

REFLEXIONS AUTOUR DE L'AFFAIRE FRETTE

Mémoire en vue de l'obtention du D.E.A. de droit privé
Sous la direction de Madame Frédérique GRANET

Laetitia ADOLFF

SOMMAIRE

(les chiffres renvoient aux pages)

Introduction	1
CHAPITRE PREMIER : La compatibilité avec la Convention du refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel	7
SECTION 1 : La détermination du champ d'application matériel de la Convention	8
§1. Les fondements écartés	8
A. L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale	8
1. L'absence de violation de l'article 12 de la Convention	8
2. L'absence de violation de l'article 8 de la Convention	9
B. L'absence de violation du droit au respect de la vie privée	10
§2. L'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8	11
A. Une applicabilité affirmée par la Cour	11
1. L'affirmation par l'article 14 d'un principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle	12
2. La mise en œuvre de l'article 14 de la Convention	13
B. Une applicabilité controversée de l'article 14 combiné avec l'article 8	14
1. Une motivation insuffisante	14
2. Les motivations envisageables	15
SECTION 2 : Le constat de non-violation des articles 14 et 8 combinés	16
§1. L'absence de discrimination	16
A. L'existence d'un but légitime	17
1. L'intérêt de l'enfant, but légitime retenu	17
2. Les observations relatives à la notion d'intérêt de l'enfant	18
B. La proportionnalité entre les moyens employés et le but visé	19
1. Des justifications objectives et raisonnables	19
a. La division de la communauté scientifique	20
b. L'absence de consensus des sociétés démocratiques	20
2. La reconnaissance d'une marge d'appréciation aux Etats	21
§2. Les incidences quant à la protection des homosexuels	22
A. L'influence sur l'interprétation de la Convention	22
1. L'utilisation contestable du concept de marge nationale d'appréciation	23
2. Une décision imprévisible au regard de la jurisprudence antérieure	23
B. Les répercussions de l'arrêt Fretté sur le plan interne	25
1. Une mise en œuvre diversifiée de la marge nationale d'appréciation	25
a. En France	25
b. Dans les autres Etats	27
2. Vers une évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme	29
a. Une évolution juridiquement envisageable	29
b. Une évolution probablement lente	31

CHAPITRE DEUXIEME :	
LES PROCEDES ALTERNATIFS A L' ADOPTION PLENIERE ET CONFORMES A L'INTERET DE L'ENFANT	33
SECTION 1 : Le recours à l'adoption simple	34
§1. L'intérêt de l'adoption simple	34
A. L'accès facilité à l'adoption simple	34
B. Les effets de l'adoption simple	36
1. La coexistence de la filiation d'origine et de la filiation adoptive	36
2. L'évolution envisageable de l'adoption simple	36
a. La remise en cause de l'adoption simple	37
b. La substitution d'une adoption plénière à l'adoption simple	37
§2. Les inconvénients de l'adoption simple	39
SECTION 2 : Les modes mineurs de parentalité	41
§1. L'aménagement de liens d'affection	41
A. Le parrainage	41
B. Le droit de visite	42
§2. L'aménagement de l'autorité parentale	43
A. La délégation d'autorité parentale	43
1. Les cas de délégation d'autorité parentale	44
a. La délégation volontaire	44
b. La délégation prononcée à la demande d'un tiers	45
2. Les effets de la délégation de l'autorité parentale	46
a. Les conditions de partage de l'autorité parentale	46
b. Le fonctionnement du partage de l'autorité parentale	47
B. La prise en considération des recompositions familiales en Europe	48
Conclusion	49
Bibliographie	50

Le XX^{ème} siècle a connu une spectaculaire avancée des droits des homosexuels¹. En effet, la norme dans la société d'après-guerre était hétérosexuelle et organisée autour du couple destiné à procréer et à fonder une famille. Les pratiques homosexuelles étaient alors durement réprimées. Les homosexuels revendiquaient à l'époque un « droit à l'indifférence »², c'est-à-dire le droit de mener la vie sexuelle de leur choix, sans en être inquiétés.

