUGUES FULCHIRON, PHILIPPE MALAURIE, *Droit civil : La famille*, coll. « Droit civil », Defrénois, 4^e éd., 2011.

GILLES GOUBEAUX, PIERRE VOIRIN, *Droit civil*, coll. « Manuels », L.G.D.J., Tome 1, 35^e éd., 2015.

FREDERIQUE GRANET, PATRICE HILT, *Droit de la famille*, PUF, 4^e éd., 2014.

SERGE GUINCHARD, THIERRY DEBARD (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 22^e éd., 2014.

JEAN HAUSER et DANIELE HUET-WEILLER, *Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993.

BRIGITTE HESS-FALLON, ANNE-MARIE SIMON, *Droit de la famille*, coll. « Aide-mémoire », Sirey, 7^e éd., 2009.

ANNE LEFEVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996.

ANNE-MARIE LEROYER, *Droit de la famille*, coll. « Licence droit », PUF, 2011.

PHILIPPE MALAURIE et HUGUES FULCHIRON, *La famille*, LGDJ, 5^e éd., 2015.

AUDE MIRKOVIC, *Droit de la famille et des personnes*, coll. « Panorama du droit », Studyrama, 2014.

PIERRE MURAT (sous la dir.), *Droit de la Famille*, coll. « Dalloz Action », Dalloz, 7^e éd., 2016-2017.

CORINNE RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des personnes et de la famille*, Gualino Editeur, 13^e éd., 2014-2015.

HENRI ROLAND, *Lexique juridiques, Expressions Latines*, Litec, 6^e éd., 2014.

FRANCOIS TERRE et DOMINIQUE FENOUILLET, *La famille*, coll. « Précis Dalloz », Dalloz, 8^e éd., 2011.

II - Ouvrages spécialisés

EDWIGE ANTIER et MARTINE GROSS, *Deux papas, deux mamans, qu'en penser ? : Débat sur l'homoparentalité*, éd. Calmann-Lévy, 2007.

APGL, *Guide bibliographique de l'homoparentalité*, éd., 2007.

CHARLOTTE BLANC-FILY, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Brylant, 1^{ère} éd., 2016.

VINCENT BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 13^e éd., 2014.

DANIEL BORILLO, *Homosexualité et droit*, coll. « Les voies du droit », PUF, 1998.

DANIEL BORILLO, (sous la dir.) **ERIC FASSIN**, *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homoparentalité*, PUF, 1999.

DANIEL BORILLO, THOMAS FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française, Paris, 2007.

JOHN BOSWELL, *Christianisme, tolérance sociale et homoparentalité : Les homosexuels en Europe du début de l'ère chrétienne au XIV^e siècle*, éd. Gallimard, 1985.

PHILIPPE BOUCAUD, *L'évolution du concept de vie familiale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Brulant, 2009, p. 157-183.

FRANCOIS BOULANGER, *Enjeux et défis de l'Adoption, Etude comparative et internationale*, Economica, 2001.

BEATRICE BOURDELOIS, *Vie privée et familiale et non-discrimination : l'adoption d'un enfant par un homosexuel (arrêt Fretté du 26 février 2002)*, Bruxelles Bruylant, 2003, p. 165-178.

BEATRICE BOURGES, *L'Homoparentalité en question : Et l'enfant dans tout ça*, éd. du Rocher, 2008.

GUY BRAIBANT, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, PUF, Paris, 1989.

ANNE CADORET, *Des parents comme les autres : Homosexualité et parenté*, éd. Odile Jacob, 2002.

GEORGES CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 1996 ; 6^e édition, 1996.

SABINE CLAVEL et ESTELLE GALLANT, *Les grands textes de droit international privé*, 2^e éd., Dalloz, 2016.

JEAN-LOUP CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 3^e éd., 2005.

ANNE CORDORET, *Figures d'homoparentalité*, in *Homoparentalités. Etat des lieux*, ESF, Paris, 2000.

ANNE CORDORET, *Homoparentalité : approches scientifiques et politiques : actes de la III^e conférence internationale sur l'homoparentalité, 25-26 octobre 2005*, Presses universitaires de France, Paris, 2006.

GERARD CORNU, « La procréation dite artificielle et les structures de la parenté », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF 1998, p. 128.

FRANCOIS DE SINGLY, VIRGINIE DESCOUTURE, *La vie en famille homoparentale*, in *Homoparentalité. Etat des lieux*, ESF, Paris, 2000.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille. Proposition pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice*, coll. « des rapports officiels », éd. La Documentation française, 1999.

XAVIER DIJON, *Droit naturel. Les questions du droit*, Tome I, éd. PUF, coll. Thémis droit privé, 1998.

MONTERRAT ENRICH MAS, LOUIS EDMOND PETTITI, EMMANUEL DECAUX, PIERRE HENRI IMBERT (ss dir), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999.

MURIEL FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fiction et réalité*, Fayard 2013.

BRIGITTE FEUILLET LE MINTER, *Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droit de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives in Les filiations par greffe, Adoption et Procréation Médicalement Assistée*, LERADP, LGDJ, 1997.

MICHEL FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, Tome I, Gallimard, Paris, 1976.

HUGUES FULCHIRON, *Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ?*, in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé*, Mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI, Litec, 2002, p.29.

DANIEL GADBIN, *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen : journées nationales d'études de la CEDECE*, Rennes, 22 et 23 mai 2003, Bruxelles : Bruyant, 2004.

EMMANUEL GRATTON, *L'homoparentalité au masculin : le désir d'enfant contre l'ordre social*, PUF, 2008.

MARTINE GROSS, *L'homoparentalité*, PUF, Que sais-je n°3675, 2003, réédité en 2005 et en 2007.

MARTINE GROSS, *L'homoparentalité*, coll. « Idées reçues », éd. Le Cavalier Bleu, 2009.

MARTINE GROSS, *Qu'est-ce que l'homoparentalité ?*, coll. « Petite bibliothèque Payot », Paris, Payot, 2012.

MARTINE GROSS, *Parent ou homo, faut-il choisir ? : idées reçues sur l'homoparentalité*, coll. « Idées reçues », Le Cavalier Bleu, Paris, 2013.

MARTINE GROSS, MATHIEU PEYCERE, *Fonder une famille homoparentale*, Ramsay, 2005.

JEAN HAUSER, *L'intégration par le législateur français des normes supranationales de droit de la famille*, L.G.D.J, Paris, 1996.

JEAN HAUSER, *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? : Droit belge et français*, Bruxelles : Bruyant, Paris, 2005.

PATRICE HILT, *Le couple et la Convention européenne des Droits de l'Homme : analyse du droit français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

ANATOLY KOVLER, *Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dialogue entre juges, 2008, p. 15-28.

ANNE LAMBOLEY, *L'enfant à tout prix, le prix de l'interdit* ; mélanges Mouly, Litec, 1998.

PIERRE LASCOUMES, *L'homosexualité entre crime à la loi et expression de la liberté : La dépenalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe*, coll. « Les voies du droit », PUF, Paris, 1999.

XAVIER LACROIX, *La Confusion des genres – Réponses à certaines demandes homosexuelles sur le mariage et l'adoption*, Bayard, 2005.

NICOLE LAVIOLETTE, *L'importance de l'opinion publique : l'homoparentalité et la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Fretté c. France*, *Annuaire canadien de droit international*, 2002, Vol. 40, p. 345-371.

FREDERIC LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

DIDIER LE GALL, « Familles à beau-parent homosexuel, les recompositions homoparentales féminines », in *homoparentalité. Etat des lieux*, Paris, ESF, 2000.

DIDIER LEGALL, YAMINA BETTAHAR, *La pluriparentalité*, PUF, 2001.

KOEN LENARTS et DIRK ARTS, *La personne et le principe d'égalité dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentale* in *La personne humaine*, sujet de droit, Publications de la Faculté de droits et sciences sociales de Poitiers, Paris, P.U.F, 1994.

FLORA LEROY-FORGEOT, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, Paris, 1997.

FLORA LEROY-FORGEOT, *Les enfants du PACS, réalités de l'homoparentalité*, éd. de l'Atelier de l'Archer, 1999.

DANIELE LOCHAK, *Droit, normalité, normalisation*, in *Le Droit en procès*, PUF, CURAPP, Paris, 1983.

FRANCOIS LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, Economica, Paris, 1980.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, *CEDH et droit privé, l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, coll. « Droit et Justice », La Documentation française, 2001.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 6^e éd., 2013.

PAUL MARTENS, *Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen*, Dialogue entre juges, 2008, p. 79-99.

FRANCOISE MARTINETTI, *Les Droits de l'enfant*, coll. « Libro », 2002.

GERALDINE MATHIEU, *Origines, parentalité et parenté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 35-94.

DANIEL MAYER, *Le droit pénal, promoteur de la liberté des mœurs ?*, in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, Paris, 1994, pp. 56 à 60.

PIERRE MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

CAROLINE MECARY, GERARD DE LA PRADELLE, *Les droits des homosexuels*, PUF, 1998.

CAROLINE MECARY, *Droit et homosexualité*, éd. Dalloz, 2000.

CAROLINE MECARY, *Le Couple homosexuel et le Droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 2001.

CAROLINE MECARY, *Les Droits des homosexuel/les*, Que sais je ?, PUF, Paris, 3^e éd. 2003.

CAROLINE MECARY, *Homoparenté et homoparentalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthémis, 2012, p. 227-244.

CAROLINE MECARY, *L'intérêt de l'enfant en matière d'adoption et les droits de l'adoptant (arrêt E.B du 22 janvier 2008*, Bruxelles : Bruylant, 2010, p. 167-175.

FERDINAND MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM, 1997, pp. 260 à 264.

MARIE-THERESE MEULDERS-KLEIN, IRENE THERY, *Quels repères pour les familles recomposées ?*, coll. « Droit et société », LGDJ, n°10, 1995.

CATHERINE-ANNE MEYER, DANIEL BORILLO (sous dir.), *L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme in Homosexualité et droit, De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, coll. « Les voies du droit », PUF, 1998.

STEPHANE NADAUD, *Homoparentalité : une nouvelle chance pour la famille ?*, Fayard, 2002.

CLAIRE NEIRINCK, *Homoparentalité et adoption*, in *Etudes en l'honneur de P. CATALA*, éd. Litec, 2001.

CLAIRE NEIRINCK et MARTINE GROSS, *Parents-enfants : vers une nouvelle filiation ?*, coll. « Place au débat », La Documentation française, Paris, 2014.

KARENE PARIZER-KRIEF, *Etude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation*, coll. « Droit de la santé », 2016.

GILLES PELISSIER, *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, 1996.

CHAIM PERELMAN, *Justice et raison*, Edition de l'Université de Bruxelles, 1972, spéc. pp. 9 à 80.

JEAN-FRANCOIS RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Lextenso éditions, L.G.D.J, 5^e éd., 2013.

JEAN-FRANCOIS RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme. Contentieux européen*, Lextenso éditions, L.G.D.J, 4^e éd., 2010.

JEAN RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, PUAM, Coll. Droit public positif, Paris/Aix-en-Provence, 1994.

ELISABETH RODINESCO, *La famille en désordre*, éd. Fayard, 2002.

JEAN-LUC SAURON, *Le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino éditeur, Lextenso, Paris, 2008.

JEAN-LUC SAURON, AUDE CHARTRIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme*, Gualino éditeur, Lextenso, Paris, 2014.

BERNARD SERGENT, *L'homosexualité dans la mythologie grecque, et L'homosexualité initiatique de l'Europe ancienne*, Edition PAYOT, Paris, 1984 et 1986.

FREDERIC SUDRE, *Droit français et Convention européenne des droits de l'homme*, Engel, 1994.

FREDERIC SUDRE, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et Justice », Némésis-Bruylant, n° 21, 1998.

FREDERIC SUDRE, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et Justice », Némésis-Bruylant, n° 63, 2006.

FREDERIC SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Que sais-je ?, PUF, 9^e éd., 2012.

FREDERIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e éd. refondue, 2015.

FREDERIC SUDRE et HELENE SURREL, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et Justice », n°81, 2008.

FREDERIC SUDRE, JEAN PIERRE MARGUENAUD, JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA, ADELIN GOUTTENOIRE, PAUL TAVERNIER, *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence en 2008 : présentation, commentaires et débats*, coll. du « CREDHO », Bruylant : Bruxelles, 2010.

FREDERIC SUDRE, JEAN PIERRE MARGUENAUD, JOEL ANDRIANTSIMBAZOVINA, ADELIN GOUTTENOIRE, GERARD GONSALEZ, LAURE MILANO, HELENE SURREL, FABIEN MARCHADIER, CAROLINE PICHERAL, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, « Thémis », PUF, 7^e éd., 2015.

CATHERINE TEITGEN-COLLY, *La Convention européenne des droits de l'homme, 60 ans et après ?*, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2013.

IRENE THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, La Documentation française, éd. Odile Jacob, 1998.

IRENE THERY, *Mariage et filiation pour tous. Une métamorphose inachevée*, Coll. La République des idées-Le Seuil, 2016.

FANNY VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. L'Harmattan, 2000.

PHEDON VEGLERIS (P.), *le principe d'égalité dans la déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme*, in Miscellenea Gandshof Van Der Meersch, Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1972.

JACQUES VELU, RUSEN ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

PIERRE VERDIER, *L'adoption aujourd'hui*, éd. Bayard, 1999.

III - Thèses

ASMAE EZAHRAOUI-AIT EL BACHA, *Le juge européen des droits de l'homme et le principe de non-discrimination*, Thèse dactyl, Université de Bourgogne, 2004.

CAROLINE BUGNON, *La construction d'un ordre public sexuel*, Thèse dactyl, Université de Bourgogne, 2008.

STEPHANE CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Economica, PUAM, Coll. Droit public positif, Paris/Aix-en-Provence, 1995.

THOMAS FORMOND, *Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit privé*, Thèse Université de Paris X-Nanterre, 2002.

EMMANUEL GRATTON, *L'homoparentalité, côté Père*, Thèse pour l'obtention du doctorat de sociologie clinique, Université de Paris 7- Denis-Diderot, UFR de science sociales, sous la direction de V. De GAULEJAC, 2006.

CHRISTOPHE GRIS, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, sous la direction d'A. GOUTTENOIRE, 2013.

MARTHA MAILFERT, *Les familles homoparentales : réalités, enjeux, défis*, Thèse pour l'obtention du doctorat de sociologie, Institut d'études politiques (Paris) sous la direction de J.-H. DESCHAUX, 2007.

FERDINAND MELIN-SOUCRAMANEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, PUAM, Coll. Droit positif, Paris/Aix-en-Provence, 1997.

STEPHANE NADAUD, *Approche psychologique et comportementale des enfants vivant en milieu homoparental*, Thèse pour l'obtention du doctorat de médecine, Université Bordeaux 2, Thèse n° 3053, 2000.

IV - Mémoires

LAETITIA ADOLFF, *Réflexion autour de l'affaire Fretté*, Mémoire pour l'obtention du D.E.A de droit privé, Université Robert Schuman Strasbourg III, sous la direction F. GRANET, 2002-2003.

ALEXANDRA LECLERE, *L'adoption homosexuelle*, Mémoire pour l'obtention du Master 2 Spécialité Recherche Protection des Droits Fondamentaux et des Libertés, option Droit Privé, Université de Bourgogne, sous la direction de HUBERT BOSSE-PLATIERE, 2008-2009.

CAROLINE MECRESSE, *Actualité du débat sur l'homoparentalité*, Mémoire pour l'obtention du Master II recherche de sociologie du droit, Université Paris II Panthéon- Assas, sous la direction de MUSTAFA MEKKI, 2006-2007.

GUILLEMETTE SANSON, *L'homoparentalité*, Mémoire pour l'obtention du D.E.A de droit de la Personne et protection de l'humanité, séminaire de droit de la famille, Université de Bourgogne, sous la direction de VINCENT BONNET, 2003-2004.

V - Colloques / Conférences

Colloque, *Justice et citoyen*, organisé par l'Association PROCESSUALIS, UFR Droit et Science Politique, Université de Bourgogne, le 13 février 2015 à Dijon.

Colloque, *Innovation et défis de la démocratie sociale*, organisé par le CREDESPO, Université de Bourgogne, le 16 et 17 avril 2015 à Dijon.

Colloque, *Déconstruire les stéréotypes de genre à l'école*, organisé par le par la Mission Egalité Diversité de l'Université de Bourgogne, le Rectorat et l'ESPE, Université de Bourgogne, le 20 mai 2015 à Dijon.

Colloque, *Pensée politique et famille*, organisé par le CREDESPO, Université de Bourgogne, le 21 et 22 mai 2015 à Dijon.

Colloque, *Justice et parole*, organisé par l'Association PROCESSUALIS, UFR de Droit et de sciences économiques et politique, Université de Bourgogne, le 12 février 2015 à Dijon.

Conférence, *Les acteurs de l'Europe et le processus décisionnel européen*, par ISABELLE KERDUDO, en collaboration avec PHILIPPE ICARD, organisé par le CREDESPO, Université de Bourgogne, le 13 mai 2016 à la MSH, Dijon.

VI - Les documents divers

Les rapports

Les rapports principaux

BRIGITTE BAREGES, *Rapport de la mission parlementaire sur l'accouchement dans le secret*, 12 novembre 2010.

JEAN-MARIE COLOMBANI, *Rapport sur l'adoption*, Paris ; La documentation Française, éditions 2008, Collection des rapports officiels.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSER, *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Rapport au Garde des Sceaux, La Documentation française, collection des rapports officiels, 1999, p. 72.

HUGUES FULCHIRON, *La mise en œuvre du droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents et la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale*, Rapport pour le ministère de la Justice, 1997.

JEAN JACQUES HYEST, Rapport d'information sur *les nouvelles formes de parentalité et le droit*, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale :Doc. Sénat 14 juin 2006, n° 392.

MARYLISE LEBRANCHU, *La légion Étrangère, corps d'élite, au 21ème siècle*, Rapport de l'Assemblée nationale, 2010, p. 6. www.assemblee-nationale.fr, consulté en janvier 2013.

ALAIN CLAEYS et **JEAN LEONETTI**, *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité humaine*, Rapport n° 2235, janvier 2010.

JEAN LEONETTI, Rapport d'information de fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois de bioéthique, AN n° 2276. 2010.

MICHELE TABAROT, Rapport n° 4330 de sur la proposition de loi relative à « l'enfance délaissée et l'adoption » (2011/2012).

IRENE THERY, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnel*, Rapport 2014.

DOMINIQUE VERSINI, Rapport annuel intitulé : « *Quel statut pour les tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui ?* » du 20 novembre 2006.

Les rapports secondaires

Rapport Conseil d'État, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public de 1996, n°48, La Documentation française, Paris, coll. Etudes et documents, 1997.

Rapport d'information, *Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui*, n° 421 (2007-2008) du Sénat.

Rapport d'information, *L'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, Tome I, n° 107 (2008-2009) du Sénat.

Rapport final, *des participants aux états généraux de la bioéthique*, 1^{re} juillet 2009, spéc. p.42 : www.etatsgenerauxdelabioethique.fr.

Rapport d'information, *fait au nom de la mission d'information sur la révision des lois bioéthiques*, AN n° 2235, 20 janvier 2010.

Rapport sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, AN n° 344, 17 janvier 2013.

Les études

L'homoparentalité, Les documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n°LC100, janvier 2002.

Etudes de la législation comparée, *la gestation pour autrui*, Sénat, n° 182, 30 janv. 2008.

Etudes réalisée par le sénat dans le cadre des travaux de législation comparée, *L'accès à l'assistance médicale à la procréation*, n° LC 193, Janvier 2009.

VII - Les textes français

Les Lois

Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption.

Loi n° 79-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation.

Loi Veil n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Loi n° 82-683 du 4 août 1982 abrogeant le deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal qui prévoyait l'incrimination « *de quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu mineur du même sexe* ».

Loi n° 85-773 du 25 juillet 1985 relative à l'extension des lois antiracistes et antisexistes à l'orientation sexuelle.

Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiale.

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

Loi n° 98-147 du 9 mars 1998 autorisant l'approbation de la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption.

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'**ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005** portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe.

Projet de loi

Projet de loi, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, AN. n°344, 7 novembre 2012.

Les propositions de loi

Proposition de loi AN n° 3218.

Propositions de loi AN n° 585.

Propositions de loi AN n° 586.

Les décrets

Décret n° 98-711 du 1^{er} septembre 1998 relatif à l'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat ou un enfant étranger.

Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi du 17 mai 2013.

Les circulaires

Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger.

Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

Les déclarations

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789).

Déclaration des droits de l'enfant de 1923 (ratifiée le 28 février 1924).

Délibération

Délibération de la HALDE n° 2009-350 du 5 octobre 2009.

VIII - Les textes européens et internationaux

Déclaration

Déclaration universelle des droits de l'homme (Paris, 10 décembre 1948).

Pactes Internationaux

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966).

Protocoles

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966).

Conventions

La Convention européenne des droits de l'homme (adoptée par le Conseil de l'Europe en 1950 et entrée en vigueur en 1953).

La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (du 24 avril 1967).

La Convention de New York relative aux droits de l'enfant (conclue le 20 novembre 1989).

La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

La Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine (signée le 4 avril 1997 à Oviedo et entrée en vigueur le 1er décembre 1999).

La Convention franco-yougoslave relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille du 18 mai 1971 (publiée par décret n° 73-492 du 15 mai 1973).

La Convention relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981 (publiée par décret n° 83-435 du 27 mai 1983, article 5).

La Convention relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille du 5 avril 1967 (publiée par décret n° 69-176 du 13 février 1969, article 4, al. 2 et 3).

Résolutions

Résolution Parlement européen du 13 mars 1984 sur les discriminations sexuelles sur le lieu de travail (JOCE n° C 104/46 du 16 avril 1984).

Résolution Parlement européen du 8 février 1994 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne.

Résolution Parlement européen du 17 décembre 1998 sur les Droits de l'homme dans l'union européenne (n°B4-0824 et 0852/98).

Résolution Parlement européen du 5 juillet 2001 sur les droits fondamentaux dans l'Union Européenne A-5-0223/2001.

Résolution du Parlement européen du 4 septembre 2003 sur les droits fondamentaux dans l'Union Européenne.

Résolution du Parlement européen du 14 janvier 2009 sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne.

Résolution du Parlement du 13 mars 2012 sur l'Égalité entre les femmes et les hommes dans l'Union Européenne.

Directives

Directive n° 2000/78/CE (directive-cadre) du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L303/16.

Directive n° 2003/86 du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251/12.

Directive n° 2004/38/ CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

IX - Articles/ Chroniques/ Doctrine

PENELOPE AGALLOPOULOU, « La loi hellénique concernant les procréations médicalement assistées », *Dr. fam.*, 2004, Etude 11.

ERIC AGOSTINI, « Le mariage homosexuel ? « peut-être jamais, peut-être demain ; mais pas aujourd'hui, c'est certain ! » » *Carmen*, Acte I, Scène III, *D.* 2004, somm. 2392.

ERIC AGOSTINI, « Où le couple « redevient » paire », *D.* 2005, n° 25, p 1687-1688.

ERIC AGOSTINI, « La définition du mariage civil en question (ou en droit positif) », *D.* 2007, p.1385.

TONY ANATRELLA, AANTOINE BEAUQUIER, et CHRISTOPHE EOCHE-DUVAL, « Adoption et « homoparentalité » : l'éclairage des droits de l'Homme », *chron. n° 27*, éditions du *JurisClasseur de Droit de la famille*, 2003.

DELPHINE AUTEM, « La nouvelle physionomie de la délégation de l'autorité parentale », *RJPF* 2003-1/11, p. 6.

MARC AZAVANT, « La nullité du mariage homosexuel confirmée en appel », *Dr. fam.* 2005, n° 6, p. 11-15.

LOUIS d'AVOUT, « La parenté homosexuelle à travers l'adoption : réflexions d'actualité », *D.* 2012, n° 30, p. 1973-1974.

LOUIS d'AVOUT, « La reconnaissance de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806.

LAURENT AYNES, « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe: trop ou trop peu », *D.* 2012, n° 41, p. 2750-2753.

ANNICK BATTEUR, « Le statut de l'enfant des homosexuel[le]s : Hors l'intervention du Parlement, point de changement possible », *LPA*, 1^{er} décembre 2010, n° 239, p. 6-13.

ANNICK BATTEUR, « A propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le code civil du double sens du mot « parent » est un impératif juridique ! », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 12-15.

ANNICK BATTEUR, « La Cour de cassation favorable à l'adoption de l'enfant de la conjointe né par PMA faite à l'étranger », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 octobre 2014, n° 9, p. 3.

CHRISTOPHE BEAUDOUIN, « La loi peut-elle contribuer au renversement du consensus européen ? », *AJ. fam.* 2013, Dossier Mariage : la réforme, p. 367.

BERNARD BEIGNER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir », *Dr. fam.*, avril 1997, pp. 4 à 8, spéc. p. 4.

BERNARD BEIGNER « Adoption et homosexualité », *Dr. fam.* 2009. Repère 11.

BERNARD BEIGNER « Beau-parent ou tiers ? », *Dr. fam.* 2009. Repère 6.

ALEXANDRE BELLOTI, « GPA : intérêt supérieur de l'enfant et obligations de l'État », *JCP G* 2015, n° 42, p.1874.

FLORENT BERDEAUX-GACOGNE, « La discrète reconnaissance du « parent social » », *AJ. fam.* 2013, Dossier 28, p. 44-46.

CATHERINE BERLAUD, « PMA : la Cour de cassation se prononce sur l'adoption par l'épouse de la mère d'un enfant conçu à l'étranger par insémination », *Gaz. pal.*, 2 octobre 2014, n° 275.

YOUNES BERNAND, « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.* 2013, n° 7-8, Dossier 26, p. 38-40.

DANIEL BERT, « Le caractère hétérosexuel du mariage et de la filiation : un principe à valeur constitutionnel ? », *RJPF* 2012, 11.

ALAIN BEZARD, « Refus d'agrément d'une adoption par un couple homosexuel », *AJDA*, 1999, p. 1033.

CHRISTINE BIDAUD-GARON, « Mariage pour tous : la circulaire ! », *JCP G* 2013, p. 729.

CHRISTINE BIDAUD-GARON, « Mariage consulaire...pour tous », *JCP G* 2013, p. 1325.

CHRISTINE BIDAUD-GARON, « Le mariage sans sexe... », *Dr. fam.* 2013, Dossier 18, p. 13.