Jusqu'en 1981, l'homosexualité apparaît dans la classification de l'Organisation mondiale de la santé en tant que maladie mentale. Ce n'est qu'en 1982, par la loi du 4 août 1982³, que les pratiques homosexuelles sont dépénalisées. A partir de là, la communauté homosexuelle devient « mieux structurée, plus visible »⁴, la reconnaissance de l'identité homosexuelle progresse dans la société française et les homosexuels revendiquent de nouveaux droits. Ainsi, après avoir obtenu la garantie du respect de leur vie privée, les revendications des homosexuels se sont orientées vers « un droit à l'égalité »⁵ car ils réclament les mêmes droits à une vie de couple et de famille que ceux octroyés aux hétérosexuels. A ce jour, une partie de leurs revendications a été entendue avec la reconnaissance du couple homosexuel. En effet, la loi du 15 novembre 1999, relative au pacte civil de solidarité, reconnaît le couple homosexuel en permettant à deux personnes physiques majeures, de même sexe, de conclure un contrat pour organiser leur vie commune⁶. Mais le pacte civil de solidarité offre seulement une structure juridique au couple.

¹ Un homosexuel est une personne qui éprouve une attirance sexuelle pour les individus de son propre sexe. L'homosexualité peut être tant masculine que féminine (Le Robert). Elle concerne 6 à 10% de la population française.

² Expression utilisée par **Ringel F.**, 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 1.10.99, n° 4, p. 1050.

³ Loi n° 82-683 du 4 août 1982, abrogeant l'article 331 alinéa 2 du Code pénal : désormais, la majorité sexuelle est la même pour tous et chacun peut vivre librement sa sexualité, dans le respect de la liberté d'autrui.

⁴ La preuve en est que la *Lesbian and Gay Pride*, défilé de la fierté homosexuelle dans les grandes villes attire de plus en plus de participants : depuis 1995, on dénombre plus de 60000 participants à Paris, v. **Moutouh H.**, *La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme*, D. 98, chron. p. 369.

⁵ Expression utilisée par **Ringel F.**, 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 1.10.99, n° 4, p. 1050.

⁶ La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité a introduit l'article 515-1 dans le Code civil.

Ainsi, il est sans incidence sur le droit de la filiation⁷. Or, les homosexuels demandent actuellement un droit d'accès à la parenté⁸.

En effet, les homosexuels désirent avoir des enfants. A vrai dire, il existe déjà des enfants élevés par des parents homosexuels en France⁹, soit que les intéressés aient eu des enfants dans le cadre de relations hétérosexuelles antérieures, soit qu'ils aient eu recours à des techniques d'assistance médicale à la procréation, voire de maternité de substitution dans des pays étrangers¹⁰. Il s'avère donc que l'homoparentalité est une réalité en France¹¹. Etant donné que les homosexuels n'ont pas accès à l'assistance médicale à la procréation ni aux maternités de substitution, ils se sont tournés vers l'adoption.

L'adoption permet la création, par jugement, d'un lien de filiation artificielle, volontairement créé entre des personnes que n'unit aucun lien biologique¹². Le caractère évolutif de la législation relative à l'adoption, qualifiée de « toile de Pénélope »¹³, a souvent été souligné. L'adoption était pratiquée dans l'Antiquité aussi bien en Grèce qu'à Rome. Elle n'était jamais le fait d'un couple mais d'un homme seul, citoyen, chef de famille *pater familias* sans descendant. Cette institution lui permettait de choisir un successeur afin d'assurer la transmission du patrimoine familial. Le plus souvent, l'adopté était un adulte issu de la famille de l'adoptant : un neveu ou un petit-fils. L'institution a subi ensuite une longue éclipse. Elle est ignorée de l'ancien droit français qui privilégiait la famille par le sang fondée sur le mariage. L'institution n'est rétablie qu'en 1804 par le Code civil. Son cadre juridique

⁷ En effet, le Conseil constitutionnel a précisé que la loi « est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée », Cons. Const., 9 nov. 1999 : JO 16 nov. 1999, p. 16962.

⁸ En 1997 : 56,8 % des homosexuel/les déclarent désirer fonder une famille (sondage effectué pour le magazine *Têtu*, n° 15, juin 1997).

⁹ En France, 7 % des gays et 11% des lesbiennes sont parents, ce qui, par extrapolation, représente un nombre de mères lesbiennes compris entre 88 000 et 440 000, et un nombre de pères gays entre 56 000 et 280 000.

¹⁰ Selon l'article L 152-2 du Code de la Santé publique, l'assistance médicale à la procréation n'est ouverte qu'aux couples jeunes « en âge de procréer », hétérosexuels, mariés ou non. Ainsi, les personnes seules et les couples homosexuels ne peuvent prétendre à l'assistance médicale à la procréation. Concernant les maternités de substitution, celles-ci sont prohibées par la loi de bioéthique du 29 juillet 1994, qui insère un article 16-7 dans le Code civil. Cet article dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Comme ces techniques sont interdites en France, de nombreux homosexuels se rendent à l'étranger. Voir en ce sens l'article de **Lemouland J.-J.**, *Le tourisme procréatif*, Ptes. Aff. 28.03.01, n° 62, p. 24.

¹¹ Homoparentalité : néologisme utilisé pour la première fois par l'association des parents gays et lesbiens en 1996.

¹² **Hauser J. et Huet-Weiller D.**, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de la famille*, Volume 1, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, n° 910.

¹³ **Boulangier F.**, La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption après la loi du 22.12.1976, JCP 1977, I, 2845.

est restrictif : l'adoption est permise en principe seulement entre majeurs et ne fait pas entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant. Elle est donc surtout perçue comme un moyen de transmettre son nom et sa fortune¹⁴. C'est la première guerre mondiale et la cohorte d'enfants orphelins ou abandonnés qu'elle a produite qui vont apporter à l'adoption sa transformation la plus radicale. De remède à l'absence d'héritier, l'adoption est devenue un « remède à l'absence d'enfant ou plus exactement à l'absence de parents »¹⁵. La loi du 19 juin 1923 autorise pour la première fois l'adoption d'enfants mineurs, sans toutefois prévoir la rupture avec leur famille d'origine. L'évolution postérieure des textes va toujours aller dans le même sens : l'aménagement, l'amélioration et l'accroissement des possibilités d'adoption d'enfants mineurs¹⁶. L'aboutissement en a été la loi du 11 juillet 1966, qui organise la forme moderne de l'adoption. Cette réforme a posé la distinction fondamentale en droit français entre l'adoption plénière et l'adoption simple. L'adoption plénière rompt le lien d'origine tandis que l'adoption simple organise la coexistence de la filiation biologique et de la filiation juridique. Cette loi, toujours en vigueur, a été maintes fois retouchée¹⁷.

Il apparaît aujourd'hui que l'adoption n'est pas ouverte à toutes les personnes. En effet, elle ne peut pas être envisagée par un couple d'homosexuels, dans la mesure où l'article 346 du Code civil réserve l'adoption par deux personnes à un couple marié. Il dispose que « nul ne peut être adopté par deux personnes, si ce n'est par deux époux ». C'est pourquoi les concubins ou les partenaires, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, ne peuvent adopter conjointement un enfant¹⁸. Mais l'adoption peut tout de même être envisagée par un homosexuel, car l'article 343-1 du Code civil prévoit la possibilité pour une

¹⁴ En ce sens, **Hauser J. et Huet-Weiller D.**, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de la famille*, Volume 1, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, n° 913 et s.

¹⁵ En ce sens, **Hauser J. et Huet-Weiller D.**, *Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de la famille*, Volume 1, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1993, n° 914.

¹⁶ Voir décret-loi du 29 juillet 1939 et la « légitimation adoptive », consacrant la rupture des liens juridiques avec la famille d'origine par la création d'une nouvelle forme d'adoption ; l'ordonnance du 23 décembre 1958 grâce à laquelle l'adoption résulte dorénavant d'un jugement ; la loi du 1^{er} mars 1963 prise pour renforcer la stabilité de l'adoption.

¹⁷ En particulier par la loi du 22 décembre 1976, qui a consacré la possibilité d'adopter en présence de descendants ; par la loi du 8 janvier 1993 pour quelques ajouts et enfin par la loi du 5 juillet 1996, issue de la proposition déposée par le professeur Mattéi, auteur d'un rapport sur l'adoption remis au gouvernement en 1995 intitulé « Enfants d'ici, enfants d'ailleurs, l'adoption sans frontières ».