CHRISTINE BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014, *D.* 2014, p.1773.

JEAN-RENE BINET, « Loi de bioéthique : acte III, scène I », *Dr. fam.* 2010, Etudes 27, p. 10.

JEAN-RENE BINET, « La loi du 7 juillet 2011 : une révision mesurée du droit de la bioéthique », *Dr. fam.* 2011, étude 21, p. 17.

JEAN-RENE BINET, « La Bioéthique à l'épreuve du temps », *JCP G* 2011, I, n° 846.

JEAN-RENE BINET, « Un mariage homosexuel franco-marocain autorisé en France, *Dr. fam.* 2013, comm. 158, n° 12.

JEAN-RENE BINET, « Conformité de la loi ouvrant le mariage aux couple de personnes de même sexe à la Constitution », *Dr. fam.* 2013, comm. 98, p. 70.

JEAN-RENE BINET, « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP G* 2013, p. 161.

ALEXANDRE BOICHE, « La Kafala n'est pas une adoption », *AJ fam.* 2007, p. 32.

ALEXANDRE BOICHE, « Aspect de droit international privé », *AJ. fam.* 2013, p. 362-365.

VINCENT BONNET, « Un mariage fictif d'un nouveau genre ? », *D.* 2006, n° 11, p. 772-776.

VINCENT BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité du XXIe siècle dans les rapports avec le mariage », *D.* 2013, n° 2, p. 107-113.

DANIEL BORILLO, « Egalité de droit et critique de la norme familiale », *RDLF*, 2012, n°2.

DANIEL BORILLO et **THIERRY PITOIS- ETIENNE**, « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 49, n°4 octobre 2004, pp. 1035-1056.

FRANCOIS BOULANGER, « Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit d'adoption », *D.* 1996, chron. p. 307, spéc. p. 309.

FRANCOIS BOULANGER, « Tribunal administratif de Paris, 25 janvier 1995 », *D.* 2005, Jur. p 617.

MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « L'adoption par un couple homosexuel se heurte au principe de l'altérité sexuelle de la filiation selon la Cour de cassation », *RJPF*, Juillet 2012, n° 7, p. 30-32.

MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « Homoparentalité : la décision appartient plus que jamais au législateur français », *RLDC*, octobre 2012, n° 97, p. 39-42.

MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « Quelle parenté pour les époux de même sexe ? » *RJPF*, septembre 2012, n° 9, p. 4-5.

ANNE BOURRAT-GUEGUEN, « Mère porteuse et retrait de l'autorité parentale », *JCP* 2004, jurisprudence 10058.

RITA BOUSTA, « Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Janvier 2008, n° 73, p. 199-210.

BENOIT DE BOYSSON, « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013, Etude 25.

BENOIT DE BOYSSON, « La famille dans l'avant-projet : une tierce préoccupation », *AJ. fam.* 2013, p. 173.

LAURENCE BURGORGE-LARSEN, « La jurisprudence des cours constitutionnelles européennes en droit des personnes et de la famille », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 229-250.

VICTOR BRAGOI, « Inflexion de la jurisprudence de la Cour en matière d'accès à l'adoption des homosexuels : CourEDH, Gde Ch., E.B. c. France, 22 janvier 2008 », *L'Europe des libertés* 2008, 8^e année, n° 26, p. 27-28.

JEAN-PAUL BRANLARD, « L'homosexualité, le mariage, le concubinage et le contrat d'union civil », *LPA*, n° 95, du 10 août 1994, p. 8-16.

NICOLAS BRATZA, « Aux côtés de Françoise Tulkens », *Journal des tribunaux* 2012, 131^e année, n° 6489, p. 589-631.

FRANCOIS-XAVIER BRECHOT, « La constitutionnalité du « mariage pour tous » en question », *JCP G* 2012, n° 51, p. 2326-2331.

CARINE BRIERE, « Le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur les conditions d'accès à l'adoption », *D.* 2010, p. 2269.

FLORENCE BRULE-GADIOUX et **ERIC LAMOTHE**, « Le mariage homosexuel en Europe », *Deffrénois* 2005, n° 8, p. 647-654.

LOUIS BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.

CLOTILDE BRUNETTI-PONS, « Ce que prévoit précisément le projet de loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *RLDC*, mars 2013, p. 79 et s.

CLOTILDE BRUNETTI-PONS, « L'égalité en droit de la famille : conséquences de la loi dite mariage pour tous », *RLDC*, juin 2013, p. 73 et s.

CLOTILDE BRUNETTI-DONS, « Adoption avec éviction de l'homme, l'une des conséquences de la loi dite Mariage pour tous », *Gaz. pal.*, 4 décembre 2014, n° 338.

ANNE-BLANDINE CAIRE, « La procréation médicalement assistée et les couples homosexuels », *Journal international de bioéthique*, Vol. 26, 2015, p. 95-109.

PIERRE CALLE, « Mariage homosexuel et adoption de l'enfant du conjoint né par procréation médicalement assistée à l'étranger », *Deffrénois*, 30 décembre 2014, n° 24.

MERCEDES CANDELA SORIANO, « Droit au regroupement familial et le droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE », *RTDH* 2005, 16^e année, n° 64, p. 923-953.

LUCIE CANDIDE, « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. pal.* 3 octobre 2012, n° 278, p. 7.

JEROME CASEY, « Quel avenir pour le mariage ? », *Gaz. Pal.*, 14 Septembre 2012, n° 258-259, p. 9-10.

MARIE -XAVIERE CATTO, « La gestation pour autrui : d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts », *RDLF*, 2013, n° 3.

AGNES CERF-HOLLENDER, « La protection du mariage homosexuel », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 73.

BEATRICE CHAPLEAU, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui », *D.* 2015, p. 1775.

FLORENCE CHATEL, « Les homosexuels et l'adoption devant la Cour européenne des droits de l'homme : une première qui fera date (à propos de la décision de la Cour EDH, 22 janvier 2008, E.B. c. France », *LPA*, 7 février 2008, n° 28, p. 9-14.

ANNE-SOPHIE CHAVENT- LECLERE, « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », *D.* 2003, p. 2032.

RABIH CHENDEB, « La convention de mère porteuse », *Deffrénois* 2008, p. 291.

FRANCOIS CHENEDE, « Délégation volontaire et partielle d'autorité parentale au sein du couple homosexuel : la Cour de cassation donne son aval ! », *AJ fam.* 2006, p. 159.

FRANCOIS CHENEDE, « L'adoption simple de l'enfant de sa partenaire et ses effets sur l'exercice de l'autorité parentale », *AJ fam.* 2006, p. 245.

FRANCOIS CHENEDE, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », *AJ fam.* 2007, p. 182.

FRANCOIS CHENEDE, « Efficacité sur le territoire français de la gestation pour autrui réalisée à l'étranger », Note sous Cour d'appel de Paris 25 octobre 2007, *AJ fam.* 2007, p. 478.

FRANCOIS CHENEDE, « Adoption simple au sein d'un couple homosexuel : nouveau refus de la Cour de cassation », *AJ fam.* 2008, p.75.

FRANCOIS CHENEDE, « Suppression du lien de filiation d'origine en cas d'adoption de l'enfant majeur de son concubin : contrariété à l'article 8 Conv. EDH », *AJ fam.* 2008, p. 76.

FRANCOIS CHENEDE, « Adoption : condamnation de la France pour un refus d'agrément fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante », *AJ fam.* 2008, p. 118.

FRANCOIS CHENEDE, « Délégation d'autorité parentale croisées au sein d'un couple homosexuel », *AJ fam.* 2008, p. 119.

FRANCOIS CHENEDE, « Refus d'exequatur de la décision prononçant l'adoption de l'enfant de sa partenaire homosexuelle », *AJ fam.* 2008, p. 475.

FRANCOIS CHENEDE, « Délivrance de l'agrément en vue d'une adoption par une femme homosexuelle », *AJ fam.* 2009. p. 489.

FRANCOIS CHENEDE, « Recevabilité de l'action du ministère public en nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui », Note sous Cour de cassation, 1^{ère} civ. 17 décembre 2008 – *AJ fam.* 2009, p. 81.

FRANCOIS CHENEDE, « Le refus de l'adoption au sein d'un couple homosexuel n'est pas contraire à la Constitution », *Dr. fam.* 2010, Repère 10, p. 487-488.

FRANCOIS CHENEDE, « Nullité de la transcription des actes d'état civil des enfants nées à l'étranger d'une gestation pour autrui », Note sous Cour d'appel de Paris 18 mars 2010 – *AJ fam.* 2010, p. 233.

FRANCOIS CHENEDE, « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, n° 41, p. 2744-2749.

FRANCOIS CHENEDE, « Renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux effets de l'adoption simple des enfants de son concubin ou de son partenaire », *AJ fam.* 2010, p. 390.

FRANCOIS CHENEDE, « Rappel des conditions de la délégation-partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel », *AJ fam.* 2010, p. 394.

FRANCOIS CHENEDE, « L'ouverture du mariage aux couples homosexuels n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2011, n°3, p. 157.

FRANCOIS CHENEDE, « Adoption simple de l'enfant de sa partenaire : suite et fin ? », *AJ fam.* 2011, p. 205.

FRANCOIS CHENEDE, « La Constitution et le droit des personnes et de la famille : dossier », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 39, p. 7-77.

FRANCOIS CHENEDE, « Non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées à l'étranger : après la mère, le père ; après l'ordre public, la fraude », Note sous Cour de cassation, 1^{ère} civ. 13 septembre 2013, *AJ fam.* 2013, p. 579.

FRANCOIS CHENEDE, « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA*, 20 Février 2013, n° 37, p. 6-9.

FRANCOIS CHENEDE, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ. fam.* 2013, p. 332.

FRANCOIS CHENEDE, « ...Et demain, la gestation pour autrui ? », *Dr. fam* 2013, Dossier 27, p. 40-43.

FRANCOIS CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée », *D.* 2014, p. 1797.

FRANCOIS CHENEDE, « Les enfants de la PMA ne sont pas les enfants de la GPA », *AJ. fam.* 2014, p. 555.

FRANCOIS CHENEDE et **BERNARD HAFTEL**, « Conventions de mères porteuses, la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ fam* mai 2011, n° 262.

ALINE CHEYNET DE BEAUPRE, « Mariage pour tous : l'effet papillon » *RJPF*, février 2013, n° 2, p. 6-12.

JACQUES COMAILLE, « Repenser politiquement le droit de la famille. L'exemple de l'homosexualité », *AJ fam.* 2006, p. 401.

JULIEN COUARD, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant », *RJPF* 2016, n° 6, p.38.

ISABELLE CORPART, « La décomposition des familles recomposées », *AJ. fam.* 2007, p. 299.

ISABELLE CORPART, « Familles recomposées », *Lamy Axe droit*, 2011.

ISABELLE CORPART, « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparentalité », *RJPF* 2012-4/7.

ISABELLE CORPART, « Reconnaissance maritales », *AJ fam.* 2012, p. 17.

ISABELLE CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *AJ. fam.* 2013, p. 340-344.

ISABELLE CORPART, « Le mariage pour tous et ses incidences sur le sort des enfants », *RJPF*, 2013-6/10.

MELANIE COURMONT-JAMET, « Adoption plénière de l'enfant du conjoint né d'une PMA pratiquée à l'étranger : la Cour d'appel de Versailles se range à l'avis de la Cour de cassation », *Gaz. pal.*, 6 octobre 2015, n° 279.

CHRISTINE COURTIN, « Ne constitue pas une discrimination le refus d'agrément à l'adoption opposé à une personne célibataire homosexuelle », *D.* 2002, p. 2569.

MELANIE COURMONT-JAMET, « Le recours à la PMA avec donneur anonyme à l'étranger ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant de son conjoint dans les couples homosexuels », *Gaz. pal.*, 6 janvier 2015, n° 6.

MELANIE COURMONT-JAMET, « Adoption plénière de l'enfant du conjoint né d'une PMA pratiquée à l'étranger : la cour d'appel de Versailles se range à l'avis de la Cour de cassation », *Gaz. pal.*, 6 octobre 2015, n° 279.

FLORENCE CREUX-THOMAS, « La QPC : « Une évolution juridique confirmée » », *JCP G*, 2010, p. 960.

RICHARD CRONE, MARIEL REVILLARD et BERTRAND GELOT, « L'adoption simple, aspect internes et internationaux », *Defrénois* 2006, n° 200.

ANNE DANIS-FATOME, « Le non français au mariage homosexuel : une illustration de la complexité des rapports entre les faiseurs de droit sur la scène française et européenne : Conseil constitutionnel (fr.): Q.P.C, Mme Corine C. e.a, 28 janvier 2011 », *RTDH* 2012, 23^e année, n° 89, p. 143-175.

ANNE DANIS-FATOME « Le droit des couples à un engagement public (Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Vallianatos et autres c. Grèce, 7 novembre 2013) », *RTDH*, 25^e année, n° 99, 2014, p. 737-758.

BRUNO DAUGERON, « Mariage « pour tous » : retour sur la constitutionnalité du référendum », *D.* 2013, n° 5, p. 320-323.

BRUNO DAUGERON, « Un référendum d'initiative partagée sur le « mariage homosexuel » est-il possible ? », *D.* 2012, n° 39, p. 2613-2614.

ISABELLE DE BENALCAZAR, « Une nouvelle filiation : l'homoparentalité? », *Gaz. pal.*, n° 10-12 décembre 2000, p. 18.

CLARA BERNARD-XEMARD, « La famille homosexuelle en Europe », *RLDC* 2012, n° 98, p. 59-63.

ANNE DEBET, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil », *D.* 2002, n° 624.

ANNE DEBET, « La Cour européenne des droits de l'Homme, les homosexuels et l'adoption : à propos de l'arrêt F. contre France, 26 févr. 2002 », *Dr. fam.* 2002, n° 9, p. 8-15.

EMMANUEL DECAUX, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal du droit international*, 2009, n° 3, p. 999-1077.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFFOSSEZ, Familles-éclatées, familles reconstituées, *D.* 1992, p. 133 et s.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Du « statut du beau-parent » au « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009, n° 60, p. 55 et s.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012, n° 98, p. 55-58.

FRANCOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leurs accès à la parenté », *RLDC*, n° 105, juin 2013, p. 40-42.

PIERRE DELVOLVE, « La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et le droit public : constitution et société », *RFDA* 2013, 29^e année, n° 5, p. 923-999.

GAELE DEHARO, « Gestation pour autrui et fraude à la loi : confirmation du refus de transcription des actes de naissance et réintégration des intérêts de l'enfant », Note sous Civ 1^{ère}, 19 mars 2014 n° 13-50.005, *Gaz. pal.* 2014, n°99-100 p. 12-14.

MARIE DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B contre France », *Journal des tribunaux* 2009, 128^e année, n° 6343, p. 145-149.

VALERIE DEPADT-SEBAG, « Anonymat dans l'assistance médicale à la procréation », *D.* 2004, chron. p. 891.

VALERIE DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui », *D.* 2008, p.434.

VALERIE DEPADT-SEBAG, « La Cour européenne à l'aide des enfants nés d'une GPA », *RJPF* 2014-9/6.

XAVIER DIJON, « Les miroirs de l'engendrement homosexuel », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1/2007, vol. 58, p. 31-62.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « La protection de la vie humaine dans la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011 », *RJPF* 2011-9/11.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger », *AJ fam.* 2011, p. 250.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « L'assistance médicale à la procréation dans la loi du 7 juillet 2011 », *AJfam.* 2011, p. 492.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « La reconnaissance en France des situations familiales créées à l'étranger », *AJ fam.* 2011, p. 250.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « La CEDH face au refus de l'adoption simple de l'enfant du concubin homosexuel et au « tourisme procréatif : Cour européenne des droits de l'homme, 15 mars 2012 », *D.* 2012, n° 19, p. 1241-1245.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : val-hésitation à la Cour de cassation », *AJ fam.* 2012, p. 397.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « L'adoption, le mariage et l'altérité sexuelle : du droit international privé au droit interne (à propos des arrêts de la Cour de cassation du 7 juin 2012). *RJPF*, Septembre 2012, n° 9, p.8-14.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ fam.*, 18 Février 2013, n° 2, p. 127-129.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ. fam.* 2013, p. 127.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « Actualité de la bioéthique : refus de l'adoption d'un enfant conçu par PMA », *AJ. fam.* 2014, p. 267.

AMELIE DIONISI-PEYRUSSE, « Procréation médicalement assistée : adoption plénière par l'épouse de la mère », *D.* 2014, n° 35, p. 2031.

VIRGINIE DONIER, « Le rejet d'une demande d'agrément pour l'adoption ne peut être fondé sur l'orientation sexuelle de l'adoptant », *RDSS* 2010, p. 148.

CORINNE DOUBLEIN, « Le nom de famille : les modifications apportées par la loi du 17 mai 2013 », *AJ. fam.* 2013, p.349.

MYRIAM DOUCET, « La France contrainte de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant issu d'une GPA », *Revue générale du droit*, 2014, n° 3.

MYRIAM DOUCET, « Vers un nouveau statut parental ? », *AJ fam.* 21 Novembre 2012, n° 11, p. 542-544.

MARIE DOURIS, « Homosexualité, couples non mariés, accès au mariage et à la parenté : l'évolution du droit français de la famille devant le Conseil constitutionnel », *LPA*, 17 Janvier 2011, n° 11, p. 4-6.

GUILLAUME DRAGO, « Mariage entre personnes de même sexe – Problématiques de constitutionnalité », *LPA* 11 février 2013, n° 30, p. 4-12.

FREDERIQUE DREIFUSS-NETTER, « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D.*1998, chron. p 100.

JULIEN DUBARRY, « Mariage et transsexualisme : premier temps d'une nouvelle valse hésitation », *JCP G*, 30 Janvier 2012, n° 5, p. 189-192.

ETIENNE DUBUISSON, « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme », *D.* 2012, n° 39, p. 2618-2621.

THOMAS DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », *RDLF*, 2013, n°3.

XAVIER DUPRE DE BOULOIS, « Le mariage homosexuel, la constitution et l'abrégee des facultés de droit », *RDLF*, chron. n°23, 2012.

CHRISTOPHE EOCHE-DUVAL, « Mariage pour tous : le Conseil constitutionnel plus libre de trancher qu'on ne l'imagine ? » *RLDC*, février 2013, n° 101, p. 77-82.

GAETAN ESCUDEY, « La procréation médicalement assistée face aux droits européens : un dilemme insurmontable ? », *RDLF* 2013, chron. n° 09.

YANN FAVIER, « Le refus d'admettre le mariage entre personnes de même sexe », *JCP G* 2007, I, n° 107.

YANN FAVIER, « Annulation du refus d'agrément et couple de même sexe : une polémique sans objet », *JPC G*, 2009, n° 48, p. 14-24.

JULIE FERRERO, « L'homoparentalité devant la CEDH : éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *D.* 2013, n° 19, p. 1286-1287.

JACQUELINE FLAUSS-DIEM, « Couples de même sexe et famille », Version anglaise, *Dr. fam.* 2000, chron. 24.

ERIC FONGARO, « Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger », *JCP N* 2005, n° 16, p. 794-798.

ERIC FONGARO, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du DIP », *JDI* 2006, p. 477.

ERIC FONGARO, « L'absence d'effets successoraux en France du mariage homosexuel d'un Français aux Pays-Bas (à propos de la réponse ministérielle du 24 janvier 2008) », *Dr. fam.*, 2008, n° 6, p. 14-15.

ERIC FONGARO, « Effets en France d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger : les propositions du garde des Sceaux », *Dr. fam.* 2005, n° 11, p. 40-42.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, « L'impossibilité de réguler l'illicite : la convention de maternité de substitution », *D.* 2014, p. 2184.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, « III. La compréhension des arrêts du 3 juillet 2015 par le souvenir du jeu de l'audience », *LPA* 2015, n° 201, p.14-20.

NATHALIE FRICERO, « Absence de discrimination en cas de refus d'adoption au sein d'un couple homosexuel : CEDH, 5^e sect., 15 mars 2012, n° 25951/07, Gas et Dubois c. France », *Revue mensuelle du JurisClasseur*, 18^e année, n° 5, p. 15-16.

PASCALE FROMBEUR, « La position du Conseil d'Etat sur l'adoption par les couples homosexuels », *AJDA*, 2002, p. 615.

HUGUES FULCHIRON, « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme de la famille, *Dr. fam.* 2000, p. 46.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage homosexuel et le droit français à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000 », *D.* 2001, n° 21, chron. p. 1628.

HUGUES FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP G* 2001, n° 21-22, p. 1033-1035.

HUGUES FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée », *Defrénois* 2002, art. 37580.

HUGUES FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familiale européen ? », *Defrénois* 2005, 38239, p. 1461, spéc. p 1463.

HUGUES FULCHIRON, « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? Réflexion sur l'homoparentalité », *AJ fam.* 2006, p. 392 s, spéc. p. 393.

HUGUES FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, n° 19, p. 1253-1258.

HUGUES FULCHIRON, « Parenté, parentalité, homosexualité », *D.* 2006, chron. p 876.

HUGUES FULCHIRON, « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.* 2007, n° 20, p. 1375-1376.

HUGUES FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut », *D.* 2007, chron. 816.

HUGUES FULCHIRON, « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe », *JCP G* 2010, n° 41, p. 1899-1984.

HUGUES FULCHIRON, « Statut des tiers et/ou statut des « familles » homosexuelles », *LPA*, 24 février 2010, n° 39, p. 17.

HUGUES FULCHIRON, « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe », *JCP G* 2010, n° 41, p. 1899-1904.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance ? », *RIDC* 2010, p. 245.

HUGUES FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » en droit international privé : le législateur à la peine ... », *JCP G* 2012, doct. 1317, n° 7.

HUGUES FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, n° 2, p. 100-106.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du mariage pour tous », *JDI* 2013, 140^e année, n° 4, p. 1055-1113.

HUGUES FULCHIRON, Le « mariage pour tous » en droit international privé, le législateur français à la peine..., *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 31-36.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage pour tous...ou presque », *D.* 2013, p. 1969.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage pour tous. Un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, p. 1123, n° 658.

HUGUES FULCHIRON, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain... », *Dr. fam.* 2013, Dossier 30, p. 51-53.

HUGUES FULCHIRON, « Vie privée et familiale », *Journal européen des droits de l'homme* 2014, n° 5, p. 650-693.

HUGUES FULCHIRON, « Le mariage pour tous » dans l'ordre international : entre articulation et confrontation des normes », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXX, 2014.

HUGUES FULCHIRON, « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 21.

HUGUES FULCHIRON, « Le « mariage pour tous » est d'ordre public en matière internationale », *D.* 2015, p.464.

HUGUES FULCHIRON et **MARTIN-CALDERO GUILARTE**, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *RCDIP* 2014, n°3, p. 531-558.

SOPHIE LE GAC-PECH, « Halte aux bouleversements du droit de la famille », *RJPF* 2012, n° 11, p. 52-56.

INES GALLMEISTER, « Le mariage homosexuel est contraire à la loi », *D.* 2007, p 935.

INES GALLMEISTER, « Le mariage homosexuel est contraire à la loi », *D.* 2007, n° 14, p. 935-936.

JULIE GALLOIS, « Interdiction du mariage homosexuel : entre conformité à la Constitution et appel à une réforme législative », *RLDC*, mars 2011, n° 80, p. 40-41.

STEPHANE GARNERI, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Mai 2000, n° 41, p. 67-101.

FRANCOIS GAUDU, « A propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *D.* 1998. chron. 19.

HELENE GAUMONT-PRAT, « Le principe d'anonymat dans l'assistance médicale à la procréation et la révision des lois bioéthique », *Dr. fam.* 2001, Etude 2.

HELENE GAUMONT-PRAT, « La révision des lois bioéthique face à l'évolution des modes de procréation : la maternité pour autrui », *RLDC* 2008/45, n° 2825.

CHRISTOS GIAKOUMOPOULOS, MARTINA KELLER, HENRI LABAYLE et FREDERIC SUDRE, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 1994, p. 1182.

SARA GODECHOT-PATRIS et JOHANNA GUILLAUME, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe », *D.* 2013, p. 1756.

ARMELLE GOSSELIN-GORAND, « La loi du 17 mai 2013 ou la promotion internationale du mariage des couples de même sexe », *LPA*, 4 juillet 2013, n° 133, p. 24.

ANNIE GOURON MAZEL, « Juge de la famille et homosexualité », *Dr. fam.* 2002, n° 1, p.4.

ADELIN GOUTTENOIRE, « Le droit de la famille dans la jurisprudence de la CEDH », *Dr. fam.*, mai 2008, p. 13-15.

ADELIN GOUTTENOIRE, « Adoption : La France est condamnée pour discrimination fondée sur l'homosexualité de la requérante », *JCP G* 2008, n° 15, p. 34-38.

ADELIN GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2012, Etude 6.

ADELIN GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2013, Etude 3.

ADELIN GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Dr. fam.* 2014, Etude 12.

ADELIN GOUTTENOIRE, « Le recours à la PMA à l'étranger n'est pas un obstacle à l'adoption d'un enfant par la concubine de sa mère », *Lexbase La Lettre juridique*, n° 585 du 2 octobre 2014.

ADELIN GOUTTENOIRE, « Enfants nés de la GPA : la Cour européenne joue les équilibristes ! », *Lexbase Hebdo – Edition privée générale* 2015, n° 601, à propos de l'arrêt CEDH Paradiso et Campanelli c/ Italie.

ADELIN GOUTTENOIRE et **FRANCOIS SUDRE**, « La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel », *JCP G* 2002, II, 10074.

ADELIN GOUTTENOIRE et **FRANCOIS SUDRE**, « La conventionalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne : CEDH, 15 mars 2012, n° 25951/07, Gas et Dubois c. France », *JCP G*, 2012, n° 19, p. 961-964.

ADELIN GOUTTENOIRE et **GERARD CORNU**, « Autorité parentale et homosexualité », *JurisClasseur de Droit de la famille*, 2000, chron. N° 45.

FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHT, « Droit de la filiation », *D.* 2002, p 2024.

FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHT, « Convention de mère porteuses et filiation », *D.* 2002, p. 2902.

FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHT, « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ fam.* 2012, n° 11, p. 540-541.

FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHT, « Maternités de substitution, filiation et état civil. Panorama européen », *Dr. fam.*, n° 12, décembre 2007, Etude n° 34.

FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHT et **PATRICE HILT**, « Les incidences sur l'état civil des époux de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes du même sexe », *Dr. fam.* 2013, p. 336.