¹⁸ L'adoption d'un enfant commun n'est ouverte qu'à un couple marié parce que l'homme et la femme sont alors liés par un rapport juridique d'alliance et forment ainsi une famille. Par l'adoption, l'enfant est immédiatement rattaché à cette famille et le rapport d'ascendance est copié sur celui de la filiation par le sang. Tandis que les concubins, même ceux qui ont souscrit un pacte civil de solidarité, ne forment pas une famille. Ils demeurent juridiquement des étrangers l'un à l'égard de l'autre. L'absence de liens familiaux entre eux ne permet pas d'étendre au couple l'inscription généalogique de l'adoption.

personne individuelle d'adopter, quelle que soit sa situation personnelle (célibataire, en couple, marié,...).

L'adoption pourrait apparaître comme être une institution de filiation idéale pour un homosexuel. Pourtant, si l'adoption est possible en théorie, en pratique, les homosexuels se heurtent fréquemment à un refus d'agrément. La procédure d'agrément, institutionnalisée par la loi du 6 juin 1984, est aujourd'hui régie par le décret du 1^{er} septembre 1998. Il s'agit d'une procédure administrative préalable à l'adoption d'un enfant pupille de l'Etat, qui a pour objet de déterminer l'aptitude des candidats à offrir de bonnes conditions d'accueil tant au plan éducatif, psychologique que matériel¹⁹. Cette procédure d'agrément ne consiste nullement à sélectionner les meilleurs adoptants, mais vise simplement à mesurer la « capacité éducative »²⁰ des candidats et à veiller à l'absence de contre-indication au projet d'adoption. Or, lorsqu'un homosexuel demande l'agrément, il s'avère que ce dernier lui est fréquemment refusé, afin de préserver l'intérêt de l'enfant.

En effet, selon l'opinion dominante, la présence d'un homme et d'une femme, l'image de l'altérité sexuelle et la référence paternelle et maternelle sont nécessaires à l'épanouissement de l'enfant. De plus, de nombreuses craintes existent en la matière, à savoir celles que l'enfant ne devienne lui-même homosexuel ou qu'il développe des problèmes psychologiques.

L'accès à l'adoption pour les homosexuels suscite actuellement un vaste débat moral en France, opposant les partisans et les détracteurs de cette adoption. De plus, cette question suscite un engouement spectaculaire des médias²¹. Une affaire a notamment retenu l'attention : il s'agit de l'affaire Fretté.

Philippe Fretté, célibataire, sollicite en octobre 1991 l'agrément en vue d'adopter un enfant en forme plénière, en déclarant son homosexualité auprès de la direction de l'action sociale, de l'enfance et de la santé du département de Paris (DASES). Le 3 mai 1993, la DASES lui refuse l'agrément en se fondant sur « l'absence de référence maternelle constante » offerte par M. Fretté et « sur les difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant ». Il dépose alors un recours gracieux le 21 mai 1993, qui sera rejeté le 15 octobre 1993, ses « choix de vie » étant mis en

¹⁹ Pour une présentation détaillée de la procédure d'agrément, voir **Rubellin-Devichi J.**, *Droit de la famille*, Dalloz Action 2001, n° 1650 ; **Corpart I.**, *L'adoption*, ASH, 2001, p. 23.

²⁰ Expression utilisée par **Neirinck Cl.**, *Homoparentalité et adoption*, Mélanges Catala, Litec 2001, p. 357.

cause. Le même jour, le requérant dépose un recours en excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Paris. Celui-ci annule les décisions refusant d'accorder l'agrément le 25 janvier 1995²², d'une part, car le célibat de M. Fretté ne peut constituer l'unique motivation du refus, et, d'autre part, car aucun élément du dossier n'établit le bien-fondé du second motif, à savoir les difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant. De plus, l'administration, en parlant de « choix de vie » n'a pu qu'évoquer l'homosexualité de M. Fretté. Or cet aspect de la personnalité ne peut justifier un refus d'agrément que s'il s'accompagne d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant. En l'espèce, aucun élément du dossier n'autorise à alléguer que le mode de vie de M. Fretté traduirait un comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté. Le département de Paris interjette appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat. Celui-ci annule le jugement le 9 octobre 1996²³, au motif que « malgré des qualités humaines et éducatives certaines, M. Fretté ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ».

Estimant que cette décision violait la Convention européenne des droits de l'Homme, M. Fretté a déposé une requête devant la Commission de la Cour le 1^{er} avril 1997. Le débat est alors élevé à l'échelle européenne. Il s'agit de vérifier si la Convention permet à un Etat contractant, dont la législation autorise l'adoption par une personne célibataire, d'exclure de façon absolue de cette possibilité une catégorie de personnes définies par leur orientation sexuelle. En l'espèce, l'administration était-elle fondée à refuser l'agrément en raison des choix de vie du candidat alors que celui-ci offrait par ailleurs des garanties suffisantes pour l'accueil d'un enfant ?

Partant, les juges de la Cour devront examiner la compatibilité du refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel avec la Convention européenne des droits de l'Homme (Chapitre premier).

²¹ De nombreux articles parus dans *Le Monde*, *Le Nouvel Observateur*,...

²² Tribunal administratif, 25 janvier 1995 : D. 1995, jur. p. 647, note Boulanger ; *Petites Affiches* 30 juin 1995, n° 78, p. 20, note Plouvin.

²³ Conseil d'Etat 9 octobre 1996 : D. 1997, jur. p. 117, note Malaurie, *JCP* 1997, II, 22766, concl. Maugué, *RTD Civ.* 1997, 408, obs. Hauser, *Dr. Famille*, janvier 1997, p. 12, Murat.

Les juges de la Cour, à la majorité de quatre voix contre trois, ont considéré dans leur décision du 26 février 2002, que la position des autorités françaises, refusant d'accorder l'agrément à un homosexuel, est compatible avec la Convention. Ainsi, le droit français satisfait aux exigences européennes. En effet, le refus d'agrément opposé aux homosexuels poursuit un but légitime, à savoir l'intérêt de l'enfant.

Dès lors, on peut se demander s'il n'existe pas d'autres procédés en France, permettant à un homosexuel de créer ou de préserver des liens avec un enfant, et ce, dans des conditions conformes à l'intérêt de ce dernier (Chapitre deuxième).

CHAPITRE PREMIER :

LA COMPATIBILITE AVEC LA CONVENTION DU REFUS D'AGREMENT A L'ADOPTION OPPOSE A UN HOMOSEXUEL

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales a été signée à Rome le 4 novembre 1950 par les pays membres du Conseil de l'Europe. Entrée en vigueur le 3 septembre 1953, elle est considérée comme le modèle le plus perfectionné de protection des droits de l'Homme²⁴. En effet, la Convention prévoit un mécanisme juridictionnel permettant de garantir l'effectivité des droits de l'Homme. Le contrôle juridictionnel est assuré par la Cour européenne des droits de l'Homme, organe spécialement créé à cet effet²⁵. La Convention européenne des droits de l'Homme a été ratifiée par la France le 3 mai 1974, et c'est depuis cette date qu'elle fait partie intégrante de l'ordonnement juridique français. L'article 55 de la Constitution lui reconnaît une valeur supérieure à celle des lois nationales. Les divers organes de l'Etat ont donc l'obligation de respecter la primauté de la Convention sur le droit national. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'Homme s'impose tant au législateur qu'au juge français.

²⁴ En effet, la plupart des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ne créent pas de droits subjectifs directement applicables au profit des individus. Voir par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 10 décembre 1948, qui ne prévoit aucun mécanisme juridique pour garantir l'effectivité des droits ; ou encore les Pactes relatifs aux droits civils, politiques, économiques et sociaux élaborés sous l'égide de l'ONU et adoptés le 16 décembre 1966.

²⁵ Le mécanisme juridictionnel de protection a été refondu le 1^{er} novembre 1998. Auparavant, le mécanisme mettait en jeu trois acteurs : la Commission européenne des droits de l'Homme, le Comité des ministres et la Cour européenne des droits de l'Homme. Le rôle de la Commission consistait à examiner la recevabilité de la requête. Si elle la jugeait recevable, la Commission tentait de parvenir à un règlement amiable. En cas d'échec, la Commission établissait un rapport, dans lequel elle formulait un avis sur le point de savoir si les faits constatés révélaient une violation des droits de l'Homme. La suite de la procédure se déroulait soit devant le Comité, en l'absence de saisine de la Cour dans un délai de trois mois, soit devant la Cour. Une restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention a été rendue nécessaire en raison de l'augmentation du nombre et de la complexité des requêtes et de la multiplication des adhésions à la Convention. Le protocole n°11, signé à Strasbourg le 11 mai 1994, organise une refonte de la garantie juridictionnelle. C'est ainsi que depuis le 1^{er} novembre 1998 un nouveau système de contrôle supranational a été mis en place. Ce nouveau système se caractérise par la fusion entre la Commission et la Cour : désormais, il n'y a plus qu'une Cour, qui siège de façon permanente.