SYLVAIN GRATALOUP, « Droit et liberté fondamentaux ; à propos de l'arrêt de la CEDH 22 avril 1997 « X...et autres c/ Royaume-Uni » », *D.* 1997, Jur. p. 583.

BERNARD HAFTEL, « Reconnaissance des adoptions homoparentales prononcées à l'étranger : valse-hésitation à la Cour de cassation », *AJ fam.* 2012, n° 7, p. 397-399.

BERNARD HAFTEL, « Mariage pour (vraiment) tous et hiérarchie des normes », *AJ. fam.* 2015, p. 71.

PETRA HAMMJE, « Mariage pour tous et droit international privé », Dits et non-dit de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 773.

JEAN HAUSER, « Procréation artificielle de convenances », *RTD civ.* 1991, p. 310.

JEAN HAUSER, « Maternité de substitution, une fronde poitevine ? », *RTD civ.* 1992, p. 553.

JEAN HAUSER, « Filiations artificielles », *RTD civ.* 1995, p. 873.

JEAN HAUSER, « L'esprit de l'adoption : de l'adoption intra-familial et du PACS », *RTD civ.* 2002, p 84.

JEAN HAUSER, « Agrément à l'adoption et mode de vie du demandeur », *RTD civ.* 2002, p 496.

JEAN HAUSER, « Le droit au mariage du transsexuel, réponse européenne », *RTD civ.* 2002, p 782.

JEAN HAUSER, « Le droit à la paternité du transsexuel et les procréations médicalement assistées », *RTD civ.* 2003, p. 72.

JEAN HAUSER, « La mère porteuse importune », *RTD civ.* 2003, p 693.

JEAN HAUSER, « Ordre public de direction : le retour ou le chant du cygne ? Adoption plénière, reconnaissance et mère porteuse, adoption simples et pères incestueux », *RTD civ.* 2004, p. 75.

JEAN HAUSER, « Les mariés de l'An 2004 », *RTD civ.* 2004, p 719.

JEAN HAUSER, « Les montagnes et la filiation (suite) : l'autorité parentale, un jeu ... d'enfant ! », *RTD civ.* 2005, p. 378.

JEAN HAUSER, « Mariage et couples homosexuels », *RTD civ.* 2005, n° 5, p. 574-576.

JEAN HAUSER, « Détournement de délégation : à quoi bon légiférer ? », *RTD civ.* 2006, p 297.

JEAN HAUSER, « La filiation de l'enfant né d'une convention de mère porteuse peut-elle être établie par la possession d'état ? », *RTD civ.* 2007, p. 556.

JEAN HAUSER, « Encore et toujours l'homoparentalité ! », *RTD civ.* 2007, p.100.

JEAN HAUSER, « Mariage entre personnes de même sexe : épilogue provisoire », *RTD civ.* 2007, p. 315.

JEAN HAUSER, « L'adoption simple, joker familial : on ne peut pas faire tout et son contraire affirme la Cour de cassation », *RTD civ.* 2007, p.325.

JEAN HAUSER, « Adoption et les couples homosexuels : revirement et confirmation », *RTD. civ.* 2008, p.287.

JEAN HAUSER, « Délégation d'autorité parentale dans les couples homosexuels : le décès et la séparation », *RTD civ.* 2008, p. 470.

JEAN HAUSER, « La « voie sans issue » du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuelles », *AJDA* 2010, p. 1772.

JEAN HAUSER, « Adoption simple et partage de l'autorité parentale, de l'art de la prétériton », *RTD. civ.* 2010, p. 544.

JEAN HAUSER, « Mariage homosexuel : QPC et Cour EDH », *RTD. civ.* 2010, p. 765.

JEAN HAUSER, « Partage d'autorité parentale et couple homosexuel : un service minimum des relations familiales ? », *RTD. civ.* 2010, p. 547.

JEAN HAUSER, « Adoption par un célibataire vivant en couple homosexuel », *RTD. civ.* 2010, p. 95.

JEAN HAUSER, « L'adoption simple, jockey de la crise de la parenté », *Dr. fam.* 2010, p. 2.

JEAN HAUSER, « L'autorité parentale et l'adoption simple », *RTD. civ.* 2010, p. 776.

JEAN HAUSER, « Le projet de la loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doct. 1185, n° 4.

JEAN HAUSER, « Le projet de la loi sur le mariage des personnes de même sexe », *JCP* 2012, p. 2000.

JEAN HAUSER, « les bornes de la personnalité juridique en droit civil », *Dr. fam.* 2012, n°4.

CAROLINE HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement 'Rome III' », *Journal des tribunaux* 2012, n° 6487, p. 557-563.

PATRICIA HENNION-JACQUET, « Homosexualité et agrément à l'adoption : Cour européenne des droits de l'homme 22 janvier 2008 », *D.* 2008, n° 29, p 2038-2042.

PATRICE HILT, « Le point sur une jurisprudence partagée », *AJ fam.*, 2001, p. 43.

SOPHIE HUTIER et **TAMARA LAJOINIE**, « Constitution et homosexuels : un mariage en suspens ? », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Juillet 2011, n° 87, p. 615-627.

GUILLAUME KESSELER, « Homoparenté et homoparentalité », *RLDC*, n° 50, juin 2008.

GUILLAUME KESSELER, « Nullité du mariage entre homosexuel », *JCP G* 2004, n° 46, p. 2039-2042.

GUILLAUME KESSELER, « La consolidation des situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.*, 2005, Etude 16.

PATRICIA KIPIANI, « Mariage homosexuel et adoption par un couple homosexuel : d'une revendication en droit français à une reconnaissance en droit belge », *Dr. fam.* 2012, Etudes 3, p. 18.

GENEVIEVE KOUBI, « Droit, droit à la différence, droit à l'indifférence, en France », *RTDH*, n°14, 1993, pp. 243 à 262.

XAVIER LABBEE, « L'enfant de la mère porteuse et la filiation interdite », *D.* 2007, p. 1251.

XAVIER LABBEE, « La judiciarisation du pacs et du concubinage », *D.* 2009. p. 2053.

XAVIER LABBEE, « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP G* 2012, n° 37, p. 1642-1648.

EMMANUELE LAGARDE, « La CEDH laisse le mariage homosexuel à l'appréciation des Etats », *Dr. fam.* 2010, n° 10, p. 26-27.

PAUL LAGARDE, « Du nom d'un mineur européen disposant d'une double nationalité », *Rev. crit DIP* 2004, p. 184.

MARIE LAMARCHE, « Deux femmes, un homme et une femme, deux hommes : quel (s) mariage (s) pour le troisième millénaire ? », *RLDC*, 2004/09, p. 33.

MARIE LAMARCHE, « L'administration fiscale et le mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger », *Dr. fam.* 2008, n° 10, p. 3.

PIERRE LAMBERT, « Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RTDH* 1998, p. 497.

JEAN-MANUELLARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *RTDH* 2006, 17^e année, n° 65, p. 35-54.

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYE, « Pour ou contre le mariage homosexuel ? Ce n'est pas au maire à lever l'opposition ! », *Dr. fam.* 2004, n° 9, p. 22-25.

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile », *Dr. fam.* 2007, Etude 1.

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYE, « Où l'on parle des droits du « beau-parent » », *Dr. fam* 2008, Repère 5.

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYE, « L'article 365 du Code civil constitutionnel...mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, Repère 10.

VIRGINIE LARRIBAU-TERNEYE, « Il était une fois la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel, la CEDH et l'adoption simple par un concubin », *Dr. fam.* 2011, Repère 5.

VERONIQUE LEGRAND, « Reconnaissance en France de la filiation d'un enfant né d'une GPA : le bout du tunnel ? », *LPA*, n° 156, p. 6-9.

ANNE LEFEBVRE-TEILLARD, « Infans conceptus. Existence physique et existence juridique », *RHDFE* 1994, p. 499 et s.

AURELIE LEBEL, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit » *AJfam.*, 18 Février 2013, n° 2, p. 122-126.

AURELIE LEBEL, « Adoption plénière de l'enfant du conjoint au sein d'un couple de femmes », *AJ. fam.* 2014, p. 368.

CHARLES LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1992, pp. 295 à 353.

ANNE LEBORGNE, « Réforme du mariage et de l'adoption : un avis sur les avis ? », *RJPF* 2013-3/1.

MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « Le principe de l'intérêt de l'enfant à être adopté après la promulgation de la loi mariage pour tous », *RLDC* 2013, p. 47.

AUDREY LEBRET, « Le oui français au mariage homosexuel et le principe d'égalité : de la souveraineté du législateur quant à l'opportunité de la réforme au contrôle renforcé du juge quant à ses effets (Con. Const. (fr.), 17 mai 2013, n° 2013-669 DC) », *RTDH* 2014, 25^e année, n° 97, p. 253-277.

VERONIQUE LEGRAND, « Les implications de la loi autorisant le mariage pour tous en Droit International Privé », *LPA* 21 août 2013, n° 167, p. 6.

YVES-HENRI LELEU, « Le mariage homosexuel en Belgique », *D.* 2010, n° 43, p. 2896.

FELICIEN LEMAIRE, « La notion de discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque », *RFDA*, 2001, p. 301.

JEAN-JACQUES LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *LPA* 2001, n° 62, p. 24.

JEAN-JACQUES LEMOULAND, « Nullité du mariage homosexuel », *D.* 2004, somm. 2965.

JEAN-JACQUES LEMOULAND et **DANIELE VIGNEAU**, « Mariage – Concubinage – Pacte civil de solidarité », *D.* 2006, p. 1414.

JEAN-JACQUES LEMOULAND et **DANIELE VIGNEAU**, « Panorama droit des couples », *D.* 2013, p. 1089, et *D.* 2014, p. 1342.

ANNE-MARIE LEROYER, « L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD civ.* 1998, p. 587.

ANNE-MARIE LEROYER, « Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Au passé, au présent, au futur », *D.* 2013, p. 1697.

ANNE-MARIE LEROYER, « L'enfant d'un couple de femmes », *D.* 2014, p. 2031.

ANNE-MARIE LEROYER, « Panorama de droit extrapatrimonial de la famille, *Gaz. pal.*, édition spécialisée-dimanche 30 mars au mardi 1^{er} avril 2014, n° 89 à 91.

LAURENT LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale, *JCP G* 1997, II, 4069, spéc. n°2.

MICHEL LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 889, spéc. p. 900.

REMY LIBCHABER, « L'adoption par les homosexuels et le principe d'égalité : une nouvelle rhétorique dans le débat public », *RTD civ.* 2002, p.611.

DANIELE LOCHAK, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987, p.778.

DANIELE LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », in *L'Autre*, Etudes réunies pour A. GROSSIER, sous la direction de B. BABIE et M. SADOUD, FNSP, Paris, 1996, pp. 179 à 199.

FRANCOIS LUCHAIRE, « Un Janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, 1986, p.1274.

MARC MARIEE, « L'homosexualité, cause de répression pénale », *LPA*, 10 Août 1994, n° 95, p. 33-36.

NICOLAS MAGUIN, « L'enfant et les privilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois de la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995, chron. 75.

JEAN MANUEL, « Les officiers d'états civil ne peuvent invoquer une « clause de conscience » pour refuser de célébrer un mariage entre personne du même sexe », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 décembre 2013, n° 11, p. 3.

GAELLE MARRAUD DES GROTTES, « Mariage homosexuel : la balle est dans le camp du législateur », *RLDC*, Mai 2007, n° 38, p. 48-49.

GAELE MARRAUD DES GROTTES, « Mariage pour tous : ce qui s'est dit en commission des lois », *RLDC*, Février 2013, n° 101, p. 59-63.

PHILIPPE MALAURIE, « Agrément et homosexualité du demandeur », chron. n°6, éd. du *JurisClasseur de Droit de la famille* 1997.

PHILIPPE MALAURIE, « Pupille de l'Etat ; note sous l'arrêt du CE 9 octobre 1996 « F. c/ dpt de Paris » », *Jurisprudence* p 117, *D.* 1997.

PHILIPPE MALAURIE, « Autorité parentale et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCPG*, 2009, act., p. 167.

PHILIPPE MALAURIE, « Le mariage homosexuel et l'union civile. - Réponse à Xavier Labbé », *JCP G* 2012, n° 42, p. 1866-1867.

ANNE MARCEAU, « L'agrément à l'adoption peut-il être délivré à un homosexuel ? », *RFDA*, 2001, p.1291.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « De l'attribution de l'autorité parentale à un père homosexuel », *RTD civ.* 2000, p 433.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Transsexualisme : la Cour européenne des droits de l'homme fait le saut de l'ange », *RTD civ.* 2002, p 862.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt de l'enfant », *RTD civ.* 2002, p 389.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Sources internationales : chroniques », *RTD civ.* 2002, p. 389-400.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « La triste fin des embryons *in vitro* du couple séparé : la Cour de Strasbourg, Cour européenne des droits du mâle », *RTD civ.* 2007, p. 295.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Le mariage entre personnes du même sexe renvoyé aux calendes grecques », *RTD civ.* 2007, p. 287.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « L'Etat civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *RTD civ.* 2007, p. 738.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Volte-face européenne sur le droit du célibataire homosexuel de pouvoir adopter », *RTD. civ.* 2008, p. 249.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *RTD. civ.* 2010, n° 4, p. 738-741.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « L'ajournement du droit de recourir à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur », *RTD civ.* 2012, p. 283.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Le refoulement de l'adoption de l'enfant du partenaire d'un couple homosexuel », *RTD civ.* 2012, n° 2, p. 275-279.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « Petit guide européen à l'accession à l'homoparentalité », *RTD civ.* 2013, p. 329.

JEAN-PIERRE MARGUENAUD, « La revalorisation de l'intérêt de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui », *RTD civ.* 2014, p. 835.

GAELE MARRAUD DES GROTTES, « Reconnaissance juridique des beaux-parents : statut ou statu quo ? », *RLDC* 2007/43, n° 2743.

MARC MARIEE, « L'homosexualité, cause de répression pénale », *LPA*, n° 95, du 10 août 1994, pp. 29 à 32, spéc. pp. 29 et 30.

JACQUES MASSIP, « Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme », *LPA*, 17 juillet 2007.

JACQUES MASSIP, « Chronique de jurisprudence civile générale », *Defrénois* 2007, art. 38595, p. 791.

JACQUES MASSIP, « La Kafala n'est pas une adoption », *Defrénois* 2007, p. 307.

NICOLAS MATTHEY, « Circulaire Taubira. Entre illusions et désillusions », *JCP G* 2013, p. 162.

DANIELE MAYER, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France en matière de mœurs », *Revue de sciences criminelles*, 1989, p. 442.

CAROLINE MECARY, « Droit et homosexualité », *D.* 2000, p. 75.

CAROLINE MECARY, « Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? », *AJ fam.* 2004. p. 261.

CAROLINE MECARY, « Homoparentalité, mariage et filiation : où en sommes-nous ?, Informations sociales », n° 149, 2008/5, p.136 à 149.

CAROLINE MECARY, « Où le prononcé d'une adoption simple au sein d'un couple homosexuel est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant », *RJPF*, n°9, septembre 2006.

CAROLINE MECARY, « Le Conseil constitutionnel manquerait-il de courage », *Dr. fam.* 2010, p. 491.

CAROLINE MECARY, « Délégation-partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.

RODOLPHE MESA, « Le mariage franco-marocain entre personne de même sexe validé », *Dalloz actualité*, 3 février 2015

MARIE-THERESE MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme », *RIDC* 1992, p. 781.

MARC MIGNOT, « Effets en France d'un mariage homosexuel célébré dans un pays de l'Union européenne », *JCP G* 2005, n° 48, p. 2195-2196.

FLORENCE MILLET, « Homoparentalité, essai d'une approche juridique », *Defrénois* 2005, art. 38153, n° 9.

FLORENCE MILLET, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.* 2012, n° 30, p. 1975-1979.

FERNAND MILO, « Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois », *AJDA*, 1992, pp. 115 à 131, spéc. pp. 127 et 128.

AUDE MIRKOVIC, « Avant-projet de loi sur l'autorité parentale et les droits des tiers », *AJ fam.* 2008, p. 428.

AUDE MIRKOVIC, « La maternité pour autrui », *D.* 2008. 1044.

AUDE MIRKOVIC, « Un statut pour le « beau-parent » », *D.* 2008, n° 25, p. 1709.

AUDE MIRKOVIC, « *A propos de la maternité pour autrui* », *Dr. fam.* n° 6, juin 2008, Etude 15.

AUDE MIRKOVIC, « Statut du « beau-parent » : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. fam.* 2009, Etude 28, p. 15.

AUDE MIRKOVIC, « Assistance médicale à la procréation pour les femmes célibataires et les personnes de même sexe : l'implosion de la parenté et la filiation », *Dr. fam.* 2010, Etude 21, p. 14.

AUDE MIRKOVIC, « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCPG*, 2010, n° 6, note 134.

AUDE MIRKOVIC, « Le partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante n'est pas contraire à l'ordre public international français », *AJ fam.* 2010, p. 387.

AUDE MIRKOVIC, « Le mariage un service public à redécouvrir », *RLDC* juin 2012, p. 55.

AUDE MIRKOVIC, « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 18-21.

AUDE MIRKOVIC, « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 22-24.

AUDE MIRKOVIC, « Réforme du mariage : avis du Conseil supérieur de l'adoption et de l'Académie des sciences morales et politiques », *D.* 2013, n° 4, p. 247.

AUDE MIRKOVIC, « Le don de gamètes, entre espoirs et impasses », *Dr. fam.* 2013, Etude 2.

AUDE MIRKOVIC, « GPA et détournement de l'adoption », *JCP G 2016*, n°15 p. 725 note sous arrêt Cour d'appel de Dijon mars 2016.

FRANCOISE MONEGER, « Adoption. Nécessité d'obtenir un agrément pour l'adoption des pupilles de l'Etat et des enfants étrangers. Demandeur célibataire masculin homosexuel », *RDSS* 1995, p. 827.

FRANCOISE MONEGER, « Agrément accordé en vue d'adoption. Refus de prendre en considération la relation homosexuelle de la demanderesse », *RDSS* 2000, p. 434.

FRANCOISE MONEGER, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit français de l'agrément en matière d'adoption », *RDSS*, 2002, p. 347.

FRANCOISE MONEGER, « Les couples homosexuels », *LPA*, 24 février 2010, n° 39, p. 15.

EVELINE MONTEIRO, « Autorité parentale ; à propos de l'arrêt Cass. 1^{re} civ. 9 mars 1994 « Mme X... et autres c/ Royaume-Unis » », *D.* 1997, Jur. p. 583.

STEPHANIE MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'autorité parentale et les tiers » , *Dr. fam.* 2010, Etudes 7, p. 14.

JEAN MOULY, « La délocalisation procréative : fraude à la loi ou habileté permise ? » , *D.* 2014, p. 2419.

ELODIE MULON, « Mariage pour tous, enfants pour tous ? » , *Gaz. Pal.*, 5 Janvier 2013, n° 5, p. 3-4.

PIERRE MURAT, « Vers la famille homosexuelle par adoption » , chr. n° 8, éditions du *JurisClasseur de Droit de la famille* 2000.

PIERRE MURAT, « Le partage de l'autorité parentale dans le couple homosexuel devant la Cour de cassation » , *Dr. fam.* 2006, comm. 89, p. 19.

PIERRE MURAT, « Adoption simple du couple homosexuel » , *Droit de la famille*, n°4, avril 2008.

PIERRE MURAT, « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! » , *Dr. fam.* 2009, Repère 4, p.1.

CLAIRE NEIRINCK, « La Cour refuse l'adoption simple de l'enfant de la concubine de même sexe » , *JCP G* 2007, n° 17, p. 27-30.

CLAIRE NEIRINCK, « Refus d'agréer un homosexuel aux fins d'adoption » , *RDSS* 2008, p. 380.

CLAIRE NEIRINCK, « Homoparentalité et ordre public » , *RDSS* 2010, p. 1128.

CLAIRE NEIRINCK, « Délégation partage totale de l'autorité parentale entre deux partenaires » , *Dr. fam.* 2011, comm. 179, p. 28.

CLAIRE NEIRINCK, « Refus d'une adoption simple croisée entre concubines homosexuelles » , *Dr. fam.*, mai 2011, comm. 74, p. 24.

CLAIRE NEIRINCK, « L'adoption et les couples homosexuels devant la CEDH » , *RDSS* 2011, n° 1, p. 142-150.

CLAIRE NEIRINCK, « L'exequatur du jugement d'adoption simple de l'enfant de la partenaire étrangère » , *Dr. fam.* 2010, Repère 9, p.1.

CLAIRE NEIRINCK, « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né » , *Dr. fam.* mai 2011 n° 14.

CLAIRE NEIRINCK, « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil » , *Dr. fam.* 2012, Repère 7, p.1.

CLAIRE NEIRINCK, « Le refus de l'adoption simple au sein d'un couple de partenaires de même sexe ne contrevient pas à la Convention européenne des droits de l'homme » , *Dr. fam.* 2012, comm. 82, p. 27.

CLAIRE NEIRINCK, « Le mariage homosexuel ou l'arbre qui cache la forêt », *Dr. fam.* 2012, n° 10, p. 1-2.

CLAIRE NEIRINCK, « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* 2013, Repère 2.

CLAIRE NEIRINCK, « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui ; reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p.10-12.

CLAIRE NEIRINCK, « Fraude et ordre public contre reconnaissances paternelles et transcription des actes de naissance dressés à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui », *Dr. fam.* 2014, n° 11, p. 24, comm. n° 160.

ABRAHAM BARRERA ORTEGA, « Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Avril 2007, n° 70, p. 249-267.

RICHARD OUEDRAOGO, « Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel », *Dr. fam.*, mars 2011, p. 24.

AMELIE PANET, « Le mariage homosexuel international en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.* 2013, Dossier 29.

SOPHIE PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 28-31.

BERTRAND PAUVERT, « Sur une disputation contemporaine et brûlante. - Considérations sur la reconnaissance de l'altérité sexuelle des époux comme principe fondamental reconnu par les lois de la République », *Dr. fam.* 2013, n° 1, p. 37-39.

ROBERT PELLOUX, « Les nouveaux discours sur l'inégalité et le droit public français », *RDP*, pp. 909 à 927.

ALEXIS PERNOT, « Sur TA de Besançon 10 novembre 2009, Mlle E.B » *BJCL* 2009, n° 8/9, p. 521.

CECILE PETIT, « Statut juridique des enfants nés d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », *D.* 2013, p. 2377.

RAPHAEL PIASTRA, « De l'adoption par une homosexuelle », *D.* 2001, p 1575.

JOEL-YVES PLOUVIN, « Le célibataire de sexe masculin homosexuel et le désir d'enfant : le cas de l'agrément à l'adoption », *LPA*, 30 juin 1995, n°78, p. 20.

GERARD PLUYETTE et **MARC DOMINGO**, « Note sous Cour de cassation, première Chambre civile, 13 mars 2007, pourvoi numéro 05-16.627 – Rapport du conseiller Gérard Pluyette et avis de l'avocat général Marc Domingo », *Gaz. Pal*, 21 Mars 2007, n° 80, p. 10-44.

ISABELLE POIROT-MAZIERE, « De la gay pride...au Palais-Royal. A propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels », *AJDA*, mai 2002, p. 401.

ELISABETH POISSON-DROCOURT, « Recours à une mère de substitution et refus de l'adoption », chr. p 1998, *D.* 2004.

ELISABETH POISSON-DROCOURT, « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter », *D.* 2007, p. 163.

ALEXIS POSEZ, « Le mariage pour tous, ou l'impossible égalité », *D.* 2012, n° 39, p. 2616-2617.

PIERRE PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.* 2015, p. 91.

GREGOR PUPPINCK, « CEDH : la reconnaissance et la protection légale des relations homosexuelles stables sont un droit de l'homme », *RLDC*, n° 132, décembre 2015.

GILLES RAOUL-CORMEIL, « La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013 », *Gaz. pal.*, 2013, n° 236, p. 9.

PHILIPPE REIGNE, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, p. 1669.

JEAN-FRANCOIS RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 2002, n° 33, p. 2567-2577.

MURIEL REVILLARD, « La Kafala n'est pas une adoption », *Deffrénois* 2008, p. 2181.

MURIEL REVILLARD, « Les unions entre personnes de même sexe », *JCP N* 2012, n° 25, p. 37-44.

MURIEL REVILLARD, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé », *Deffrénois* 2013, 15 juillet 2013, n° 13-14.

CEDRIC RIBEYRE, « Le poids des mots, le choc des homos ! », *Gaz Pal.*, 25 Octobre 2012, n° 299, p. 6-7.

HERVE RIHAL, « L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du CE concernant les agréments en matière d'adoption », *RDSS1997*, p. 503.

HERVE RIHAL, « La voie sans issue du refus d'agrément en matière d'adoption par les célibataires homosexuels », *AJDA*, 2012, n° 31, p. 1772- 1778.

FRANCOISE RINGEL, « Les difficultés d'application de l'article 8 Conv. EDH à l'homosexualité et au transsexualisme », *Revue de la recherche juridique*, Droit prospectif, le 1.10.1999.

JEAN RIVERO, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », Travaux de l'Association H. CAPITANT, Tome XIV, Dalloz, Paris, 1961, pp. 343 à 360.

AVENA ROBARDET, « Le beau-parent aux toilettes ? », *AJ. fam.* 2009, p. 415.

LOIC ROBERT, « Réification et marchandisation du corps humain dans la jurisprudence de la Cour EDH. Retour critique sur quelques idées reçues », *RDLF*, 2015, n°8.

PIERRE ROLLAND, « Cour européenne des droits de l'homme », 17 octobre 1986, *Rees contre RU*, série A n° 106, *JDI*, 1987, p 786.

FELIX ROME, « Elles se marièrent et eurent beaucoup d'enfants... », *D.* 2008, p.401.

FELIX ROME, « Les parents, d'abord ! », *D.* 2009, p. 2673.

FELIX ROME, « Avis de tempête », *D.* 2014, p. 1865.

DOMINIQUE ROUSSEAU, « Le mariage pour tous relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. pal.* 13 décembre 2012, p. 5.

PASCALE ROUSSELLE, « Audience- Caractère public.- Moyen d'ordre public.- Agrément en vue de l'adoption d'un enfant.- Refus opposé à un couple homosexuel », *AJDA* 2001, p. 291.

FREDERIC ROUVIERE, « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. pal.*, 7 mars 2013, n° 066.