Il est donc légitime de se poser la question de la compatibilité du refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel avec la Convention. Pour cela, il s'agit de voir si la décision litigieuse entre dans le champ d'application d'une des dispositions de la Convention (Section 1), et si tel est le cas, de vérifier si les dispositions en cause n'ont pas été violées (Section 2).

Section 1 : La détermination du champ d'application matériel de la Convention européenne des droits de l'Homme

M. Fretté invoquait plusieurs fondements dans sa requête. Après en avoir écarté certains d'entre eux (§1), la Cour déclare applicable l'article 14 combiné avec l'article 8 (§2).

§ 1. Les fondements écartés

L'examen de la requête révèle l'absence de violation d'une quelconque obligation positive de l'Etat de garantir au requérant le droit au respect de sa vie familiale (A) et privée (B).

A. L'absence de violation du droit au respect de la vie familiale

Le requérant invoquait une violation du droit au respect de sa vie familiale, tant sur le fondement de l'article 12 (1), que sur le fondement de l'article 8 de la Convention (2).

1. L'absence de violation de l'article 12 de la Convention

La requête est analysée sous l'angle de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui garantit notamment le droit de fonder une famille. Bien que la Commission admette que le droit de fonder une famille puisse être considéré indépendamment du mariage, elle insiste sur le fait que l'article 12 reconnaît le droit pour un homme et pour une femme d'âge nubile de fonder une famille. L'existence du couple apparaît

comme étant une condition incontournable à l'exercice de ce droit²⁶. De plus, l'article 12 ne fait que consacrer le droit de concevoir un enfant et de fonder une famille par procréation naturelle. Donc, les époux ne peuvent revendiquer un droit à l'adoption. En effet, il est de jurisprudence constante que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter²⁷. Partant, un célibataire ne le peut pas non plus. Cette jurisprudence a été confirmée plus récemment, 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 Commission 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 »²⁸.

Ainsi, selon la Commission, M. Fretté ne peut donc se prévaloir de l'article 12 pour invoquer le droit d'adopter un enfant. Ce droit n'est pas non plus reconnu par l'article 8 de la Convention.

2. L'absence de violation de l'article 8 de la Convention

Le requérant 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 familiale. En cela, M. Fretté soutient que l'adoption, en tant que vie familiale projetée, peut tomber sous l'empire de l'article 8.

La Cour ne prend pourtant pas en considération ce fondement, car la protection de la vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille²⁹. La protection offerte par la Convention européenne des droits de l'Homme ne concerne que la vie familiale effective, quelle que soit la forme de la famille (légitime, naturelle, adoptive,...). 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

²⁶ **Vasseur-Lambry F.**, *La Famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000, p. 326.

²⁷ Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 10 juillet 1975, Affaire X contre Belgique et Pays-Bas, D.R. 7, p. 75.

²⁸ Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 10 juillet 1997, Affaire Dallila Di Lazzaro contre Italie, D.R. 90, p. 134.

²⁹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 13 juin 1979, Affaire Paula Marckx contre Belgique, série A, n° 31.

soient maintenues ou, le cas échéant, rétablies. Mais elle ne permet nullement d'exiger de l'Etat qu'il donne à toute personne les moyens de fonder une famille.

Ainsi, dans l'affaire *Salgueiro*, l'attribution de l'autorité parentale avait été refusée par un tribunal de l'ordre interne à un père en raison de son homosexualité. La Cour européenne des droits de l'Homme, en tant qu'elle protège la vie familiale effective, a reconnu des droits fondés sur l'autorité parentale à ce père homosexuel. Une relation entretenue entre un parent homosexuel et son enfant peut donc être constitutive d'une vie familiale au sens de la Convention, et l'homosexualité n'apparaît pas pour la Cour comme étant un danger en elle-même³⁰.