JEROME ROUX, « La QPC sur le « mariage homosexuel » : une question plus nouvelle que sérieuse », *D.* 2011, n° 3, p. 209-213.

EMMANUEL ROYER, « Adoption : discrimination à l'égard d'une personne homosexuelle », *D.* 2008, n° 6, p. 351-352.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations assistées, état des questions », *RTD civ.* 1987, pp. 457 à 497.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Procréations assistées, état des questions », *RTD civ.* 1990, p. 452.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption », *D.* 1991, chr. p. 209.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », *Journal du droit des jeunes*, novembre 1996, p. 10.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », *Doct.* 3979, *JCP* 1996.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « L'adoption et le couple homosexuel », *JCP G* 2002, I, n°101, n° 9.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Maternité de substitution : qui est la mère ? », *JCP* 2003, I, 101, n°2.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Regard sur le droit de la famille dans le monde », *RTD civ.* 2004, p. 703.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Adoption et homoparentalité », *JCP G* 2005, I, n° 116.

JACQUELINE RUBELLIN-DEVICHI, « Le sort de l'enfant étranger interdit d'adoption », *JCP G* 2007, I, 170, n°13.

JEAN-FRANCOIS RENUCCI, « Droit européen des droits de l'homme », *D.* 2014, p. 238.

PASCALE SALVAGE-GEREST, « Nom, prénom et l'état civil de l'adopté simple mineur dans l'adoption internationale (à propos de la circulaire du 28 octobre 2011) : comprenne qui pourra », *Dr. fam.* 2012, Etude 9.

PASCALE SALVAGE-GEREST, « Les incidences de la loi du 17 mai 2013 sur l'adoption internationale », *Dr. fam.* 2013, n° 7- 8, Dossier 33, p. 60-61.

PASCALE SALVAGE-GEREST, « Le rapport « filiation, origines, parentalité », *AJ fam.* 2014, p. 293.

MARC SCHMITT, « Mariage pour tous : nouvelles perspectives dans l'ordre international », *JCP N* 2013, p. 43, n° 1165.

ALAIN SERIAUX, « Associations », *JCP G* 1990, II, 21526.

ALAIN SERIAUX, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.* 2005, n° 29, p. 1966-1969.

ALAIN SERIAUX, « Maternité pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D.* 2009. 2015.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Recevabilité de la requête devant la CEDH contre un refus d'adoption simple », *AJ fam.* 2010, p. 433.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Maintien d'une délégation-partage malgré la séparation du « couple parental » », *AJ fam.* 2011, p. 426.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Couple homosexuel : refus de l'adoption simple », *D.* 2011, n° 13, p. 876.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Délégation-partage : une réponse aux décompositions familiales homosexuelles », *AJ. fam.* 2012, p.146.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC « Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne » *AJ. fam.* 2012, p. 220.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « L'intérêt supérieur de l'enfant justifie une fois de plus la délivrance d'un laissez-passer pour un enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », Note sous ordonnance du Tribunal administratif de Paris 15 novembre 2011, *AJ fam.* 2012, p. 106.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Transcription des actes d'état civil : une brèche ouverte dans le débat sur les mères porteuses » - Note sous Cour d'appel de Rennes 21 février 2012, *AJ fam.* 2012, p. 226.

CAROLINE SIFFREIN-BLANC, « Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne », *AJ fam.* 2012, n° 14, p.220-221.

DAVID SINDRES, « Brèves réflexions autour de l'article 202-1, alinéa 2 du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *LPA*, février 2013, n° 24, p. 4-6.

MARC SCHMITT, « Traité de Lisbonne – Vers une nouvelle approche du mariage homosexuel dans l'ordre international », *JCP N*, 17 Octobre 2008, n° 42, p. 40-44.

MARCEL SOUSSE, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999.

EMMANUEL SPIRY, « Homosexualité et droit international des droits de l'homme : Vers une nouvelle donne en Europe ? », *RTDH* 1996, n° 25, p. 45-66.

FREDERIC SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2004, I, 161, n° 3.

FREDERIC SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2010, n° 35, p. 1587-1593.

FREDERIC SUDRE, « Exclusion des couples de même sexe du pacte de vie commune : CEDH, gr. ch., 7 novembre 2013, n° 29381/09 et n° 3268409, Vallianatos et a. c/ Grèce », *JCP G* 2013, n° 49, p. 2219.

FREDERIC SUDRE, « Le standard du partenariat civil homosexuel : CEDH, 21 juil. 2015, n° 18766/11 et 36030/11, Oliari et a. c. Italie », *JCP G* 2015, n° 36, p. 1529.

FRANCOIS TAGLIONI, « Insémination post mortem : le droit du concubin à la restitution des gamètes », *LPA*, 14 décembre 1997, p. 154.

CEDRIC TAHRI, « L'adoption à l'épreuve de l'homoparentalité : une institution en état de siège », *Gaz. pal*, 26 Juillet 2008, n° 208, p. 10-19.

STESSY TETARD, « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », *AJ. fam.* 2013, n° 7-8, p. 44-46.

IRENE THERY, « Le contrat d'union sociale en question », *Revue Esprit* 1997, p. 159 et 187.

IRENE THERY, « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation ? », *Dr. fam.* 2013, Dossier 17, p. 9-12.

CHRISTOPHE TUKOV, « La liberté de conscience du maire dans l'application des lois de la République », *Dr. fam.* 2013, n°1, p. 39 et 40.

CHRISTOPHE TUKOV, « Un recours attendu qui ne s'est pas fait attendre », *JCP*, n° 19, 6 mai 2013, p. 523.

CATHERINE TZUTZUIANO, « L'adoption simple des couples homosexuels au cœur d'un croisement des contrôles », *Dr. fam.* 2011, Etude 17.

FANNY VASSEUR-LAMBRY et **MANUEL CARIUS**, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la délicate question de l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle », *LPA*, 10 juillet 2002, n° 137, p.10.

FREDERIC VAUVILLE, « Du principe de coparentalité », *LPA*, 18 octobre 2002, n° 209, p.4.

ALEXANDRA VERDOT, « Quand la Kafala devient adoption simple ... au prix du contournement de la loi », *JCP G* 2007, II, 10073.

GERALDINE VIAL, « Rôle du ministère public en matière de filiation. Les frontières de l'ordre public et de la fraude à la loi », *AJfam.* 2012, n°34.

ALEXANDRE VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF* 2013, chron. n° 4.

DANIELVIGNEAU, « Aujourd'hui le rôle, demain le titre », *D.* 2006, p. 897.

DANIEL VIGNEAU, « Hier le rôle, le titre : pas encore », *D.* 2007, p.1047.

DANIEL VIGNEAU, « Ces couples homosexuels venus d'ailleurs qui veulent en France ce que leurs homologues ne peuvent avoir ! », *D.* 2012, n° 30, p. 1992-1996.

PATRICK WACHSMANN, « Les lois instituant des discriminations selon la nationalité devant le Conseil d'Etat français », *RTDH*, 2003, n°53, pp. 302-318.

MARCEL WALINE, « Le paradoxe sur l'égalité devant la loi », *D.* 1949. chron. 25.

BELINDA WALTZ-TERACOL, « Vue rétrospective, actuelle et prospective sur la gestation pour autrui en France », *LPA* 2014, n°233 p. 4-13.

GEOFFREY WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *RTDH* 2013, 24^e année, n° 93, p. 65-96.

X - Les Arrêts

Juridictions françaises

Tribunal administratif

TA Paris, 25 janvier 1995.

TA Besançon, 24 février 2000.

TA Besançon, 10 novembre 2009.

Cour administrative d'appel

CAA Paris, 2^e ch., 25 avril 1996.

CAA Paris, 3^e ch., 26 janvier 1999.

CAALyon, formation plénière, 7 juillet 1999.

CAA Douai, 1^{ère} ch., 26 octobre 2000.

CAA Nancy, 21 décembre 2000.

Conseil d'Etat

CE, 3 mai 1950.

CE, 28 avril 1958.

CE, ass. , 12 janvier 1968.

CE, sect., 10 mai 1974.

CE, ass. , 22 janvier 1988.

CE, Sect., 4 novembre 1991.

CE, 24 avril 1992.

CE, 1^{ère} et 4^e ss-sect. réunies, 18 février 1994.

CE, 1^{ère} et 4^e ss-sect. réunies, 27 octobre 1995.

CE, 9 octobre 1996.

CE, 12 février 1997.

CE, avis, 3 mai 2000.

CE, 23 mai 2001.

CE, 5 juin 2002.

CE, 24 mars 2004.

CE, 4 mai 2011.

CE, 8 juillet 2011.

CE, 18 septembre 2013.

CE, 19 novembre 2014.

CE, 12 décembre 2014.

CE, 10^e et 9^e ss-sect. réunies, 18 décembre 2015.

CE, ord. 3 août 2016.

Tribunal de grande instance

TGI Toulouse, 26 mars 1991.

TGI Belfort, Ch. corr., 25 juillet 1995.

TGI Créteil, 1^{re} août 1994.

TGI Créteil, 4 avril 1995.

TGI Paris, 27 juin 2001.

TGI Paris, 1^{ère} Ch. 1^{re} sect., 18 juin 2003.

TGI Nice, 8 juillet 2003.
TGI Bordeaux, 1^{ère} Ch. civ., 26juill. 2004.
TGI Paris, 2 avril 2004.
TGI Agen, 17 février 2006.
TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006.
TGI Paris, 23 juin 2006.
TGI Belfort, 24 octobre 2006.
TGI Lille, 22 mars 2007.
TGI Lille, 11 décembre 2007.
TGI Lille, 18 décembre 2007.
TGI Grenoble, 28 janvier 2008.
TGI Papeete, 20 mars 2008.
TGI Paris, 28 mars 2008.
TGI Paris, 18 septembre 2009.
TGI Créteil, 24 mars 2011.
TGI Créteil, 24 mars 2011.
TGI Grenoble, 6 juin 2011.
TGI Nanterre, 30 août 2011.
TGI Bayonne, 26 octobre 2011.
TGI Paris, 21 septembre 2012.
TGI Paris, 22 février 2013.
TGI Chambéry, 11 octobre 2013.
TGI Lille, 14 octobre 2013.
TGI Versailles, 29 avril 2014.
TGI Avignon, 19 juin 2014.
TGI Aix-en-Provence, 23 juin 2014.
TGI Poitiers, 23 juin 2014.
TGI Nanterre, 8 juillet 2014.
TGI Nantes, 13 mai 2015.

Cour d'appel

CA Paris, 16 mars 1984.
CA Toulouse, 1^{ère} Ch., 28 mars 1984.
CA Paris, 8 septembre 1984.

CA Paris, 1^{ère} Ch. D, urgences, 11 octobre 1985.
CA Rennes, 8^e Ch., 27 novembre 1985.
CA Paris, 10 mars 1987.
CA Bordeaux, 6^e Ch., 8 septembre 1987.
CA Nîmes, 19 juin 1988.
CA Grenoble, 20 juillet 1988.
CA Rennes 27 septembre 1989.
CA Colmar, 11 octobre 1989.
CA Douai, 7^e Ch. civ., 1^{er} décembre 1989.
CA Paris, 30 mars 1990.
CA Pau, 25 avril 1991.
CA Paris 16 septembre 1991.
CA Poitiers, 22 janvier 1992.
CA Nîmes, 24 septembre 1992.
CA Bordeaux, 31 mars 1993.
CA Nancy, 3^e Ch., 15 mars 1994.
CA Paris, 14 juin 1995.
CA Anger, 25 juillet 1995.
CA Paris, 20 mai 1996.
CA, Angers, 1^{ère} Ch. B, 22 mai 1996.
CA Montpellier, 24 octobre 1996.
CA Paris, 1^{ère}Ch. sect. A, 18 septembre 1997.
CA Paris, 1^{ère} Ch. sect. A, 4 novembre 1997.
CA Rennes, 6^e Ch., 12 novembre 1997.
CA Paris, 24^e Ch., sect. A, 25 novembre 1997.
CA Paris, 23 septembre 1999.
CA Rennes 4 juillet 2002.
CA Douai, 12 décembre 2002.
CA, Metz, 6 mai 2003.
CA Amiens, 5 mai 2004.
CA de Paris, 6 mai 2004, Juris-Data.
CA Rennes, 6 janvier 2005.
CA Aix-en Provence, 5 février 2005.
CA Besançon, 8 avril 2005.
CA Bordeaux, 6^e Ch. civ., 19 avril 2005.

CA de Bourges 13 avril 2006.
CA Riom, 2^e Ch., 27 juin 2006.
CA Aix-en-Provence, 24 octobre 2006.
CA Bordeaux, 6^e civ., 22 janvier 2007.
CA de Limoges 1^{er} octobre 2007.
CA de Lyon 23 octobre 2007.
CA Paris, 25 octobre 2007.
CA Paris, 26 février 2009.
CA Paris, 26 mars 2009.
CA Douai 14 septembre 2009.
CA Paris, 1^{ère}Ch., pôle 1, 18 mars 2010.
CA Paris, 27 janvier 2011.
CA Paris, 24 février 2011.
CA Paris, 16 juin 2011.
CA Paris, 23 septembre 2011.
CA Paris, 14 octobre 2011.
CA Paris, 20 octobre 2011.
CA Paris, 20 octobre 2011.
CA Paris, 1^{er} décembre 2011.
CA Chambéry, 22 octobre 2013.
CA Rennes, 15 avril 2014.
CA Rennes, 16 décembre 2014.
CA Aix-en-Provence, 14 avril 2015.
CA Versailles, 16 avril 2015.
CA de Rennes, 6^e Ch. A., 17 mars 2015.
CA Rennes, 28 septembre 2015.
CA Rennes, 6^{ième} Chambre A, 7 mars 2016.
CA Dijon, 3^{ième} Chambre civile, 24 mars 2016.

Cour de cassation

Cass. soc., 29 octobre 1996.
Cass. soc., 19 février 1992.
Cass. soc., 8 octobre 1996.
Cass. soc., 12 février 1997.

Cass. soc., 21 mars 2000.

Cass. soc., 11 juillet 1989.

Cass. soc., 11 juillet 1989.

Cass. soc., 11 juillet 1989.

Cass. crim., 12 janvier 2000.

Cass. crim., 23 juin 2004.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1903.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 1974.

Cass. civ. 2^e, 14 novembre 1975.

Cass. civ. 2^e, 15 avril 1981.

Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1982.

Cass. civ. 2^e, 2 mai 1984.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1986.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1989.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1989.

Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1990.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1994.

Cass. civ. 2^e, 31 mai 1995.

Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1995.

Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1903.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 2003.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003.

Cass. civ. 1^{ère} 2 arrêts du 25 janvier 2005.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006.

Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2007.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 2007.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 avril 2008.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 2009.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2009.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010.

Cass. civ. 1^{ère}, 16 novembre 2010.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2011.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 2011.

Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2012.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2014.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015.

Cass., avis, 22 septembre 2014.

Cass. Ass. plén., 31 mai 1991.

Cass. Ass. plén., 3 juillet 2015.

Décision du Conseil constitutionnel

Décision n°73-51 DC du 27 décembre 1973.

Décision, n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

Décision n°78-101 DC du 17 janvier 1979.

Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979.

Décision n°79-112 DC du 9 janvier 1980.

Décision n°80-128 DC du 21 janvier 1981.

Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

Décision n° 84-181 DC 11 octobre 1984.

Décision n°85-200 DC du 16 janvier 1986.
Décision n°86-209 DC du 3 juillet 1986.
Décision n° 87-232 DC du 7 janvier 1988.
Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988.
Décision n°89-266 DC du 9 janvier 1990.
Décision n°92-317 DC du 21 janvier 1993.
Décision n°93-321 DC du 20 juillet 1993.
Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.
Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994.
Décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996.
Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999.
Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999.
Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000.
Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001.
Décision 18 n°315016 DC du juin 2010.
Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013.

Question prioritaire de constitutionnalité

QPC n° 2010-2 du 11 juin 2010.
QPC n° 2010-39 du 6 octobre 2010.
QPC n° 2010-92 du 28 janvier 2011.
QPC n° 2011-173 du 30 septembre 2011.
QPC n° 2013-353 du 18 octobre 2013.

Juridictions européennes

Comm. EDH, déc. 10 juillet 1975, *Affaire X contre Belgique et Pays-Bas*.
Comm. EDH, 5 juin 1991, *Lavisse c/ France*.
Comm. EDH, déc. 10 et 11 janvier 1992, *Iglesia Batista « El Salvador » c/ Espagne*.
Comm. EDH, décembre 10 juillet 1997, *Dallila Di Lazzaro c/ Italie*.

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c/ Belgique*.

CEDH, 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge c/ Belgique*.

CEDH, 6 février 1976, *Schmidt et Dahlstrom c/ Suède*.

CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*.

CEDH, 13 mai 1976, *X c/ Islande*.

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*.

CEDH, 13 juin 1979, *Paula Marckx c/ Belgique*.

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen*.

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 26 mars 1985, *X et Y c/ Pays-Bas*.

CEDH, 17 octobre 1986, *Rees c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 18 décembre 1986, *Johson et autres c/ Irlande*.

CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c/ Autriche*.

CEDH, 18 décembre 1987, *F. c/ Suisse*.

CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*.

CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*.

CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 20 février 1991, *Vermillo c/ France*.

CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire*.

CEDH, 29 avril 1992, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*.

CEDH, 25 mars 1993 *Modinos c/ Chypre*.

CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c/ Autriche*.

CEDH, 22 avril 1994, *Burghartz c/ Suisse*.

CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*.

CEDH, 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*.

CEDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c/ Finlande*.

CEDH, 27 octobre 1994, *Kroon et autres c/ Pays-Bas*.

CEDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*.

CEDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*.

CEDH, 22 avril 1997, *X, Y, Z c/ Royaume Uni*.

CEDH, 28 novembre 1997, *Mentes et autres c/ Turquie*.

CEDH, 21 février 1997, *Van Raalte c/ Pays-Bas*.

CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham*.

CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*.

CEDH, 18 février 1999, *Larkos c/ Chypre*.

CEDH, 29 juin 1999, *Nylund c/ Finlande*.

CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta c. /Portugal*.

CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 27 septembre 1999, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zénide c/ Roumanie*.

CEDH, 1er février 2000, *Mazurek*.

CEDH, 16 février 2000, *Armann c/ Suisse*.

CEDH, Gr. Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce*.

CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c/ Espagne*.

CEDH, 12 juillet 2001, *K et T. c/ Finlande*.

CEDH, 31 juillet 2000, *A.D.T. c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*.

CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*.

CEDH, 11 juillet 2002, *I. c/ Royaume-Uni*.

CEDH, Gr. Ch 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 9 janvier 2003, *L. et V. c/ Autriche*.

CEDH, 28 janvier 2003, *Peck c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 13 février 2003, *Odièvre*.

CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*.

CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c/ France*.

CEDH, 9 mars 2004, *Glass c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 22 juin 2004, *Pini et autres c/ Roumanie*.

CEDH, Gr. Ch., 6 juillet 2005, *Stec et a. c/ Royaume –Uni*.

CEDH, 18 avril 2006, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 28 novembre 2006, *R. et F. c/ Royaume-Uni et Parry c/ Royaume-Uni*.

CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.L c/ Luxembourg*.

CEDH Gr. Ch., 4 décembre 2007, *Dickson c/ Royaume*.

CEDH, 13 décembre 2007, *Emonet c/ Suisse*.

CEDH, Gr. Ch., 22 janvier 2008, n° 43546/02, *E.B c/ France*.

CEDH, 12 février 2008, *Kafkaris c/ Chypre*.

CEDH, Gr. Ch., 29 avril 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne*.
 CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*.
 CEDH, 20 juillet 2010, *Dadouch c/ Malte*.
 CEDH, 22 juillet 2010, *P.B et J.S c/ Autriche*.
 CEDH, 31 août 2010, *Gas et Dubois c/ France*.
 CEDH, 21 septembre 2010, *Fernando dos Santos Couto c/ Portugal*.
 CEDH, 2 novembre 2010, *Serife Yigit c/ Turquie*.
 CEDH, 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*.
 CEDH, 11 avril 2011, *Alexeïev c/ Russie*.
 CEDH, 2 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*.
 CEDH, 1ère sect., 3 mai 2011, *Négrepontis-Giannisis c. Grèce*.
 CEDH, Gr. Ch., 3 novembre 2011, *S.H. c/ Autriche*.
 CEDH, 16 décembre 2011, *Kanagaratnam c/ Belgique*.
 CEDH, 15 mars 2012, *Gas, Dubois c/ France*.
 CEDH, 15 mars 2012, *Aksu c/ Turquie*.
 CEDH, 3 avril 2012, *Gillberg c/ Suède*.
 CEDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c/ Italie*.
 CEDH, 12 septembre 2012, *Nada c/ Suisse*.
 CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*.
 CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c/ Grèce*.
 CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France et Labassée c/ France*.
 CEDH, 10 juillet 2014, *Senigo Longue c/ France*.
 CEDH, 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*.
 CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*.
 CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*.
 CEDH, 23 février 2016, *Pajic c/ Croatie*.
 CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c/ France*.
 CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et MC Call c/ Italie*.
 CEDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*.

CJCE, plén. 2 oct. 2003, aff. C- 148/02, *Garcia Avello*.
 CJCE, 1^{er} avril 2008, aff. C-267/06 *Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.
 CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunking-Paul*.
 CJCE, 22 décembre 2010, aff. C- 208/09, *Sayn Wittgenstein*.
 CJCE, 10 mai 2011, C-147/08, *Römer c/ Freie und Hansestadt Hamburg*.

XI - Articles de Presse

« Reprise des débats sur le Pacs », *Les Echos*, 1^{er} décembre 1998.

« Une pétition sur l'adoption relance le débat sur l'homoparentalité », *Le Monde*, 3 mai 2001.

« La Suède accepte l'adoption par les couples homosexuels », *Le Monde*, 8 juin 2002.

« MJM de Cologne : vers une génération Benoît XVI ? », *Le Monde*, 16 août 2005.

« Adoption, orientation sexuelle et discrimination : Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 22 janvier 2008, E.B c. France, requête n° 43546/02 », *Les annonces de la Seine*, n° 6, p. 17-19.

« Un couple homosexuel se voit de nouveau refuser l'adoption », *Libération*, 3 février 2008.

« Couples homosexuels : Les français sont pour l'adoption », *le JDD*, 27 juin 2008.

« Adoption et homosexualité, le bras d'honneur du Conseil général du Jura à la Cour européenne des droits de l'homme », *Yagg*, le 2 février 2009.

« Nouveau refus d'adoption pour une lesbienne », *Le Figaro*, 3 février 2009.

« Un couple homosexuel se voit de nouveau refuser l'adoption », *Libération*, 3 février 2009.

« Exclusif : La HALDE retoque le Conseil général du Jura dans l'affaire Emmanuelle B. », *Yagg*, le 5 octobre 2009.

« La HALDE juge discriminatoire le refus d'adoption opposé à une homosexuelle », *AFP*, 6 octobre 2009.

« Affaire E.B. : les coups bas du conseil général du Jura », *Yagg*, 9 octobre 2009.

« Une homosexuelle autorisée à adopter », *Le JDD*, 13 octobre 2009.

« Refus d'adoption : vers un désaveu du conseil général du Jura », *Têtu*, 13 octobre 2009.

« Adoption homosexuelle : le Conseil général donnera son accord à Emmanuelle B. », *AFP*, 10 novembre 2009.

« La maire de Montpellier veut que le mariage s'ouvre aux homosexuels », *Le Monde*, 10 novembre 2009.

« Le gouvernement reste opposé à l'adoption par des homosexuels », *Le Monde*, 10 novembre 2009.

« Un couple d'homosexuelles pourra adopter un enfant », *Le Point*, 10 novembre 2009.

« L'autorisation d'adopter pour une homosexuelle ravive le débat politique », *Le Monde*, 11 novembre 2009.

« Homosexualité et adoption : rien de nouveau sous le soleil », *Le Monde*, 11 novembre 2009.

« Après l'humiliation, un immense soulagement », *Libération*, 12 novembre 2009.

« Coup de bambou sur un tabou », *Libération*, 12 novembre 2009.

« Adoption par des couples homosexuels : 57% des français y sont favorables », *Le Point*, 13 novembre 2009.

« Un appel de maires en faveur du mariage homosexuel », *Libération*, 15 novembre 2009.

« 58% des français favorables au mariage homosexuels », *L'Express*, 28 janvier 2011.

« 58 % des Français favorables au mariage homosexuel », *Le nouvel Observateur*, 28 janvier 2011.

« Le non de Sarkozy au mariage gay et à l'adoption pour le couple homosexuel », *Le Figaro*, 9 février 2011.

« Les associations LGBT peuvent-elles peser sur 2012 », *20 minutes*, 22 avril 2011.

« 63% des français favorables au mariage homosexuel », *Libération*, 25 juin 2011.

« 63 % des Français favorables au mariage homosexuel », *Ouest-France*, 25 juin 2011.

« Essonne : une homosexuelle obtient du conseil général un agrément pour adopter », *Libération*, 8 juillet 2011.

« Le non de Sarkozy au mariage gay et à l'adoption pour le couple homosexuel », *Le Figaro*, 9 février 2012.

« Nicolas Sarkozy dit non au mariage homosexuel », *France Soir*, 9 février 2012.

« La Gay Pride 2012 à Paris portée par la promesse de l'ouverture du mariage aux homosexuels », *Le Monde*, 30 juin 2012.

« Sondages : 65% des Français disent « oui » au mariage homosexuel », *Le Point*, 14 août 2012.

« Assomption : la prière universelle fâche les associations gays et lesbiennes », *L'Express*, 15 août 2012.

« Mariage : les couples homosexuels pourront s'unir à partir du 1^{er} septembre 2013 », *Le Point*, 3 septembre 2012.

« Mariage Gay : Hollande apaise les maires », *Le Figaro*, 20 novembre 2012.

« Mariage pour tous : Hollande revient sur l'expression « liberté de conscience » », *Le Monde*, 21 novembre 2012.

« La clause de conscience », *Le Monde*, 21 novembre 2012.

« Quand un maire refusera de marier un couple homosexuel, quels recours ? » ? *France TV Info*, 22 novembre 2012.

« Grâce au mariage pour tous la République française sera plus républicaine », *Le Monde*, 4 décembre 2012.

« Mariage pour tous, les socialistes renoncent à l'amendement sur la PMA », *La Croix*, le 9 janvier 2013.

« Des bébés conçus en Belgique et Espagne », *Le Parisien*, 15 janvier 2013.

« Mariage pour tous, 5300 amendements », *Le Figaro*, 25 janvier 2013.