Mais, en l'espèce, M. Fretté se situe à l'étape du projet d'adoption et l'effectivité de la vie familiale fait défaut. La Cour en déduit qu'il n'y a pas d'atteinte à la vie familiale, dans la mesure où les articles 8 et 12 ne justifient en aucune manière un droit à l'enfant³¹.

De même, la Cour constate l'absence de violation du droit au respect de la vie privée.

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

Le droit au respect de la vie privée comprend le droit à l'intimité de la vie privée, et, notamment le droit à la liberté sexuelle³². La Cour affirme clairement le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix. Ainsi, l'homosexualité relève de la vie privée et doit être protégée en tant que telle par l'article 8 de la Convention. Il apparaît d'ailleurs que la Cour protège fortement la liberté de choisir son orientation sexuelle, en particulier s'agissant des homosexuels³³. De plus, la Cour condamne toute politique visant de manière générale et absolue à l'exclusion d'une catégorie de personnes sur le seul fondement de son orientation sexuelle³⁴.

³⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 décembre 1999, Affaire *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal* : Recueil 1999-IX ; Dr. Famille 2000, com. n°45, note Gouttenoire-Cornut.

³¹ De toute manière, 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 **Meulders-Klein M.-T.**, *Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme*, RIDC 1992, p. 781.

³² **Sudre F.** (sous la direction de), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 272.

³³ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 décembre 1981, Affaire *Dudgeon contre Irlande*, série A, n° 45, GA n° 19 ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 avril 1993, Affaire *Modinos contre Chypre*, série A, n° 259.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 27 septembre 1997, Affaire *Smith et Grady contre Royaume-Uni*, Recueil 1999-IV.

Pour le requérant, l'impossibilité d'adopter un enfant constitue un obstacle à la liberté de choisir son orientation sexuelle, car elle lui imposait de choisir entre nier son orientation sexuelle ou être pénalisé par celle-ci.

La Cour ne situe pas non plus le grief sur le terrain de la vie privée. Bien qu'elle rappelle que la liberté de choisir son orientation sexuelle est protégée par la Convention européenne des droits de l'homme, particulièrement concernant les homosexuels (la Cour cite l'arrêt *Dudgeon*), elle indique 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 »³⁵.

Pour le juge français Costa, en effet, il ne suffit pas de dire que l'orientation sexuelle d'une personne fait partie de sa vie privée. La décision ne peut atteindre le requérant dans sa vie privée, car l'attitude de l'administration départementale prend surtout en compte l'intérêt de l'enfant.

Certains auteurs estiment pourtant 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 »³⁶.

Pourtant, bien que la Cour écarte le fondement des articles 8 et 12 pris isolément, elle considère, dans sa décision sur la recevabilité du 12 juin 2001, que le grief fondé sur l'article 14 combiné avec l'article 8 est recevable.

§ 2. L'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8

La Cour affirme que les articles 14 et 8 combinés trouvent à s'appliquer en l'espèce (A). Mais cette applicabilité ne fait pas l'unanimité : elle est largement controversée (B).

A. Une applicabilité affirmée par la Cour

³⁵ Arrêt *Fretté*, § 32.

³⁶ **Murat P.**, *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.

La Cour déclare applicable l'article 14 de la Convention, en ce qu'il affirme un principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle (1). Mais nous verrons que cet article n'est pas applicable en tant que tel, car il nécessite une mise en œuvre préalable (2).

1. L'affirmation par l'article 14 d'un principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle

M. Fretté, dans sa requête, se place également sur le terrain de l'article 14 de la Convention. Cet article affirme le principe de non-discrimination : il interdit toute distinction fondée notamment sur le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions publiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Le requérant soutient qu'il y a eu discrimination en raison de son orientation sexuelle. Il rappelle tout d'abord que la notion d'orientation sexuelle peut être couverte par l'article 14 de la Convention, par le biais de la discrimination en raison du « sexe » ou même en raison de « toute autre situation »³⁷. En effet, l'énumération des motifs de distinction n'est pas limitative, elle n'est qu'indicative³⁸. Puis il tente de prouver la discrimination en démontrant qu'une personne célibataire, hétérosexuelle ou homosexuelle (mais qui cacherait son homosexualité), présentant les mêmes qualités humaines et éducatives que celles qui lui ont été reconnues, aurait pu obtenir l'agrément. Pour cela, il essaye de déterminer quel autre motif que le « choix de vie » aurait pu être opposé à la demande. N'en trouvant pas, il estime avoir fait l'objet d'une discrimination.