« Mariage gay face à un torrent d'amendements », *Ouest-France*, 29 janvier 2013.

« Mariage homosexuel : moins de remous à l'étranger », *Le Figaro*, 1^{er} février 2013.

« Adoption gay : les enfants vont aussi bien voire mieux que les autres. », *Le Huff Post*, le 7 mars 2013.

« Mariage gay : 170 juristes interpellent les sénateurs », *Le Figaro*, 25 mars 2013.

« Mariage pour tous : 2500 communes refuseraient de célébrer des unions entre homosexuels », *20 minutes*, 4 avril 2013.

« Mariage pour tous : une France repliée sur elle-même », *Courrier international*, 19 avril 2013.

« L'Europe peut-elle contraindre la France à ouvrir la PMA aux couples homosexuels ? », *La Croix*, 18 mai 2013.

« Mariage pour tous : un débat qui a eu lieu dans un climat homophobe », *Le Monde*, 18 mai 2013.

« Le premier mariage homosexuel a été célébré en France », *Le Monde*, 29 mai 2013.

« L'adoption par des couples homosexuels : une illusion ? », *Metronews*, 29 mai 2013.

« La Douma russe vote l'interdiction des adoptions pour les couples homosexuels étrangers », *Le HuffPost*, 21 juin 2013.

« Plus de 23 000 naissances par PMA chaque année en France », *Le Point*, 11 juillet 2013.

« Ce que le pape François a dit aux journalistes dans l'avion », *La Croix*, 29 juillet 2013.

« Première adoption plénière accordée à un couple de femmes », *Le Figaro*, 18 octobre 2013

« Mariage gay : l'objection de conscience des maires étudiée par les sages », *Le Point*, 18 septembre 2013.

« La Croatie dit non par référendum au mariage homosexuel », *Le Monde*, 1^{er} décembre 2013.

« En Autriche, la justice ouvre la PMA aux couples de femmes », *La Croix*, 22 janvier 2014.

« Loi famille : l'amendement PMA aurait-il été possible ? », *Le JDD*, 3 février 2014.

« Adoption par des couples homosexuels : grande disparité dans les pratiques des tribunaux », *Le Monde*, 24 février 2014.

« La PMA, victime de l'opposition au mariage homosexuel », *Le Monde*, 25 avril 2014.

« La PMA pour les homosexuels n'est pas à l'ordre du jour », *Libération*, 27 avril 2014.

« Couples homosexuels : un amendement déposé pour l'adoption des enfants nés par PMA », *Le Figaro*, 5 mai 2014.

« Après la loi Taubira, la PMA et la GPA sont-elles inéluctables », *Le Figaro*, 6 mai 2014

« GPA, PMA : quel sera l'impact de la décision de la CEDH sur le droit français ? », *Le Monde*, 27 juin 2014.

« Enfants d’homos : une étude australienne montre qu’ils seraient ‘en meilleurs santé et plus heureux’ que les autres », *Le HuffPost*, le 7 juillet 2014.

« Le Croatie offre davantage de droits aux unions homosexuels », *Ellico*, 6 septembre 2014.

« La Cour de cassation valide les adoptions d’enfants nés de PMA à l’étranger », *Le Monde*, 23 septembre 2014.

« La France entend promouvoir une initiative internationale sur la GPA », *La Croix*, 2 octobre 2014.

« Nicolas Sarkozy se prononce pour l’abrogation de la loi Taubira », *Le Figaro*, 15 novembre 2014.

« Mariage gay et adoption : les Français majoritairement favorables », *Les Echos*, 15 novembre 2014.

« Mariage pour tous : Sarkozy peut-il vraiment abroger la loi Taubira ? », *Metronews*, 16 novembre 2014.

« En Inde, dans l’usine à bébé du monde » *La Croix*, 15 décembre 2014.

« L’adoption à l’étranger s’effondre », *Le Figaro*, 2 janvier 2015.

« L’Autriche permet aux couples homosexuels d’adopter dans les mêmes conditions », *Libération*, le 22 janvier 2015.

« Le mariage d’un couple homosexuel franco-marocain autorisé en Cassation », *Le Monde*, 28 janvier 2015.

« Deux ans de mariage pour tous en France : un bilan terrifiant », *Le Nouvel Observateur*, le 23 avril 2015.

« Les Français et les droits des couples homosexuels », *BVA*, 27 juin 2015.

« La CEDH condamne l’Italie pour absence de PACS », *Le Monde*, 22 juillet 2015.

« Le refus de célébrer un mariage gay est devenu une exception », *Le HuffPost*, 1 septembre 2015

« Une ex-élue marseillaise condamnée pour avoir refusé de marier deux femmes », *Le Figaro*, 29 septembre 2015.

« Egalité. Le Conseil d’Etat déboute des associations qui réclamait l’annulation de la loi sur la mariage gay », *E-lico. com.*, 18 décembre 2015.

« La Grèce ouvre enfin le pacte de vie commune aux couples de même sexe », *Yagg*, 23 décembre 2015.

« Le Portugal autorise l’adoption pour les couples homosexuels », *Têtu*, le 11 février 2016.

« Reportage en Inde dans les usines à bébés », *Valeurs Actuelles*, du 14 au 20 avril 2016.

« L’Italie donne son feu vert pour créer une union civile ouverte aux homosexuels », *Le Monde*, 11 mai 2016.

« Le Portugal ouvre le GPA à certaines et la PMA à toutes », *Libération*, 13 mai 2016.

« En 2016 la Gay Pride a toujours sa raison d’être », *La Dépêche*, 1^{er} juin 2016.

« Après la tuerie d’Orlando, la communauté gay sous le choc », *Le Figaro*, le 13 juin 2016.

« PMA : le « oui mais » des français », *Le Figaro*, 7 juillet 2016.

« Etat civil d'enfants nés de GPA : la France de nouveau condamnée », *Le Monde*, 21 juillet 2016.

XII - Les sites internet

Articles de journaux

www.lepost.fr

www.lexpress.fr

www.lefigaro.fr

www.lemonde.fr

www.leparisien.fr

www.afp.com

www.liberation.fr

www.yagg.com

www.tetu.com

Site relatif à l'adoption

www.agence-adoption.fr

www.adoption.gouv.fr

Institutions

Assemblée nationale : www.assemblee-nationale.fr

Sénat : www.senat.fr

Conseil de l'Europe : www.coe.int

www.legifrance.gouv.fr

Juridictions

Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr

Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr

Cour de cassation : www.courdecassation.fr

Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int

Associations homosexuelles

Association des parents et futurs parents gays et lesbiens : www.apgl.fr

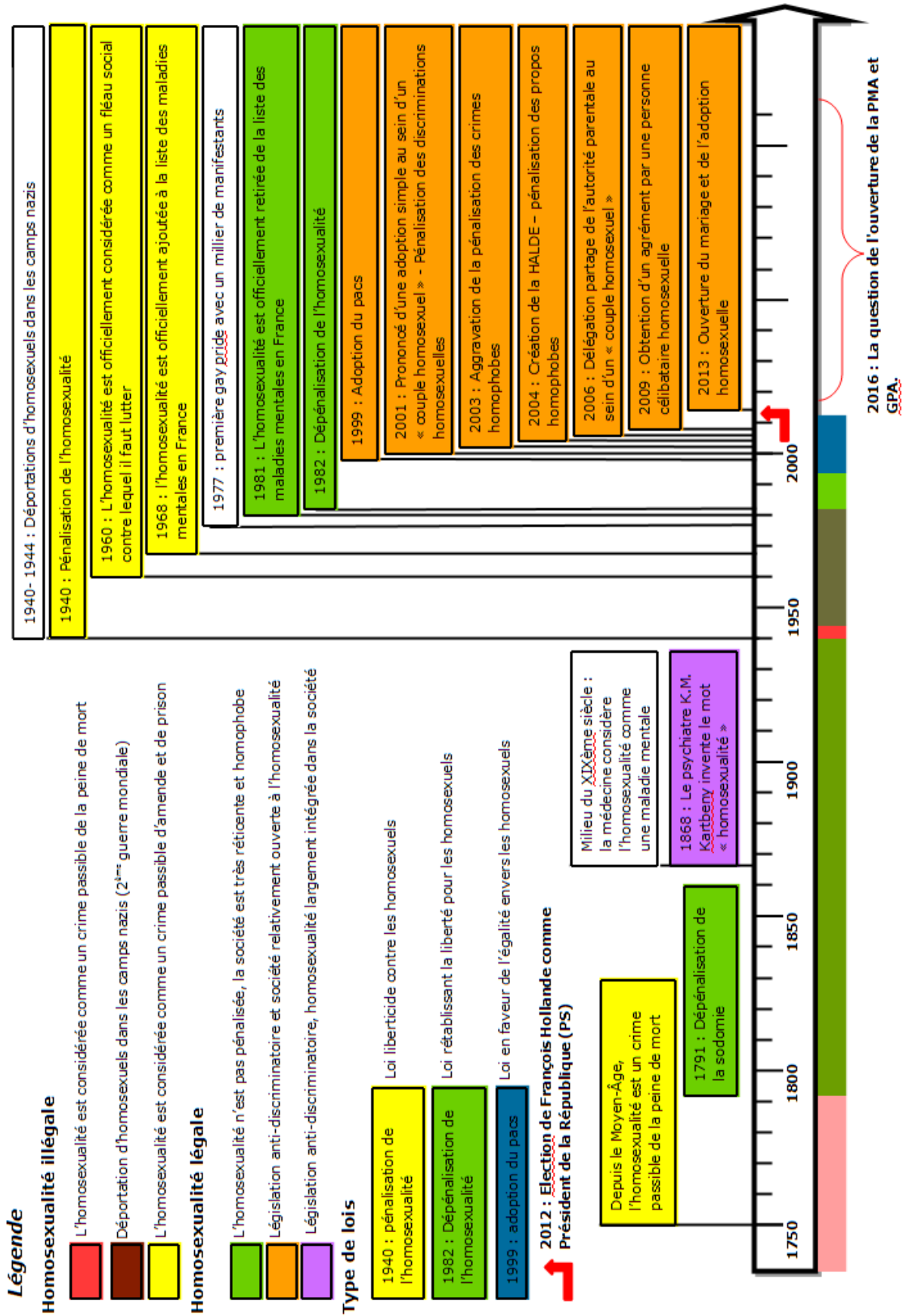
Inter-LGBT : <http://www.inter-lgbt.org>

Homosexualités et Socialisme (HES) : <http://www.hes-france.org>

Annexes

| | |
|---|-----|
| Annexe 1 - Evolution des droits des homosexuels en France..... | 487 |
| Annexe 2 - Evolution des droits des homosexuels dans l'UE..... | 488 |
| Annexe 3 - PMA, GPA, quel pays autorise quoi ?..... | 489 |
| Annexe 4 - La mappemonde des pays plus ou moins homophobes..... | 492 |
| Annexe 5 - Le mariage homosexuel en Europe..... | 495 |
| Annexe 6 - La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe..... | 498 |
| Annexe 7 - La position des Français sur les questions d'homoparentalité..... | 504 |
| Annexe 8 - Les dates clés de l'adoption en France..... | 527 |
| Annexe 9 - Lettre du Président de la République au Président du groupe parlementaire UMP à l'Assemblée Nationale..... | 531 |

Evolution des droits des homosexuels en France



Reproduction personnelle

Annexe 2 - Evolution des droits des homosexuels dans l'UE

Les droits des homosexuels dans l'UE

Le mariage homosexuel en Europe

- Mariage et union civile reconnus
- Union civile seule reconnue
- Union civile non reconnue

13 pays - la Norvège, l'Islande et 11 Etats membres - reconnaissent le mariage homosexuel. Les derniers pays à avoir introduit ce droit sont l'Irlande (mai 2015) et la Finlande (février 2015) ; il n'entrera cependant en vigueur dans ce dernier pays qu'en 2017. 7 pays de l'UE ne reconnaissent aucune forme d'union pour les couples homosexuels, même les unions civiles (pourtant autorisés dans 21 pays de l'Union).

Le droit à l'adoption en Europe

Dans l'Union européenne, seuls 10 pays autorisent l'adoption conjointe par les couples homosexuels. Cependant, dans certains pays, les couples du même sexe peuvent adopter l'enfant du conjoint. En outre, plusieurs pays permettent aux parents seuls d'adopter un enfant.

| | | | | | | | |
|--|------|--|------|--|------|--|------|
| | 2006 | | 2009 | | 2005 | | 2015 |
| | 2005 | | 2003 | | 2013 | | 2014 |
| | 2001 | | 2001 | | 2001 | | 2001 |
| | 1990 | | 2000 | | 2000 | | 2000 |

Légalité de l'homosexualité

L'homosexualité a longtemps été considérée comme un crime en Europe. Dans certains pays, elle a été "légalisée" seulement dans les années 1990 !

| | | | | | | | |
|------------|--|--|--|--|--|--|--|
| Avant 1930 | | | | | | | |
| 1930 | | | | | | | |
| 1940 | | | | | | | |
| 1950 | | | | | | | |
| 1950-1960 | | | | | | | |
| 1960-1970 | | | | | | | |
| 1970-1980 | | | | | | | |
| 1980-1990 | | | | | | | |
| 1990-2000 | | | | | | | |

Le drapeau arc-en-ciel

- La vie
- La guérison
- Le soleil
- La nature
- L'harmonie
- L'esprit

Né en 1978, il comporte 8 bandes (aujourd'hui 6). C'est Gilbert Baker, un artiste de San Francisco, qui le dessina et qui le coud. Il flotta pour la première fois lors de la manifestation "Gay Freedom Day" à San Francisco en juin 1978.

L'homosexualité est supprimée de la liste des maladies mentales de la Classification internationale des maladies publiée par l'Organisation mondiale de la santé.

À l'initiative de l'Afrique du Sud, le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies adopte une résolution affirmant pour la première fois et formellement les droits des personnes LGBT (Lesbiennes, Gays, Bi et Trans).

Le mariage homosexuel est autorisé en France. Ailleurs en Europe la situation des droits des homosexuels est très variée. Où autorise-t-on le mariage ? Et où l'adoption est-elle permise ? Toute l'Europe vous propose une infographie pour mieux maîtriser le sujet !

Toute l'Europe
février 2016

Source: ILGA - EUROPE Le Monde

Annexe 3 - PMA, GPA, quel pays autorise quoi ?

Le Monde.fr | 03.10.2014 à 15h22 • Mis à jour le 22.05.2015 à 15h34 | Par Samuel Laurent (/journaliste/samuel-laurent/)

Alors que le mouvement dit de la « Manif pour tous » se mobilise dimanche contre la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA), des thématiques qui font aussi réagir les ténors de l'UMP, voici l'état de la législation dans différents pays. **PMA, GPA, quelle différence ?** La PMA englobe les différentes pratiques d'aide à la fécondation : in vitro ou par donneur anonyme. Elle est généralement permise, parfois depuis de longues années, aux couples hétérosexuels. Le débat porte sur le fait de la rendre utilisable pour les couples de femmes. La GPA désigne le recours à une tierce personne pour « porter » l'enfant d'un couple (avec ou sans implantation d'un ovule fécondé in vitro), qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Elle peut donner lieu à une rémunération de la mère porteuse.

1. Qui autorise la PMA pour les couples homosexuels en Europe ?

La PMA est autorisée pour les couples de même sexe dans sept pays européens : la Belgique, le Danemark (pour les femmes mariées uniquement), l'Espagne, la Finlande, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède.

► La PMA pour couples de même sexe en Europe

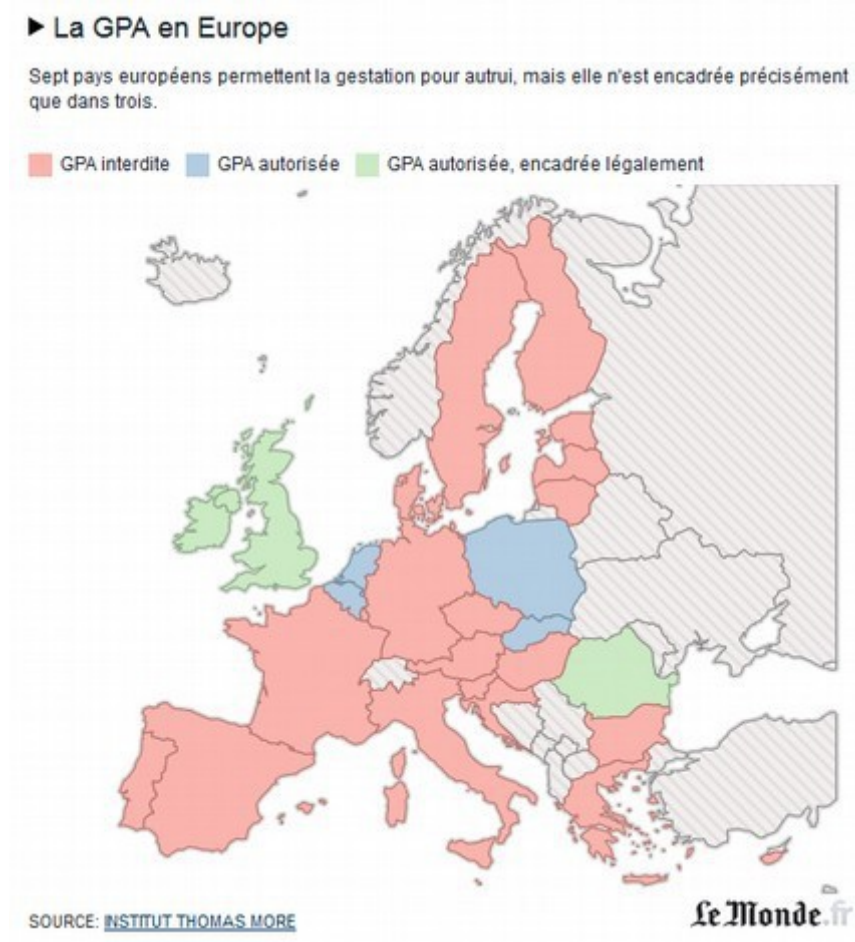
Sept pays européens autorisent les personnes de même sexe à recourir à la procréation médicalement assistée.

- PMA interdite pour les couples de même sexe
- PMA autorisée pour les couples de même sexe



2. Qui autorise la gestation pour autrui en Europe ?

La GPA est possible dans sept pays européens. En Belgique, aux Pays-Bas, en Pologne et en Slovaquie, aucune législation ne l'interdit, ce qui l'autorise de fait. La GPA a été légalisée en Roumanie, mais aussi en Irlande (où une loi protège cependant l'embryon) et au Royaume-Uni (où il est interdit de pratiquer des GPA « à titre onéreux » ou via une exploitation forcée).



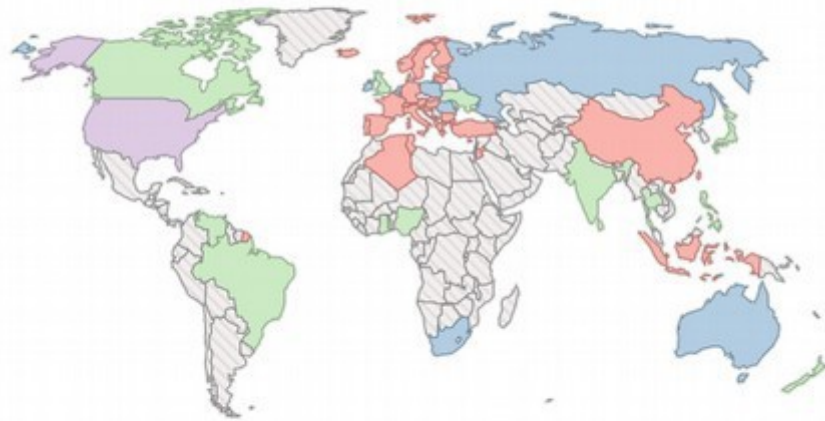
3. La GPA dans le monde

Comme en Europe, de nombreux Etats, notamment parmi les pays en développement, n'encadrent pas la gestation pour autrui, ce qui revient à l'autoriser de fait. Seule une minorité d'Etats ont mis en place des statuts légaux pour encadrer la gestation pour autrui (Grande-Bretagne, Canada, Brésil, Inde,...). A l'inverse, un certain nombre l'ont explicitement interdite, à l'instar de la France.

► GPA : Une situation mondiale contrastée

Si la GPA est explicitement autorisée ou encadrée dans certains pays, et formellement interdite dans d'autres, la situation juridique reste floue dans la plupart des Etats.

- GPA autorisée
- GPA interdite par la loi
- GPA encadrée légalement
- GPA autorisée et encadrée dans certains Etats, interdite dans d'autres



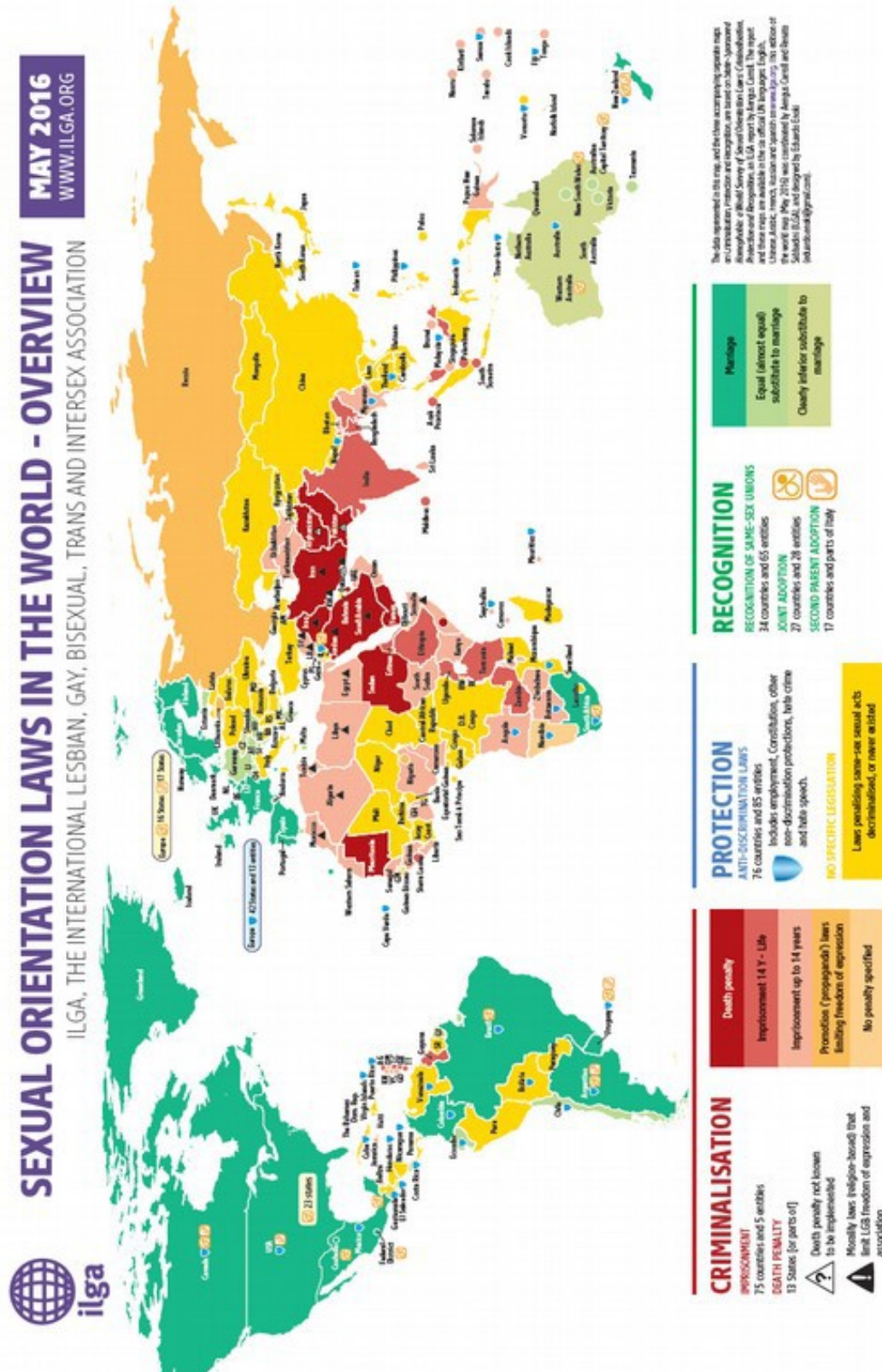
SOURCE: [LA CROIX](#)

Le Monde.fr

source : Le Monde du 3 octobre 2014 par Samuel Laurent

Annexe 4 - La mappemonde des pays plus ou moins homophobes

Journée mondiale - Le 17 mai se célèbre la journée mondiale contre l'homophobie. Enfin de loin pas partout... Tour d'horizon du statut des minorités sexuelles autour du globe.



La carte des lois encadrant les relations de même sexe dans le monde.

Mariage pour tous, unions civiles, adoption, les droits des minorités sexuelles ne cessent de progresser en Europe, ainsi qu'en Amérique latine. Mais la journée de l'homophobie rappelle que nombre d'Etats dans le monde pratiquent des politiques discriminatoires à leur égard, allant jusqu'à l'application de la peine de mort. Tour d'horizon chiffré sur la base du rapport 2016 de l'ILGA (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), ONG basée à Genève.

1. Criminalisation

A l'heure actuelle, 75 Etats peuvent être classés comme des Etats criminalisant les relations de même sexe. Parmi ces 75 Etats, 45 Etats criminalisent autant les relations entre femmes qu'entre hommes.

2. Peine de mort

13 pays ou une partie du pays ont des législations ou des codes basés sur la charia qui prévoient la peine capitale pour les actes homosexuels : le Soudan, l'Iran, L'Arabie Saoudite et le Yémen ont une telle loi et les appliquent, c'est aussi le cas de douze Etats du Nigéria et du Sud de la Somalie. La Mauritanie, le Qatar, les Etats Arabes Unis, le Pakistan et l'Afghanistan prévoient la peine de mort pour les relations homosexuelles, mais elle n'est pas spécifiquement appliquée sous ce motif. En Irak et en Syrie, le groupe Etat Islamique s'appuie sur la charia pour exécuter des homosexuels.

3. Jusqu'à la prison à vie

75 Etats et 5 régions prévoient l'emprisonnement pour les actes sexuels « contraires à la loi ». Parmi eux, 14 Etats ou région prévoient entre quinze ans de prison à l'enfermement à vie : Guyane, Sierra Leone, Zambie, Tanzanie, Ouganda, Ethiopie, Erythrée, Inde, Bangladesh, Malaisie, Maldives, plusieurs régions indonésiennes et plusieurs îles des Antilles.

4. Lois religieuses

16 pays, tous musulmans, voient s'appliquer, par l'Etat ou des groupes dominants, des lois basées sur la moralité religieuse afin de limiter la liberté d'expression et d'association des personnes homosexuelles et bisexuelles. C'est le cas du Maroc, de l'Algérie, de la Tunisie, de la Libye, de l'Egypte, de la Somalie, de l'Arabie Saoudite, de Bahrein, du Qatar, du Koweït, de la Jordanie, du Liban, de la Syrie, de l'Irak, de l'Iran et de l'Afghanistan.

5. L'interdiction de la « propagande »

C'est la tendance du moment. L'an dernier, 4 Etats, dont la Russie, pouvait être classés parmi les pays ayant promu des lois sanctionnant la « propagande homosexuelle ». Aujourd'hui, au

Moyen-Orient et en Afrique du Nord, 13 autres Etats ont acquis ce statut. La tendance se développe aussi à l'Est de l'Europe : au Kirghizistan, au Kazakhstan, en Biélorussie, en Ukraine, en Lettonie et en Bulgarie, de tels projets de loi sont évoqués, note le rapport de l'ILGA.

6. Les unions civiles et le mariage

A l'inverse des Etats qui criminalisent, il faut tout de même rappeler que nombre d'Etats marchent vers toujours plus de reconnaissance des droits des minorités sexuelles. Sur cette échelle de la reconnaissance, les lois les plus minimalistes, offrant protection sur le lieu de travail ou en matière santé publique par exemple, progressent en maints endroits du globe. Mais surtout, la totale égalité des droits commence à prendre des couleurs sur la carte du monde. En Europe et en Amérique du Sud, le «mariage pour tous» est en expansion. A l'heure actuelle, 22 Etats dans le monde donnent aux couples homosexuels l'accès au mariage, et 25 autres Etats – le dernier en date étant l'Italie – reconnaissent les unions civiles. Il en va de même de la reconnaissance des familles : 26 Etats autorisent l'adoption conjointe, tandis que 23 autres Etats autorisent l'adoption par le partenaire.

Source : La mappemonde des pays plus ou moins homophobes - Monde - tdg.ch.htm (journal : La Tribune de Genève)

Dans l'UE, certains pays autorisent aux couples homosexuels une adoption conjointe : la Belgique, le Danemark, la France, Malte, les Pays-Bas, l'Espagne, le Royaume-Uni, la Suède, le Luxembourg, l'Autriche et le Portugal.

En France, à la suite de l'interdiction du tribunal de Reims faite à un couple de deux femmes de se marier, le Conseil constitutionnel a conclu en 2011 que les articles du Code civil qui font référence à l'union d'un homme et d'une femme ne sont pas contraires à la Constitution. Lors des élections présidentielles en 2012, François Hollande avait fait de la légalisation du mariage homosexuel l'un de ses arguments de campagne. Le 23 avril 2013, après plusieurs semaines de débats parlementaires et de manifestations, opposant les « pour » et les « contre », les députés français ont définitivement adopté, à 331 voix contre 225, la loi Taubira. La loi a été officiellement promulguée par le président de la République, François Hollande, le 18 mai 2013, et publiée au Journal officiel le même jour, après validation par le Conseil constitutionnel la veille.

En juin 2013, les députés britanniques ont à leur tour adopté, à 366 voix contre 161, le projet de loi légalisant le mariage homosexuel en Angleterre et au Pays de Galles. La Reine Elizabeth II a donné son assentiment à la loi, la ratifiant définitivement. Cette loi ne concerne que l'Angleterre et le Pays de Galles, les autres régions du Royaume-Uni, l'Écosse et l'Irlande du nord, ayant leur propre législation. Les premiers mariages ont été célébrés en juillet 2014. Cette loi est plus symbolique qu'ailleurs, les couples homosexuels britanniques ayant le droit d'adopter et de recourir à la procréation médicalement assistée et à une mère porteuse, tant que cette dernière n'est pas rémunérée, depuis 2002. Il peuvent aussi s'unir par un partenariat civil depuis 2005.

Le 27 mai 2015, l'Irlande a été le premier pays au monde à adopter le mariage homosexuel par référendum (62,1% des votants).

En Slovénie, les citoyens ont rejeté, le 20 décembre 2015 par référendum, la loi autorisant le mariage homosexuel adoptée précédemment par le Parlement.

2. Une reconnaissance de l'union civile de plus en plus étendue

25 pays européens (dont 21 de l'Union européenne) autorisent une forme d'union civile (« partenariat enregistré »/« partenariat civil ») pour les couples homosexuels : le Danemark (1989), la Suède (1995), l'Espagne (1998), les Pays-Bas (1998), la France (1999), la Belgique (2000), l'Allemagne (depuis 2001, le contrat de vie commune accorde aux couples homosexuels des droits similaires à ceux du mariage, sauf en matière fiscale), le Portugal (2001), la Finlande (2002), le Royaume-Uni (2005), la Hongrie (depuis 2007, le statut de « concubin » permet d'obtenir un crédit, de faire valoir des droits à un héritage et accorde des abattements fiscaux), la République tchèque

(2006), le Luxembourg (2010), la Slovénie (2010), l'Irlande (2010), l'Autriche (2010), Malte (avril 2014), la Croatie (juillet 2014), l'Estonie (octobre 2014).

La Grèce et Chypre sont venus s'ajouter à cette liste en 2015.

Parmi les pays européens non membres de l'UE, la Norvège (1993), l'Islande (1996), la Suisse (2007), le Liechtenstein (2011) ont également adopté une forme d'union civile pour les couples homosexuels.

Enfin, 6 pays de l'UE ne reconnaissent aucune forme d'union pour les couples homosexuels (Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Bulgarie, Pologne).

L'Italie, qui jusque là ne reconnaissait aucune forme d'union, devrait mettre en place une union civile ouverte aux homosexuels. Le texte de loi a été adopté par le Parlement en 2016 et devrait normalement entrer en vigueur sous peu.

3. Quelle législation européenne ?

L'Union européenne dispose de compétences très limitées en ce qui concerne la famille. De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé en 2004 que « le fait de réserver le mariage à des couples constitués d'un homme et d'une femme relève des prérogatives des lois nationales et ne constitue pas une discrimination » (bien qu'en 2008 cette même Cour ait considéré que l'homosexualité ne pouvait « justifier une différence de traitement juridique quant à la possibilité de devenir parent »).

En 2003, le Parlement européen avait demandé à tous les Etats membres de l'Union européenne « d'abolir toute forme de discrimination (législative ou de facto) dont sont victimes les homosexuels, notamment en matière de droit au mariage et d'adoption d'enfants ».

En 2010, le Parlement européen a de nouveau évoqué le sujet, en soulignant que le droit à la liberté de circulation n'était pas garanti pour les couples homosexuels. En effet, si un tel couple uni dans un pays décide d'emménager dans un autre qui ne reconnaît pas cette union, et donc les droits inhérents (adoption, sécurité sociale, héritage), ceci constitue une discrimination et une violation du droit de l'UE. La Commission européenne travaille à la reconnaissance mutuelle de tels droits sur l'ensemble du territoire européen. La législation européenne pourrait ainsi évoluer.

Source : Le mariage homosexuel en Europe.html (site: toute l'Europe)

Annexe 6 - La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe

1. L'essentiel du mariage pour tous

Avec la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous, la France est devenue le 9e pays européen et le 14e pays au monde à autoriser le mariage homosexuel. Cette loi a ouvert de nouveaux droits pour le mariage, l'adoption et la succession, au nom des principes d'égalité et de partage des libertés. En 2014, les mariages de couples de même sexe ont représenté 4% du total des unions.



Engagement du candidat

26 janvier 2012 : François Hollande, candidat à la présidence de la République s'engage à ouvrir le droit au mariage et à l'adoption aux couples de même sexe.

Projet de loi

7 novembre 2012 : Présentation du projet de loi en Conseil des ministres.

Adoption

23 avril 2013 : Le Parlement adopte définitivement la loi.

Loi

17 mai 2013 : La loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe est promulguée par le président de la République et publiée au Journal Officiel du 18 mai 2013.

1er mariage

29 mai 2013 : Vincent Autin et Bruno Boileau ont été officiellement unis par les liens du mariage : le premier entre deux personnes de même sexe.

LE CONTEXTE

« *J'ouvrirai le droit au mariage et à l'adoption aux couples homosexuels* », tel était l'engagement 31.1 du candidat François Hollande à l'élection présidentielle. C'est au printemps 2013, après 170 heures de débats au Parlement que cet engagement se transforme en réalité.

Avec l'adoption de la loi permettant le mariage pour tous, la France devient le 14^e pays au monde à ouvrir le mariage aux homosexuels. En Europe, de telles unions civiles existent notamment depuis 2001 en Allemagne et depuis 2007 en Suisse. Dans huit autres pays européens (Pays-Bas, Belgique, Espagne, Norvège, Suède, Portugal, Islande et Danemark), c'est le mariage lui-même qui est autorisé. Toutefois, au Portugal, l'adoption est exclue.

DE QUOI S'AGIT-IL ?

Il était de la « *responsabilité politique et éthique de porter avec courage cette réforme qui partage et étend les libertés* », a déclaré Christiane Taubira, la garde des Sceaux chargée de la mener à bien. Et c'est à 331 votes pour et 225 votes contre (sur 566 députés votants et 556 suffrages exprimés) que ce texte, qui modifie notre code civil, a été adopté le 23 avril 2013.



Oui, c'est bien le mariage, avec toute sa charge symbolique et toutes ses règles d'ordre public, que le Gouvernement ouvre aux couples de même sexe, dans les mêmes conditions d'âge et de consentement de la part de chacun des conjoints, avec les mêmes interdits (...) avec les mêmes obligations pour chaque conjoint vis-à-vis l'un de l'autre, les mêmes devoirs des enfants vis-à-vis de leurs parents et des parents vis-à-vis de leurs enfants. Oui, c'est bien ce mariage que nous ouvrons aux couples de même sexe.

*Christiane Taubira
Garde des Sceaux, ministre de la Justice*

ÇA CHANGE QUOI, LE MARIAGE POUR TOUS ?

La loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous ouvre de nouveaux droits pour le mariage, l'adoption et la succession.

- **Le mariage**

Fondée sur le principe d'égalité, la loi ouvre aux personnes de même sexe résidant en France la possibilité de se marier. Le nouvel article 143 du code civil précise que « *le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe.* » Les dispositions relatives à l'âge des futurs époux (18 ans révolus) et aux empêchements (interdiction de se marier entre frères et sœurs, entre oncle ou tante et nièce ou neveu) restent inchangées.

Le livret de famille est modifié : les mentions « époux » et « épouse » n'y apparaissent plus, mais doivent être précisées à la main en fonction de la composition du couple. Il en est de même pour les mentions distinctes « père » et « mère » remplacées par une mention unique « père-mère ». Chacun des époux peut choisir de porter le nom de son conjoint ou les deux noms accolés : auparavant seules les épouses pouvaient faire ce choix.

Les époux de même sexe bénéficient des mêmes droits que les couples hétérosexuels mariés : droit à des jours de congés en cas de mariage, d'adoption ou de décès, extension de l'assurance vieillesse en cas d'adoption (au profit d'un seul membre du couple), droit à l'accompagnement en cas de mobilité géographique. Sur ce dernier point, la loi prévoit qu'« aucun salarié ne pourra être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé, en raison de son orientation sexuelle, une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité ».

Par défaut, les époux de même sexe bénéficient du régime de communauté de biens réduite aux acquêts, mais peuvent conclure un contrat de mariage.

Enfin, la loi reconnaît les mariages contractés par deux personnes du même sexe dans un autre pays avant le 18 mai 2013. Par ailleurs, les Français peuvent se marier avec un ressortissant étranger de même sexe, les ressortissants de pays n'autorisant pas le mariage homosexuel pouvant également se marier en France.



- **L'adoption**

Du droit au mariage découle le droit à l'adoption : la loi permet donc l'adoption conjointe d'un enfant par les deux époux ou l'adoption de l'enfant du conjoint. L'autorité parentale est partagée par les deux époux. Dans le cas d'un PACS, seul un des deux partenaires peut être reconnu comme parent adoptant.

Le choix du nom de l'enfant dépend du type d'adoption : en cas d'adoption simple (l'enfant adopté conserve un lien avec sa famille d'origine), le nom de l'un des deux adoptants est accolé à celui de l'enfant. En cas de désaccord, c'est le premier nom selon l'ordre alphabétique. En cas d'adoption plénière (l'enfant adopté n'a plus de lien avec sa famille d'origine), l'enfant adopté peut prendre le nom d'un ou des deux adoptants, accolés selon l'ordre alphabétique en cas de désaccord. Le texte prévoit également de remplacer, lorsque cela est nécessaire, les mots « père et mère » par le mot « parent ».

- **La succession**

En cas de décès de l'un des conjoints, le mariage est également plus protecteur que le PACS : les époux sont héritiers l'un de l'autre. Le mariage pour tous permet ainsi au conjoint survivant de percevoir une pension de réversion, soit une partie de la retraite du conjoint décédé.

Source : <http://www.gouvernement.fr/action/le-mariage-pour-tous>

2. Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

Les principales avancées

- Comparaison avant/après la loi
- Modifications en gras

| Avant la loi | Après la loi |
|--|---|
| Le mariage pouvait être contracté par deux personnes de sexe différent. | Le mariage peut être contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe . Les conditions de validité du mariage sont par ailleurs inchangées. |
| Les actes de l'état civil étaient établis par les officiers de l'état civil. | Les actes de l'état civil sont établis par les officiers de l'état civil. Ces derniers exercent leurs fonctions sous le contrôle du procureur de la République. |
| Le mariage était célébré dans la commune où l'un des deux époux avait son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue. | Le mariage est célébré, au choix des époux, dans la commune où l'un d'eux, ou l'un de leurs parents , a son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue. |
| Le mariage était célébré publiquement devant l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux avait son domicile ou sa résidence. | Le mariage est célébré publiquement lors d'une cérémonie républicaine par l'officier de l'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence. |
| L'adoption plénière de l'enfant du conjoint était permise : | L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise : |

| Avant la loi | Après la loi |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • lorsque l'enfant n'avait de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint. • lorsque l'autre parent que le conjoint s'était vu retirer totalement l'autorité parentale. • lorsque l'autre parent que le conjoint était décédé et n'avait pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci s'étaient manifestement désintéressés de l'enfant. | <ul style="list-style-type: none"> • lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint. • lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard. • lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale. • lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. |
| <p>L'adoption simple était permise quel que soit l'âge de l'adopté. S'il était justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière était permise. Si l'adopté était âgé de plus de treize ans, il devait consentir personnellement à l'adoption.</p> | <p>L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté. S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise. L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple. Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.</p> |
| <p>L'enfant avait le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant pouvait faire obstacle à l'exercice de ce droit. Si tel était l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixait les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.</p> | <p>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.</p> |
| <p>On pouvait déduire de dispositions sur le divorce et la séparation de corps que chaque époux pouvait porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom, dans l'ordre qu'il choisissait.</p> | <p>La loi prévoit désormais, dans les dispositions relatives au mariage, que chaque époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom, dans l'ordre qu'il choisit.</p> |
| <p>L'adoption simple conférait le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier.</p> | <p>L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. La loi consacre la jurisprudence de la cour de cassation, qui prévoit, si l'adopté est majeur, qu'il doit consentir à cette adjonction.</p> |
| <p>En cas d'adoption simple par deux époux, le nom ajouté au nom de l'adopté était, à la demande des</p> | <p>En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté au nom de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans la limite d'un nom. A défaut d'accord, le</p> |

| Avant la loi | Après la loi |
|---|--|
| <p>adoptants, soit celui du mari, soit celui de la femme, dans la limite d'un nom pour chacun d'eux et, à défaut d'accord entre eux, le premier nom du mari.</p> <p>En cas d'adoption plénière, à défaut de choix de nom par les adoptants, les enfants prenaient le nom du père.</p> | <p>nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction à son premier nom, en seconde position, du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique.</p> <p>En cas d'adoption plénière, à défaut de choix, l'enfant prend le nom constitué du premier nom de chacun de ses parents (dans la limite d'un nom pour chacun d'eux), accolés dans l'ordre alphabétique.</p> |
| <p>Le mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger n'était pas reconnu.</p> | <p>Le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France (sous réserve de respecter un certain nombre de dispositions du code civil). A compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers.</p> |
| <p>Non prévu</p> | <p>Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir refusé en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un Etat incriminant l'homosexualité.</p> |

Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile

Arrêté du 24 mai 2013 modifiant l'arrêté du 29 juillet 2011 modifiant l'arrêté du 1er juin 2006 fixant le modèle de livret de famille

Source : <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/loi-ouvrant-le-mariage-aux-couples-de-personnes-de-meme-sexe-25377.html>

3 octobre 2014

N° 112 512

Contacts :

01 72 34 94 64 / 06 61 00 37 76
Frédéric Dabi / François Kraus
Francois.kraus@ifop.com

La position des Français sur les questions d'homoparentalité



Paris
Toronto
Shanghai
Buenos Aires

Connection creates value

Étude réalisée pour : Association des Familles Homoparentales (ADFH)

Échantillon : Échantillon de 1 000 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. La représentativité de l'échantillon a été assurée par la méthode des quotas (sexe, âge, profession de la personne interrogée) après stratification par région et catégorie d'agglomération.

Mode de recueil : Les interviews ont eu lieu par questionnaire auto-administré en ligne (CAWI - Computer Assisted Web Interview).

Dates de terrain : Du 29 septembre au 1er octobre 2014.

Ce document présente les résultats d'une étude réalisée par l'ifop qui respecte fidèlement les principes scientifiques et déontologiques de l'enquête par sondage.

A | Les perceptions des familles homoparentales

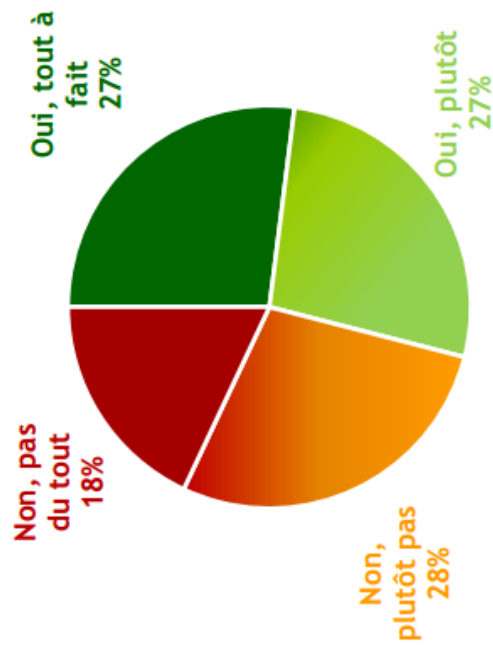
LE JUGEMENT SUR LA CAPACITE D'UN ENFANT A S'EPANOUIR AU SEIN D'UN COUPLE HOMOSEXUEL DE LA MEME MANIERE QUE DANS UN COUPLE HETEROSEXUEL

Question : A votre avis, un enfant peut-il s'épanouir de la même manière dans une famille [avec deux mères] / [avec deux pères] que dans une famille avec un père et une mère ?

AVEC DEUX MÈRES

S/T
« NON »
46%

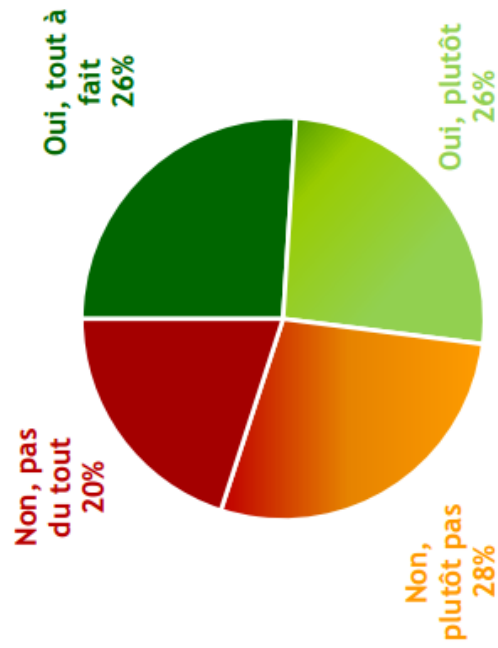
S/T
« OUI »
54%



AVEC DEUX PÈRES

S/T
« NON »
48%

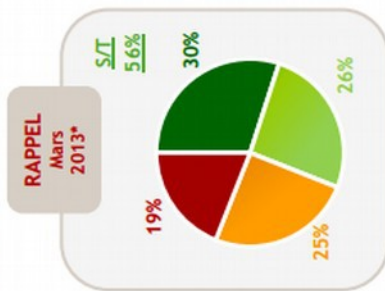
S/T
« OUI »
52%



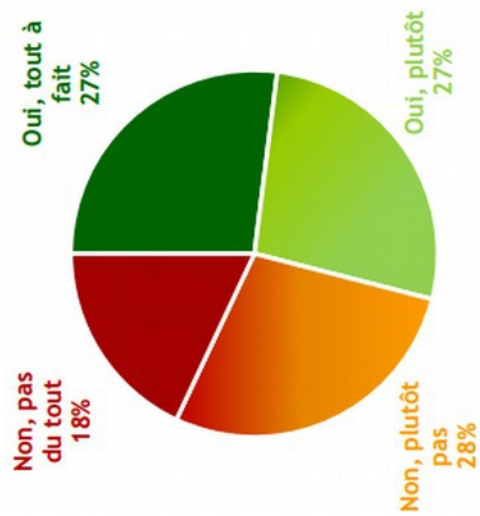
Evolution de l'opinion des Français au cours des dix-huit derniers mois

Question : A votre avis, un enfant peut-il s'épanouir de la même manière [avec deux mères] / [avec deux pères] que dans une famille avec un père et une mère ?

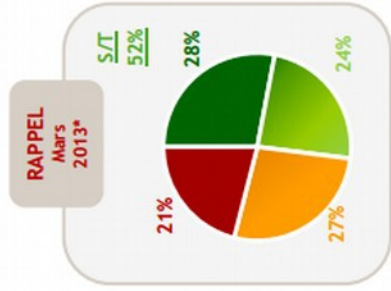
AVEC DEUX MÈRES



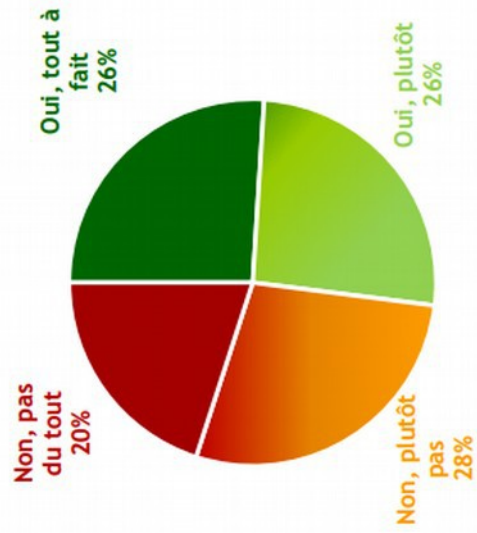
S/T
« OUI »
54%



AVEC DEUX PÈRES



S/T
« OUI »
52%



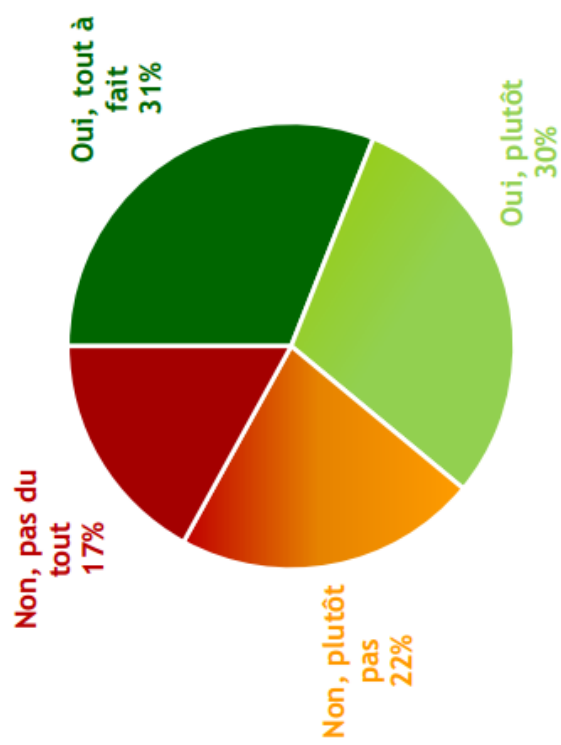
LA PERCEPTION D'UNE FAMILLE HOMOPARENTALE COMME UNE FAMILLE À PART ENTIÈRE

Question : A vos yeux, un couple d'homosexuel-le-s vivant avec ses enfants constitue-t-il aujourd'hui une famille à part entière ?

ENSEMBLE
DES FRANÇAIS
Octobre 2014

$\frac{S/T}{\ll \text{NON} \gg}$
39%

$\frac{S/T}{\ll \text{OUI} \gg}$
61%



B | La loi Taubira, un an après

L'ADHÉSION À LA PROPOSITION D'ABROGATION DE LA LOI TAUBIRA

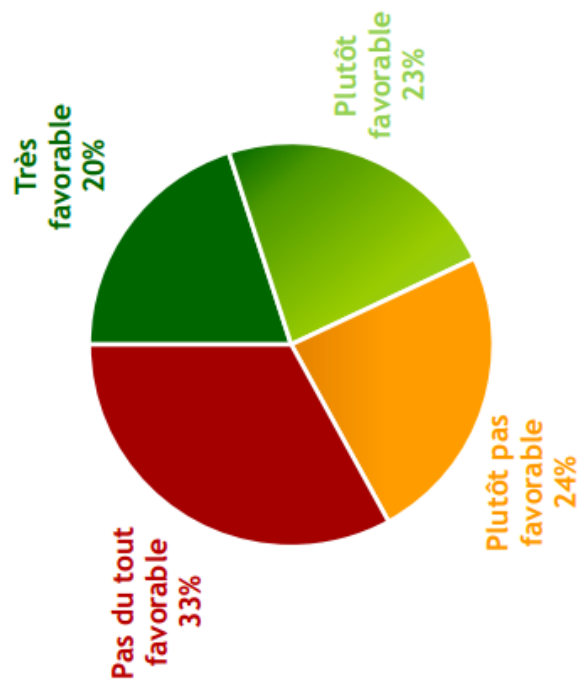
Question : En mai 2013, la loi relative au « mariage pour tous » a ouvert le mariage et l'adoption aux couples de même sexe. Aujourd'hui, certaines personnes sont favorables à l'abrogation de cette loi et d'autres y sont opposées.

Personnellement, êtes-vous favorable à ce que l'on supprime la loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe ?

ENSEMBLE
DES FRANÇAIS
Octobre 2014

S/T
« DÉFAVORABLE »
57%

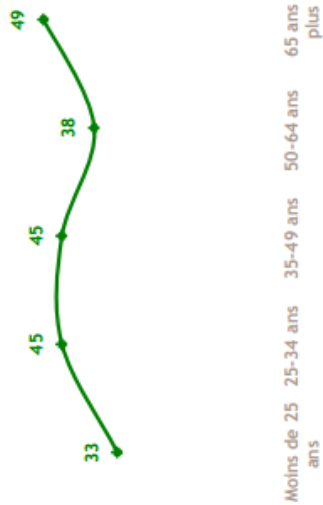
S/T
« FAVORABLE »
43%



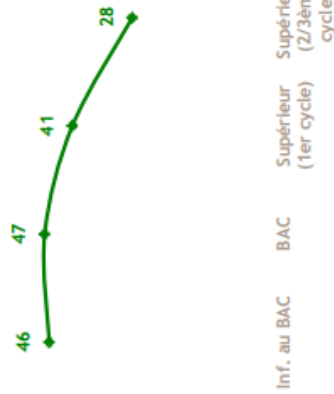
Le profil des Français favorables à l'abrogation de la loi Taubira

Note de lecture : 68% des catholiques pratiquants réguliers sont favorables à l'abrogation de la loi Taubira

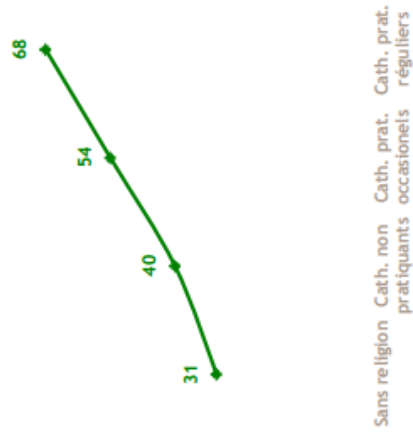
Age de l'individu



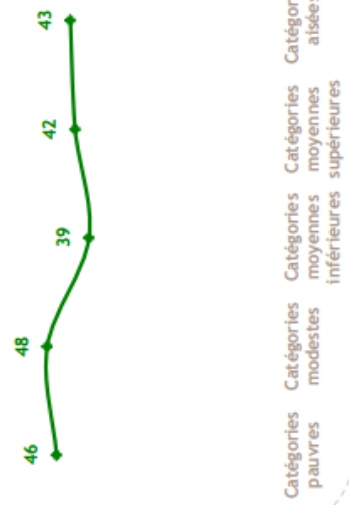
Niveau de diplôme



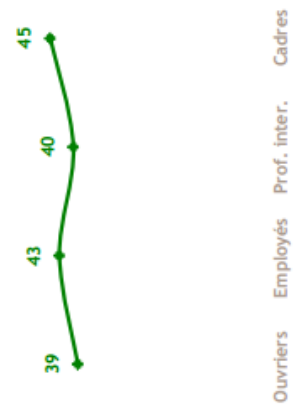
Pratique religieuse



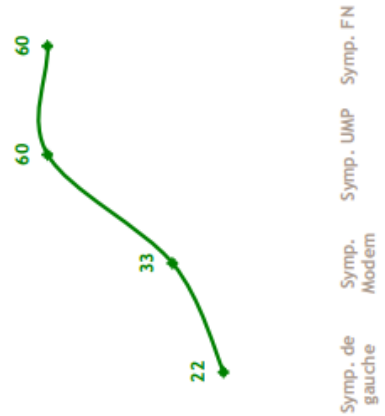
Niveau de vie



Profession de l'individu



Proximité politique



C | La position sur la Procréation Médicalement Assistée (PMA)

L'ADHÉSION À L'ÉLARGISSEMENT DE LA PMA AUX COUPLES DE FEMMES HOMOSEXUELLES

Question : La procréation médicalement assistée (PMA) est une technique de procréation artificielle autorisée en France aux seuls couples hétérosexuels souffrant d'un problème de stérilité ou susceptibles de transmettre une maladie grave à leur enfant.

Personnellement, seriez-vous tout à fait favorable, plutôt favorable, plutôt défavorable ou tout à fait défavorable à ce que **les couples de femmes homosexuelles** désirant un enfant puissent avoir recours à l'insémination artificielle (ce qu'on appelle aussi la PMA) pour avoir un enfant ?

S/T
« **OPPOSÉ** »

47%

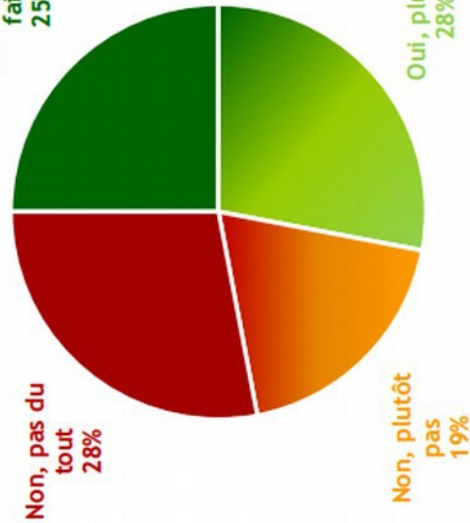
ENSEMBLE DES FRANÇAIS
Octobre 2014

S/T
« **FAVORABLE** »

53%



Oui, tout à fait
25%



Evolution depuis 2004 *



Avril 2004 Octobre 2012 Janvier 2013 Octobre 2014

* Sondage Ifop pour Elle réalisé par téléphone du 8 au 9 avril 2004 auprès d'un échantillon de 1003 personnes, représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus.

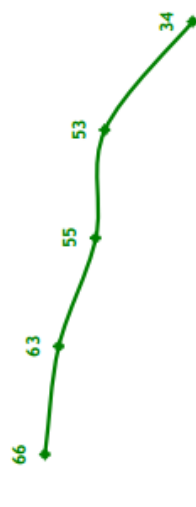
Sondage Ifop pour Le Monde réalisé par internet du 29 au 31 octobre 2012 auprès d'un échantillon de 1371 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus.

Sondage Ifop pour Le Pèlerin magazine réalisée par internet du 3 au 4 janvier 2013 auprès d'un échantillon de 1005 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus.

Le profil des Français favorables à l'élargissement de la PMA aux couples de femmes homosexuelles

Note de lecture : 66% des jeunes de moins de 25 ans sont favorables à l'élargissement de la PMA aux couples de femmes homosexuelles

Age de l'individu



Moins de 25 ans 25-34 ans 35-49 ans 50-64 ans 65 ans et plus

Niveau de diplôme



Inf. au BAC BAC Supérieur (1er cycle) Supérieur (2/3ème cycle)

Pratique religieuse



Sans religion Cath. non pratiquants Cath. prat. occasionnels Cath. prat. réguliers

Niveau de vie



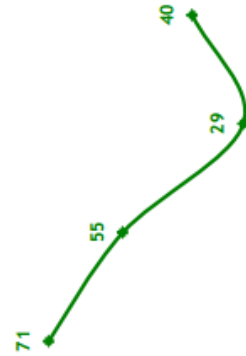
Catégories pauvres Catégories modestes Catégories moyennes inférieures Catégories moyennes supérieures Catégories aisées

Profession de l'individu



Ouvriers Employés Prof. inter. Cadres

Proximité politique



Symp. de gauche Symp. Modem Symp. UMP Symp. FN

L'ADHÉSION À L'AVIS DE LA COUR DE CASSATION VALIDANT L'ADOPTION INTRA-CONJUGALE DES ENFANTS NÉS D'UNE PMA RÉALISÉE À L'ÉTRANGER

Question : Dans plusieurs pays comme l'Espagne ou la Belgique, la procréation médicalement assistée (PMA) est ouverte aux couples de femmes homosexuelles. Ainsi, certains couples de femmes homosexuelles ont recours à une insémination artificielle avec un donneur anonyme ou connu.

En France, la Cour de cassation vient d'émettre un avis autorisant l'épouse d'une mère ayant eu recours à une insémination artificielle à l'étranger à adopter l'enfant ainsi conçu. Approuvez-vous ou non cette décision de la Cour de cassation ?

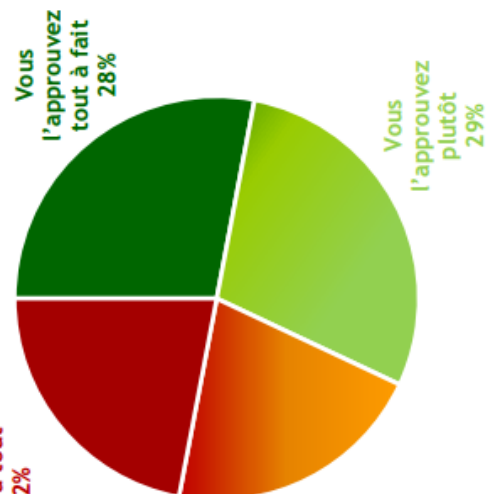
**ENSEMBLE
DES FRANÇAIS**
Octobre 2014

S/T
« N'APPROUVE PAS »

43%

Vous ne
l'approuvez
pas du tout
22%

Vous ne
l'approuvez
plutôt pas
21%



S/T
« APPROUVE »

57%

Le profil des Français approuvant l'avis de la cour de cassation validant l'adoption des enfants nés d'une PMA réalisée à l'étranger

Note de lecture : 77% des sympathisants de gauche approuvent l'avis de la cour de cassation

Age de l'individu



Moins de 25 ans 25-34 ans 35-49 ans 50-64 ans 65 ans et plus

Niveau de diplôme



Inf. au BAC BAC Supérieur (1er cycle) Supérieur (2/3ème cycle)

Pratique religieuse



Sans religion Cath. non pratiquants Cath. prat. occasionnels Cath. prat. réguliers

Niveau de vie



Catégories pauvres Catégories modestes Catégories moyennes inférieures Catégories moyennes supérieures Catégories aisées

Profession de l'individu



Ouvriers Employés Prof. inter. Cadres

Proximité politique

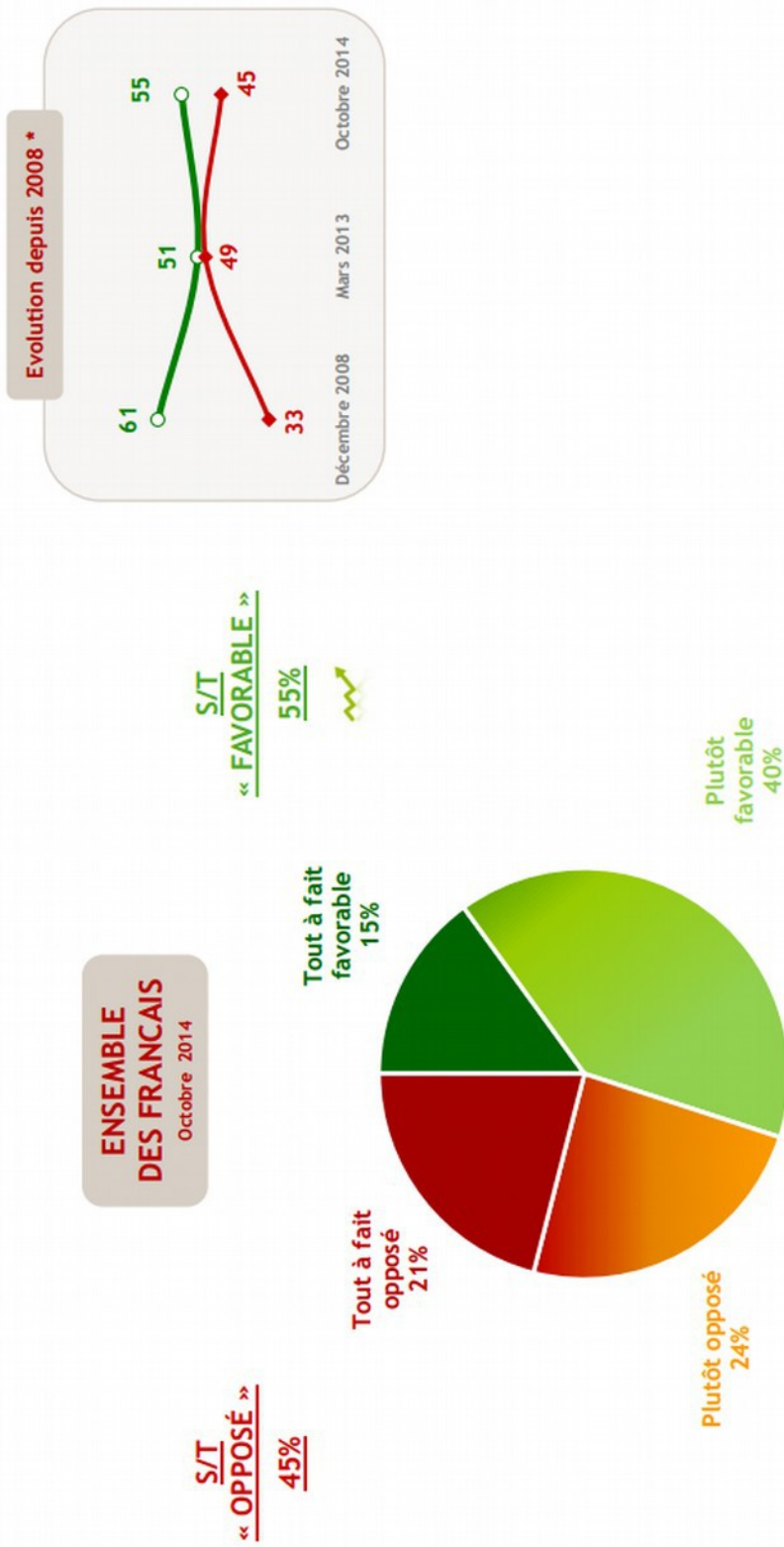


Symp. de gauche Symp. Modem Symp. UMP Symp. FN

D | La position sur la Gestation Pour Autrui (GPA)

L'ADHÉSION AU PRINCIPE D'AUTORISATION DE LA GPA EN FRANCE

Question : De manière générale, êtes-vous tout à fait favorable, plutôt favorable, plutôt opposé ou tout à fait opposé à ce que le recours à une mère porteuse soit autorisé en France dans un cadre réglementé ?



* Sondage Ipsos pour France 5 et Top Santé réalisé par téléphone du 5 au 8 décembre 2008 auprès d'un échantillon de 1017 personnes, représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus.

Sondage Ifop pour Femme Actuelle réalisé par questionnaire auto-administré en ligne du 27 février au 1er mars 2013 auprès d'un échantillon de 1190 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. Avant Octobre 2014, le libellé de la question était : « De manière générale, êtes-vous tout à fait favorable, plutôt favorable, plutôt opposé ou tout à fait opposé à ce que le recours à une mère porteuse soit autorisé en France ? ».

Le profil des Français favorables à ce que le recours à une mère porteuse soit autorisé en France dans un cadre réglementé

Note de lecture : 55% des sympathisants FN sont favorables au principe d'autorisation de la GPA en France

Age de l'individu



Moins de 25 ans 25-34 ans 35-49 ans 50-64 ans 65 ans et plus

Niveau de diplôme



Inf. au BAC BAC Supérieur (1er cycle) Supérieur (2/3ème cycle)

Pratique religieuse



Sans religion Cath. non pratiquants occasionnels Cath. prat. réguliers

Niveau de vie



Catégories pauvres Catégories modestes Catégories moyennes inférieures Catégories moyennes supérieures Catégories aisées

Profession de l'individu



Ouvriers Employés Prof. inter. Cadres

Proximité politique

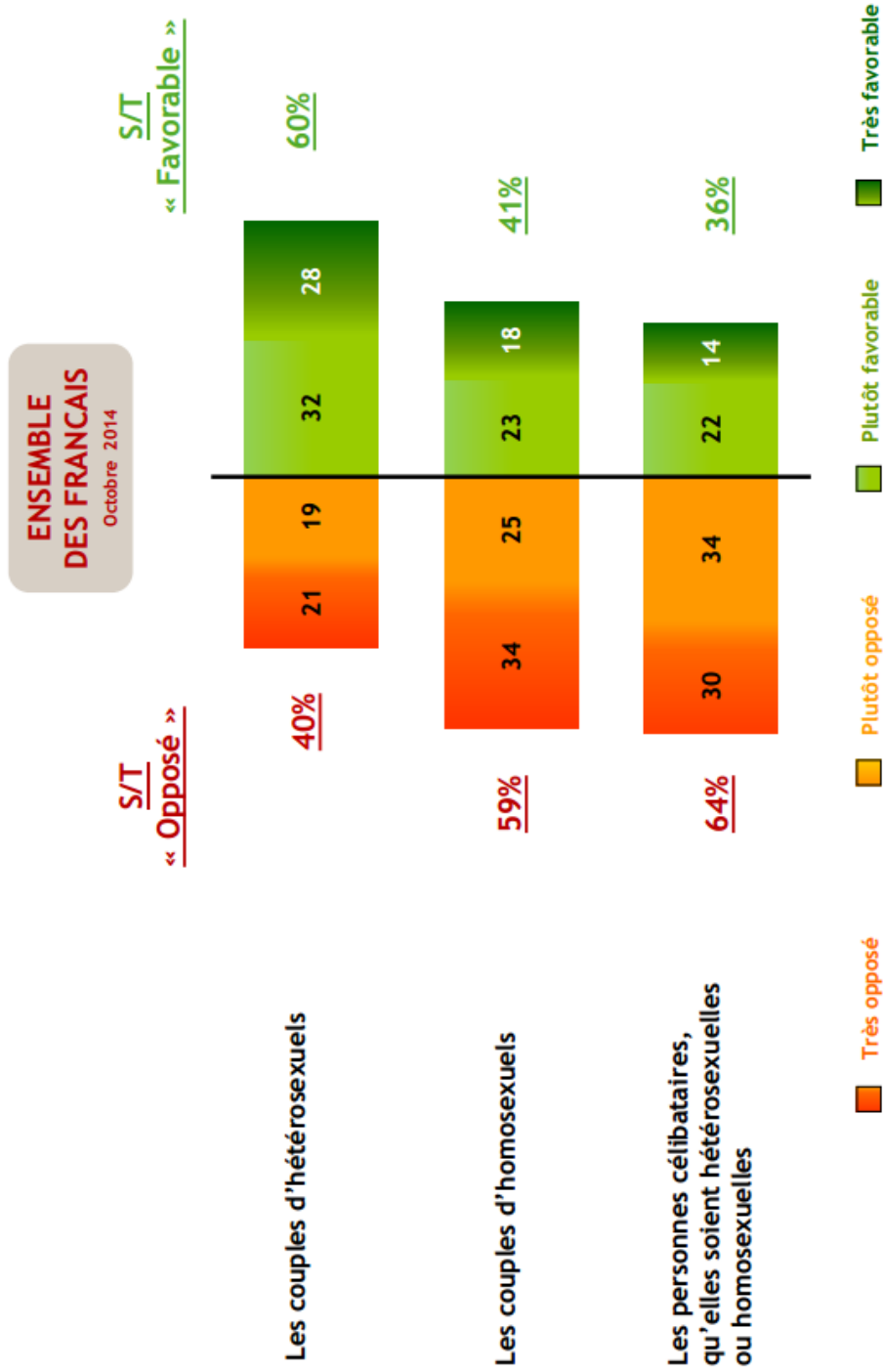


Symp. de gauche Symp. Modem Symp. UMP Symp. FN

L'ADHÉSION À L'AUTORISATION DE LA GPA POUR DIFFÉRENTES CATÉGORIES DE FRANÇAIS

Question : *Aujourd'hui, certaines personnes sont favorables à ce que l'on autorise en France le recours à une mère porteuse dans un cadre réglementé et d'autres y sont opposées.*

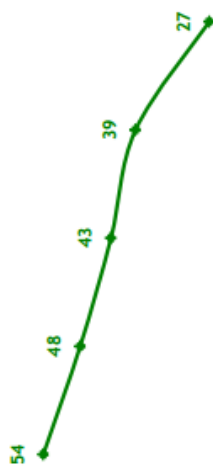
Seriez-vous personnellement favorable ou opposé au fait d'autoriser le recours à une mère porteuse en France pour..?



Le profil des Français favorables à l'autorisation de la GPA pour « les couples d'homosexuels »

Note de lecture : 54% des sympathisants de gauche sont favorables à l'autorisation de la GPA pour « les couples d'homosexuels »

Age de l'individu



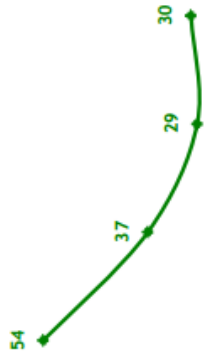
Moins de 25 ans 25-34 ans 35-49 ans 50-64 ans 65 ans et plus

Niveau de diplôme



Inf. au BAC BAC Supérieur (1er cycle) Supérieur (2/3ème cycle)

Pratique religieuse



Sans religion Cath. non pratiquants occasionnels Cath. prat. réguliers

Niveau de vie



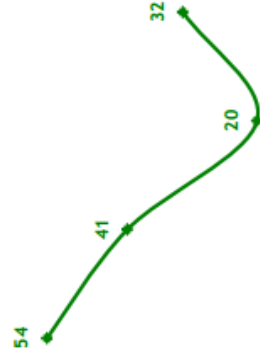
Catégories pauvres Catégories modestes Catégories moyennes inférieures Catégories moyennes supérieures Catégories aisées

Profession de l'individu



Ouvriers Employés Prof. inter. Cadres

Proximité politique

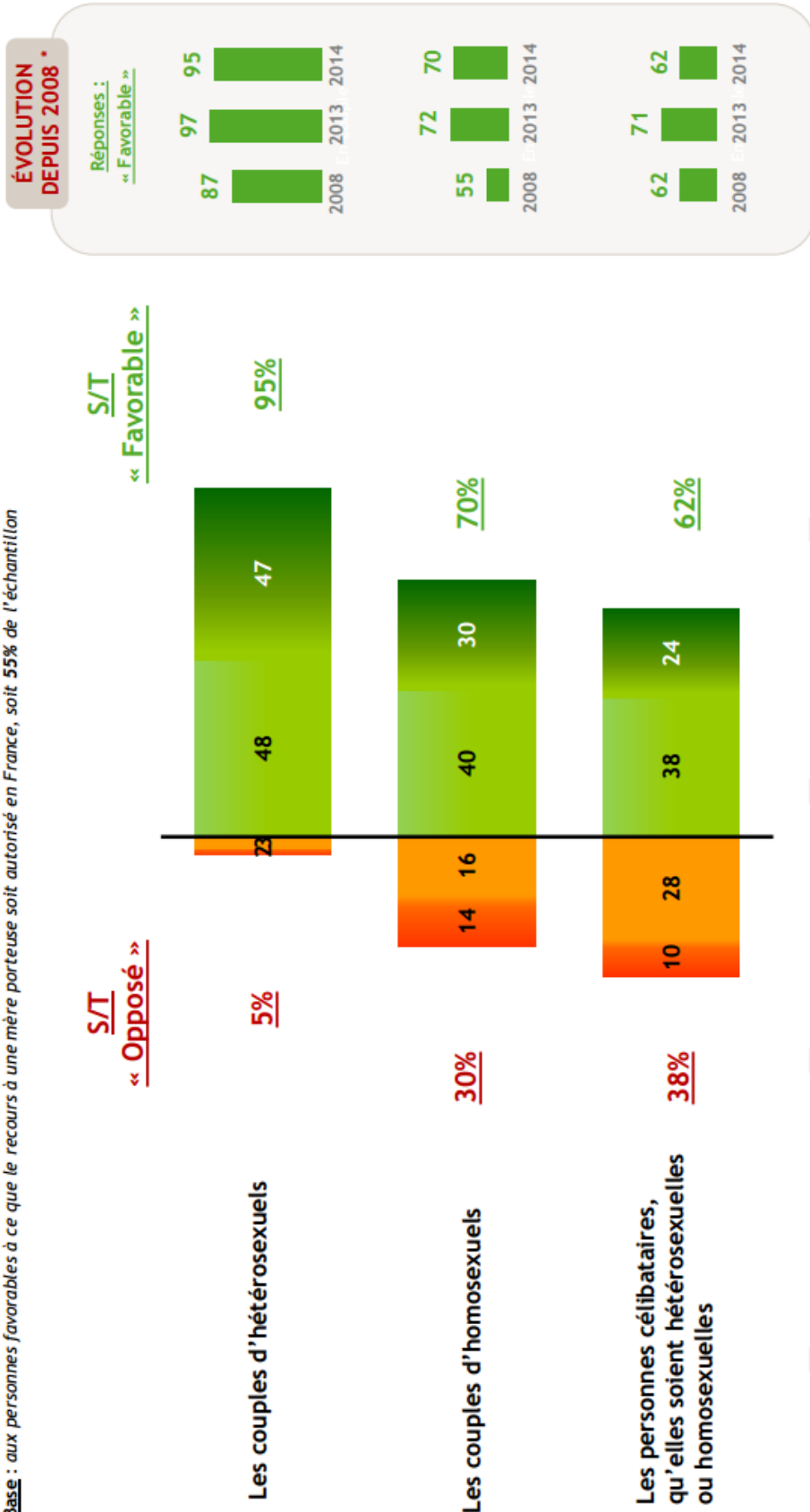


Symp. de gauche Symp. Modem Symp. UMP Symp. FN

Evolution des positions des Français favorables au principe d'autorisation de la GPA depuis 2008

Question : [...] Seriez-vous personnellement favorable ou opposé au fait d'autoriser le recours à une mère porteuse en France pour...?

Base : aux personnes favorables à ce que le recours à une mère porteuse soit autorisé en France, soit 55% de l'échantillon



(*) Sondage Ipsos pour Tap Santé et France 5 réalisée du 5 au 8 décembre 2008 auprès d'un échantillon représentatif de 1017 Français âgés de 15 ans et plus selon la méthode des quotas. Sondage Ifop pour Femme Actuelle réalisé par questionnaire auto-administré en ligne du 27 février au 1er mars 2013 auprès d'un échantillon de 1190 personnes, représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus. En décembre 2008 et en mars 2013, le libellé de l'item était : « Les personnes célibataires »

L'ADHÉSION À LA DÉCISION DE LA CEDH VALIDANT LA FILIATION D'ENFANTS NÉS D'UNE GPA RÉALISÉE À L'ÉTRANGER

Question : Dans certains pays, la Gestation Pour Autrui (GPA) est légale, encadrée et ouverte à tous les couples, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels.

Au nom de « l'intérêt supérieur de l'enfant », la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour avoir refusé de transcrire dans son état-civil les actes de naissance d'enfants nés à l'étranger par mère porteuse. Approuvez-vous ou non cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme ?

**ENSEMBLE
DES FRANÇAIS**

Octobre 2014

S/T
« **N'APPROUVE PAS** »

49%

Vous ne
l'approuvez
pas du tout
19%

Vous ne
l'approuvez
plutôt pas
30%

Vous
l'approuvez
tout à fait
22%

Vous
l'approuvez
plutôt
29%

S/T
« **APPROUVE** »

51%

Le profil des Français approuvant la décision de la CEDH validant la filiation d'enfants nés d'une GPA

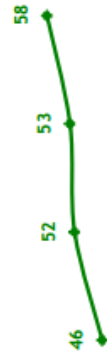
Note de lecture : 60% des sympathisants de gauche approuvent la décision de la CEDH

Age de l'individu



Moins de 25 ans 25-34 ans 35-49 ans 50-64 ans 65 ans et plus

Niveau de diplôme



Inf. au BAC BAC Supérieur (1er cycle) Supérieur (2/3ème cycle)

Pratique religieuse



Sans religion Cath. non pratiquants occasionnels Cath. prat. réguliers Cath. prat. réguliers

Niveau de vie



Catégories pauvres Catégories modestes Catégories moyennes inférieures Catégories moyennes supérieures Catégories aisées

Profession de l'individu



Ouvriers Employés Prof. inter. Cadres

Proximité politique



Symp. de gauche Symp. Modem Symp. UMP Symp. FN

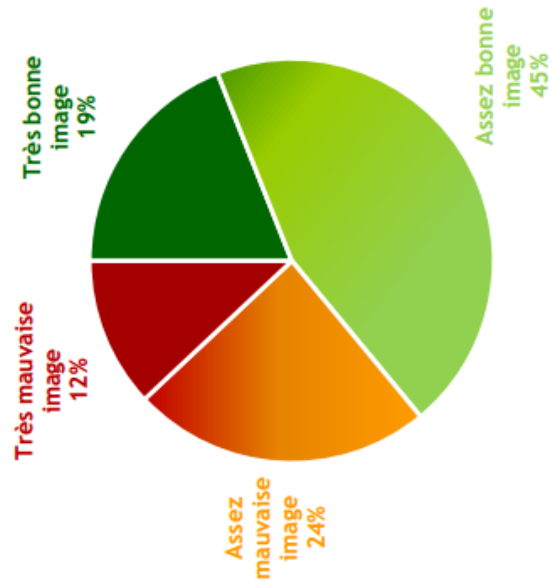
L'IMAGE D'UNE FEMME QUI ACCEPTERAIT D'ÊTRE MÈRE PORTEUSE

Question : De manière générale, quelle image auriez-vous d'une femme qui, dans un cadre réglementé, choisirait de porter l'enfant d'un couple infertile, sachant qu'elle ne porterait pas son propre embryon ?

ENSEMBLE
DES FRANÇAIS
Octobre 2014

S/T
« MAUVAISE IMAGE »
36%

S/T
« BONNE IMAGE »
64%



Annexe 8 - Les dates clés de l'adoption en France¹⁶²⁹

L'adoption, si elle était très pratiquée sous l'antiquité, tombée quasi en désuétude à l'époque médiévale, reprend sa place progressivement en France à partir de la Révolution française.

Code civil de 1804

Le Code civil prévoit l'adoption simple de manière très restreinte puisque seuls les majeurs peuvent être adoptés et uniquement par des personnes de plus de cinquante ans, sans descendance. Ces modalités, qui envisagent notamment l'adoption par des personnes célibataires, n'évolueront pas tout au long du 19^e siècle.

Loi du 19 juin 1923 sur l'adoption et son interprétation jurisprudentielle

Compte tenu du nombre important d'orphelins après la Première Guerre mondiale, la loi adapte de manière importante les règles de l'adoption: les mineurs sont enfin adoptables par des personnes de plus de quarante ans.

Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la famille et à la nationalité française dit : « Code de la famille »

Les conditions d'adoption sont une nouvelle fois assouplies en créant le mécanisme de la légitimation adoptive. Il s'agit en fait d'une adoption plénière permettant de faire entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant. L'adopté perd ses liens avec sa famille d'origine.

Ordonnance n° 58-1306 du 23 décembre 1958 portant modification du régime de l'adoption et de la légitimation adoptive

Toute adoption doit résulter désormais d'un jugement. L'ordonnance met fin à l'adoption contractuelle.

Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions concernant l'adoption

La présence d'enfants légitimes ou naturels dans le foyer adoptant n'est plus un obstacle à l'adoption. Cette loi a consacré la possibilité d'adopter en présence de descendants, alors qu'auparavant une dispense du président de la République était nécessaire et a défini le désintérêt manifeste des parents pouvant donner lieu au prononcé d'une déclaration judiciaire d'abandon.

¹⁶²⁹ Reproduction personnelle.

Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme à l'adoption

Cette réforme du droit de l'adoption est l'une des plus importantes depuis la fin de la 2^e guerre mondiale. Si elle n'a pas changé en profondeur les grandes lignes de l'adoption, elle en a considérablement simplifié l'exercice :

- La légitimation adoptive s'appelle désormais l'adoption plénière ;
- Assouplissement des conditions d'adoption;
- Les personnes seules peuvent aussi bien recourir à l'adoption simple qu'à l'adoption plénière.

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

Cette loi a unifié pour les deux formes d'adoption (simple et plénière), l'âge auquel l'adopté, âgé de 13 ans, doit personnellement consentir à l'adoption plénière de l'enfant du conjoint dont la filiation est établie à l'égard de ses deux parents. Elle a également prévu que l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ne rompt pas de lien de filiation avec ce conjoint. L'exercice commun de l'autorité parentale par les deux parents devient aussi la règle, y compris en cas de divorce. Seul l'intérêt de l'enfant peut permettre de déroger à ce principe.

Loi n° 94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille

Certains articles de la loi ont pour objectif d'assimiler le plus possible naissance et adoption. Cela se traduit par une uniformisation du versement de prestations versées comme l'allocation parentale d'éducation. La loi procède à l'alignement de l'allocation d'adoption sur l'allocation pour jeune enfant.

Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption dite « Mattei »

Le ministère public a la possibilité désormais de poursuivre les fraudes liées à l'adoption en particulier la simulation d'enfant, délit qui permet de condamner les parents receveurs d'un enfant par gestation pour autrui. Cette loi a encore abaissé les conditions d'âge des adoptants, et réduit le délai de rétractation du consentement, tout en limitant les cas de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Elle a limité au premier anniversaire de l'enfant¹⁶³⁰ la possibilité donnée aux parents de naissance de demander le secret de leur identité en abandonnant l'enfant et institué la réversibilité de ce secret, sans toutefois en organiser les modalités¹⁶³¹. Cette possibilité fut toutefois abandonnée six ans plus tard, à l'occasion de la loi n° 2002-93, du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat.

¹⁶³⁰ Jusqu'à la loi du 5 juillet 1996, le secret de l'identité pouvait être demandé par les deux parents durant la minorité de l'enfant.

¹⁶³¹ C. fam., art. 62.

Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale

Permet aux familles qui souhaitent adopter un enfant à l'étranger de mieux faire reconnaître leurs droits par la justice en cas d'adoption plénière. Cette loi définit ainsi les règles de conflits de lois relatives à la filiation adoptive et de la reconnaissance en France des adoptions prononcées à l'étranger.

Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption

La loi réforme à la marge le droit de l'adoption en cherchant à assouplir et accélérer les procédures d'adoption. La procédure d'agrément est harmonisée dans l'ensemble des départements. Cette loi concerne principalement le Code de l'action sociale et des familles et a notamment pour objectif d'améliorer la préparation à l'adoption et le suivi des enfants après leur adoption à l'étranger et de sécuriser les procédures conduites à l'étranger, en créant l'Agence française de l'adoption (AFA), intermédiaire public pour l'adoption d'enfants étrangers.

Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation

Cette loi modifie quelques points du droit de la filiation. Cette loi de 2009 n'a pas été une réforme d'ampleur, le législateur a simplement saisi l'occasion de la ratification pour apporter quelques précisions et éclaircissements nécessaires après l'adoption de l'ordonnance de 2005. Seul l'accouchement sous X a été profondément bouleversé. Suppression de la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de l'accouchement sous X.

Entre 2005 et la loi n° 2013-404 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, différents rapports et propositions, dont les effets ont été limités, ont été déposés, parmi lesquels :

Le rapport Colombani commandé par le Président de la République en 2008¹⁶³², formulait 32 propositions destinées à rendre le système plus efficient, plus juste et mieux organisé. La principale mesure concernait la réorganisation, dès 2009, de l'autorité centrale française pour l'adoption internationale, par la création, au sein du ministère des Affaires étrangères, du service de l'adoption internationale et du comité interministériel de l'adoption, destiné à coordonner la politique gouvernementale en matière d'adoption.

Poursuivant ces objectifs, **la proposition de loi « Tabarot »** sur l'enfance délaissée et l'adoption, adoptée en première lecture le 1^{er} mars 2012 visait notamment à modifier les règles relatives à l'abandon judiciaire de l'enfant et à l'aménagement, en centrant celui-ci sur l'intérêt de

¹⁶³² J.-M. Colombani, *Rapport sur l'adoption*, La Documentation française, mars 2008.

l'enfant et en renforçant la préparation des candidats à l'adoption (expérimentation dans des départements volontaires, instauration d'un cycle de modules obligatoires préalables à la délivrance de l'agrément).

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

Bien que cette loi n'ait pas eu pour objet de réformer l'adoption, les conditions de celle-ci ont été, par voie de conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, profondément transformées : les conditions de l'adoption dépendant du mariage du couple et non de leur orientation sexuelle, l'adoption conjointe, plénière ou simple, de même que l'adoption de l'enfant du conjoint sont désormais ouvertes aux couples de même sexe.

Annexe 9 - Lettre du Président de la République au Président du groupe parlementaire UMP à l'Assemblée Nationale

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Paris, le 31 janvier 2013

Monsieur le Président,

Vous m'avez saisi au sujet de la circulaire adressée par la Ministre de la Justice le 25 janvier 2013 dont l'objet est de permettre aux enfants nés à l'étranger d'un parent français et disposant d'un acte d'état civil étranger justifiant d'un lien de filiation avec ce parent, de pouvoir disposer d'un certificat attestant de leur nationalité française. Je rappelle que l'article 18 du Code civil dispose qu'« est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français ».

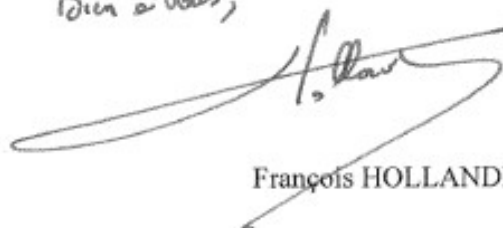
Ce texte n'a donc pas pour objet d'autoriser l'octroi de la nationalité à un enfant qui ne la posséderait pas déjà, ni celui de modifier la filiation de l'enfant. Elle ne change rien au droit des personnes. Il ne s'agit donc en aucun cas d'une reconnaissance de la gestation pour autrui à laquelle je suis, comme vous le savez, formellement opposé.

Permettre à des enfants d'attester de leur nationalité est conforme à leur intérêt supérieur auquel je suis, tout comme vous, attaché.

Je souhaite que le débat sur le projet de loi sur l'ouverture du mariage de même sexe, qui ne contient aucune disposition sur la procréation médicalement assistée ou sur la gestation pour autrui, puisse se dérouler dans des conditions de respect mutuel conformes à nos traditions parlementaires.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de mes cordiales salutations.

Bien à vous,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'F. Hollande', written over a horizontal line.

François HOLLANDE

Monsieur Christian JACOB
Président du Groupe UMP
Assemblée Nationale

Table des matières

| | |
|---|----|
| Sommaire..... | 9 |
| Introduction..... | 11 |
| Partie 1 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle : l'ouverture européenne de 2008..... | 37 |
| Titre 1 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle avant 2008..... | 42 |
| Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'ouverture..... | 44 |
| Section 1 - Les obstacles à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 45 |
| § 1 - L'adoption individuelle fermée malgré une formulation textuelle rendant possible la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 45 |
| A - L'homosexualité : un motif de refus à l'agrément préalable à l'adoption..... | 46 |
| B - L'incompatibilité de l'homosexualité avec l'intérêt de l'enfant..... | 51 |
| § 2 - Les méthodes médicales à la fécondation assistée fermées à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 54 |
| A - La procréation médicalement assistée fermée à la personne célibataire homosexuelle..... | 54 |
| B - La gestation pour autrui interdite à la personne célibataire homosexuelle..... | 56 |
| Section 2 - Une jurisprudence défavorable à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'évolution..... | 59 |
| § 1 - Une jurisprudence administrative fermée à la famille monoparentale homosexuelle malgré des signes d'ouverture..... | 60 |
| A - La position des tribunaux administratifs : l'annulation des refus d'agrément, une ouverture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 61 |
| B - La position du Conseil d'État : la confirmation des refus d'agrément, une fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 63 |
| § 2 - Une jurisprudence judiciaire mitigée à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 66 |
| A - La transparence de l'homosexualité dans l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale..... | 68 |
| B - L'incidence de l'homosexualité sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale..... | 72 |
| Chapitre 2 - Le droit européen confirme la fermeture à la constitution de la famille monoparentale homosexuelle..... | 79 |
| Section 1 - Les possibilités envisagées pour la constitution de la famille monoparentale homosexuelle dans la Convention européenne des droits de l'homme..... | 81 |
| § 1 - Les possibilités offertes par la Convention non retenues..... | 81 |
| A - L'absence de violation de droits familiaux..... | 81 |
| B - L'absence de violation du droit au respect de la vie privée..... | 84 |

| | |
|--|-----|
| § 2 - Les possibilités retenues tirées de l'article 14 combiné avec l'article 8..... | 88 |
| A - Une applicabilité affirmée par la CEDH..... | 88 |
| B - Une applicabilité controversée de l'article 14 combiné avec l'article 8..... | 90 |
| Section 2 - Les possibilités retenues interprétées dans le sens d'une fermeture..... | 93 |
| § 1 - L'absence d'une discrimination fondée sur l'homosexualité de l'adoptant célibataire..... | 94 |
| A - L'existence d'un but légitime..... | 94 |
| B - La proportionnalité entre les moyens employés et le but visé..... | 97 |
| 1 - Des justifications objectives et raisonnables..... | 97 |
| 2 - La reconnaissance d'une marge d'appréciation aux Etats..... | 101 |
| § 2 - L'exclusion du célibataire homosexuel à la constitution de la famille monoparentale à travers l'adoption..... | 103 |
| A - La portée de la décision..... | 103 |
| B - Une évolution amorcée de la jurisprudence de la CEDH..... | 105 |
| Titre 2 - La constitution de la famille monoparentale homosexuelle à partir de 2008..... | 108 |
| Chapitre 1 - La CEDH reconnaît la famille monoparentale homosexuelle..... | 111 |
| Section 1 - Le fondement de l'ouverture : la famille monoparentale sans distinction de l'orientation sexuelle..... | 113 |
| § 1 - L'application du principe de la non-discrimination au regard des motifs..... | 113 |
| A - L'absence de référent paternel : un motif fondé sur l'homosexualité..... | 114 |
| B - Le comportement de la compagne de Mlle E.B : un motif étranger à la référence de l'homosexualité..... | 116 |
| § 2 - L'applicabilité du principe de la non-discrimination au regard de la Convention | 119 |
| A - L'application retenue de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.... | 120 |
| B - La violation retenue de l'article 14 combiné 8 de la Convention..... | 122 |
| Section 2 - Les conséquences de cette ouverture : le droit européen et le droit français de nouveau convergents..... | 125 |
| § 1 - Les incidences à l'égard du droit européen..... | 125 |
| A - Une nouvelle interprétation de la Convention par la Cour..... | 126 |
| B - L'apparition d'un consensus européen en matière d'adoption homosexuelle.... | 129 |
| § 2 - Les incidences sur le droit interne..... | 131 |
| A - Une nouvelle lecture plus progressiste de l'adoption individuelle en droit français | 132 |
| B - L'ouverture française de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption..... | 133 |
| Chapitre 2 - La famille homosexuelle monoparentale reconnue en France par application de la jurisprudence de la CEDH..... | 136 |
| Section 1 - La décision du tribunal administratif de Besançon : le respect implicite de la jurisprudence européenne..... | 139 |

| | |
|--|-----|
| § 1 - Des motifs non discriminatoires insusceptibles de fonder le refus selon le tribunal administratif : une première lecture..... | 140 |
| A - le motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption..... | 140 |
| B - Le motif tiré de la divergence quant à l'âge de l'enfant..... | 142 |
| § 2 - Des motifs discriminatoires selon la HALDE : une seconde lecture..... | 145 |
| A - Le motif tiré du manque d'engagement de la compagne de Mlle E.B dans le projet d'adoption..... | 146 |
| B - Le motif tiré de la divergence quant à l'âge de l'enfant..... | 150 |
| Section 2 - La décision du tribunal administratif : une ouverture implicite à la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption..... | 152 |
| § 1 - La reconnaissance implicite de la constitution de la famille homosexuelle monoparentale à travers l'adoption..... | 153 |
| A - Une application implicite de la jurisprudence de la CEDH de 2008..... | 153 |
| B - Une nouvelle lecture plus progressiste de la législation française en matière d'adoption individuelle..... | 155 |
| § 2 - Vers une consécration de la famille homoparentale à travers l'adoption ?..... | 157 |
| A - Les difficultés pour un célibataire de constituer une famille monoparentale à travers l'adoption..... | 158 |
| B - La question du droit d'adoption pour le couple homosexuel..... | 160 |
| Partie 2 - La constitution de la famille homoparentale : le tournant français de 2013..... | 167 |
| Titre 1 - La constitution de la famille homoparentale avant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 | 171 |
| Chapitre 1 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le couple homosexuel..... | 174 |
| Section 1 - Une impossibilité légale..... | 175 |
| § 1 - L'inaccessibilité aux méthodes de fécondation assistée au couple homosexuel... | 176 |
| A - La procréation médicalement assistée fermée aux couples homosexuels..... | 177 |
| B - La gestation pour autrui interdite au couple homosexuel..... | 181 |
| § 2 - La fermeture de l'adoption conjointe au couple homosexuel..... | 186 |
| A - L'interdiction du mariage au couple homosexuel posée par le droit français et la jurisprudence française..... | 187 |
| B - Une interdiction confortée par la Cour européenne des droits de l'homme..... | 197 |
| Section 2 - Le rejet de la famille homoparentale au profit de la famille traditionnelle française..... | 204 |
| § 1 - La protection de la conception traditionnelle de la famille..... | 205 |
| A - Les origines françaises de cette protection..... | 205 |
| B - Une protection française confortée par le droit international..... | 211 |
| § 2 - Les signes d'évolution en faveur de l'acceptation de la famille homoparentale... | 218 |
| A - Une acceptation démontrée sur le plan sociologique..... | 219 |

| | |
|---|-----|
| B - Une acceptation entamée sur le plan public et politique..... | 225 |
| Chapitre 2 - Le droit français fermé à la constitution de la famille homoparentale pour le partenaire homosexuel..... | 231 |
| Section 1 - Une impossibilité légale pour le partenaire homosexuel..... | 232 |
| § 1 - La fermeture posée par le droit français..... | 232 |
| A - Une fermeture clairement posée par l'interprétation littérale de l'article 365 du Code civil..... | 233 |
| B - Une interprétation fermement confirmée par la jurisprudence française..... | 237 |
| § 2 - La confirmation de la fermeture..... | 246 |
| A - La position du Conseil constitutionnel..... | 247 |
| B - Une position confirmée par la CEDH..... | 252 |
| Section 2 - L'assouplissement à l'impossibilité légale : la délégation partage de l'autorité parentale..... | 256 |
| § 1 - Le principe de la délégation partage de l'autorité parentale..... | 257 |
| A - L'interprétation donnée par le législateur français..... | 258 |
| B - L'interprétation donnée par la Cour de cassation..... | 260 |
| § 2 - Le but de la délégation partage de l'autorité parentale..... | 268 |
| A - La rupture du couple homosexuel..... | 270 |
| B - En cas de décès du parent biologique..... | 273 |
| C - La transformation de l'autorité parentale en adoption simple..... | 276 |
| Titre 2 - La constitution de la famille homoparentale à partir de 2013..... | 279 |
| Chapitre 1 - Les conséquences concrètes de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013..... | 282 |
| Section 1 - La reconnaissance juridique de la constitution de la famille homoparentale..... | 283 |
| § 1 - L'ouverture du mariage homosexuel..... | 283 |
| A - La reconnaissance française du mariage aux personnes de même sexe..... | 284 |
| B - La reconnaissance du mariage aux personnes de même sexe en droit international privé..... | 292 |
| § 2 - L'ouverture de l'adoption homosexuelle..... | 308 |
| A - La reconnaissance française de l'adoption homoparentale..... | 309 |
| B - La reconnaissance de l'adoption homoparentale en droit international privé..... | 320 |
| Section 2 - Les répercussions de la reconnaissance juridique de la constitution de la famille homoparentale..... | 325 |
| § 1 - Les répercussions en France..... | 325 |
| A - Le rejet de la loi..... | 326 |
| B - L'acceptation de la loi..... | 331 |
| § 2 - Les répercussions en Europe..... | 337 |
| A - A l'égard de la jurisprudence européenne..... | 338 |
| B - A l'égard du consensus européen..... | 351 |

| | |
|--|-----|
| Chapitre 2 - Les débats amorcés par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013..... | 357 |
| Section 1 - La question de l'ouverture de la PMA..... | 358 |
| § 1 - Une fermeture maintenue par le droit français..... | 359 |
| A - Une fermeture réaffirmée par le législateur français..... | 359 |
| B - Une possibilité de contourner la fermeture de la PMA..... | 361 |
| § 2 - Une interdiction largement débattue..... | 369 |
| A - Les difficultés du débat sur la PMA..... | 370 |
| B - Une possible évolution?..... | 377 |
| Section 2 - La question de l'ouverture de la gestation pour autrui..... | 382 |
| § 1 - Une prohibition maintenue par le droit français..... | 383 |
| A - Une fermeture stricte posée par le législateur et la jurisprudence française avant 2014..... | 383 |
| B - Une condamnation opérée par la CEDH appliquée par la jurisprudence française à partir de 2014..... | 388 |
| § 2 - Une prohibition majoritairement approuvée..... | 403 |
| A - Le cœur du débat de la GPA..... | 404 |
| B - Quelle évolution pour la GPA?..... | 410 |
| Conclusion..... | 417 |
| Bibliographie..... | 423 |
| Annexes..... | 483 |

L'homosexualité et la constitution de la famille : situations française et européenne

Résumé

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe constitue un tournant pour le droit de la famille en France. Cette loi, qualifiée parfois véritable tsunami est l'aboutissement de la prise en considération des revendications des homosexuels à constituer une famille. Avant 2013 le droit français ne permet pas au couple homosexuel de constituer une famille homoparentale : il n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe. De plus, la PMA est réservée aux seuls couples hétérosexuels et la GPA est totalement interdite en France. Ce consensus en apparence figé sur la non-reconnaissance de la famille homosexuelle est conforté par le droit européen, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence marque encore peu de signes d'évolution. Pourtant, dès 2008, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce avec l'arrêt E.B c/ France sur la question de l'adoption par un célibataire homosexuel, opérant un revirement en nette rupture avec sa jurisprudence antérieure Fretté c/ France. Cette évolution jurisprudentielle de la CEDH s'inscrit dans un mouvement plus vaste des droits nationaux vers la reconnaissance de la famille homosexuelle. Pour autant, après 2013, des questions restent en attente, en particulier pour la PMA et la GPA. La constitution de la famille homosexuelle n'est pas encore achevée.

Mots-clés

Adoption ; Agrément ; Autorité parentale ; CEDH ; Célibataire ; Conseil d'Etat ; Couple ; Discrimination ; Droit à l'enfant ; Droit de l'enfant ; Droit européen ; Europe ; Famille ; Famille homosexuelle ; Filiation ; Gestation pour autrui ; GPA ; Homoparentalité ; Homosexualité ; Intérêt de l'enfant ; Mariage ; PACS ; PMA ; Procréation médicalement assistée ; Sexe ; Tribunal administratif.

Homosexuality and family composition : French and European status

Abstract

The 2013-404 law of 17 May 2013 which opened up the possibility for people of the same gender to get married shows a turning point for the family rights in France. This law, sometimes described as a real tsunami, is the outcome of taking into account the homosexuals' claim for starting a family. Before 2013 the French right did not allow a homosexual couple to be a homoparental family. It did not authorize people of the same gender to get married. Moreover Assisted Reproduction is only reserved to heterosexual couples and Gestation for Others is strictly forbidden in France. This seemingly constrained consensus on the non-legal recognition of the homosexual family is reinforced by the European right, particularly the European Court of Human Rights whose precedents still show few signs of evolution. Yet, from 2008 the European Court of Human Rights gave a verdict with the 'EB against France' decision on the question of child adoption by a homosexual person ; it implements a major change and marks a break with its prior 'Fretté against France' precedent. This jurisprudential evolution of the EC of HR is part of a larger movement of national rights towards the recognition of the homosexual family. For all that, some questions have been on hold since 2013, particularly for the Assisted Reproduction and the Gestation for Others. The composition of the homosexual family has not yet reached the end.

Keywords

Assisted Reproduction ; Child adoption ; Children's rights ; Couple ; Discrimination ; Equal principles ; Europe ; European Court of Human Rights ; Gestation for others ; Homoparental ; Homosexual ; Homosexual family ; Marriage ; Parental rights ; Sexual orientation ; Single ; The child's interest ; The right to have a child ; To be a descendant of ; Transfer.