Pour sa part, le gouvernement soutient que le refus d'agrément n'a pas été pris uniquement sur la base de l'orientation sexuelle du requérant. La référence au « choix de vie » de l'intéressé englobe certes son homosexualité, mais également son statut de célibataire et son mode de vie quotidien. D'autres éléments auraient encore été pris en compte : il s'agit de

³⁷ En ce sens, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 décembre 1999, Affaire Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal : Dr. Famille 2000, com. n°45, note Gouttenoire-Cornut ; JCP G 2000, I, 203, Sudre ; L'Europe des libertés, n°1, janvier 2000, p. 7.

³⁸ **Bossuyt M.**, L'article 14, in *La Convention Européenne, commentaire article par article*, sous la direction de **MM. Pettiti L.-E., Decaux E., Imbert D.-H.** (sous la direction de), Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 477. Dans l'affaire *Linguistique*, la commission européenne fit observer que « l'énumération n'avait aucun caractère limitatif ».

l'absence de référence maternelle constante et la difficulté d'évaluer au quotidien les conséquences d'une adoption³⁹.

La Cour estime cependant que le refus d'agrément reposait de « manière déterminante sur l'homosexualité déclarée »⁴⁰ de M. Fretté. En cela, elle suit la position du Tribunal administratif qui avait statué au fond ainsi que celle du commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat.

Dès lors, la différence de traitement fondée sur l'homosexualité du requérant justifie l'application de l'article 14. Toutefois, cet article n'est pas applicable isolément, mais doit être combiné avec l'une des autres dispositions de la Convention.

2. La mise en œuvre de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme

Il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et des protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante. En effet, il ne vaut que pour la « jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent⁴¹. L'article 14 n'ajoute donc pas à la liste des droits garantis, mais renforce leur protection.

Néanmoins, l'applicabilité de l'article 14 ne saurait être limitée aux seules hypothèses de violation concomitante d'un autre article de la Convention. Selon la jurisprudence de la Cour, fixée dès sa décision du 23 juillet 1968 dans l'affaire *Linguistique Belge*⁴², l'article a une portée autonome. La Cour juge que le principe de non-discrimination s'étend non seulement à la jouissance des droits que les autorités nationales doivent garantir au titre de la Convention, mais également à ceux qui tombent sous l'empire d'une des dispositions matérielle du texte et que l'Etat a choisi de garantir même si, à cette occasion, il est allé au-delà de ce qui exigé par la Convention. Mais en aucun cas, l'article 14 ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins des

³⁹ Affaire Fretté, § 36.

⁴⁰ Affaire Fretté, § 37.

⁴¹ Voir parmi d'autres, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 28 mai 1985, Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali, série A n° 94, §71.

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 juillet 1968, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique contre Belgique, série A n° 6.

dispositions de la Convention⁴³. 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 place⁴⁴.

Dans le même esprit, la Cour accueille le grief du requérant, celui-ci tombant « 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. Par conséquent, la Cour indique que « le droit garanti par le 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 »⁴⁵, donc les articles 14 et 8 s'appliquent. Cette applicabilité est cependant controversée.

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

L'applicabilité des articles 14 et 8 combinés est notamment controversée en raison de sa motivation, jugée insuffisante (1). D'autres motivations ont depuis été proposées (2).

1. Une motivation insuffisante

La motivation de la Cour a suscité de nombreuses critiques, notamment du fait de son insuffisance. En effet, la Cour se borne 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 interne le fondement de l'applicabilité de l'article 8 et, en conséquence, du droit à la non-discrimination.

⁴³ Pour une application, v. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 27 mars 1998, Affaire Petrovic contre Autriche, Recueil 98-II, § 22, p. 585 ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 février 1997, Affaire Van Raalte contre Pays-Bas, Recueil 97-I, § 33, p. 184.

⁴⁴ Voir parmi d'autres : Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 13 juin 1979, Affaire Paula Marckx contre Belgique, série A n° 31 ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 1er février 2000, Affaire Mazurek, JCP éd. G, 2000, II, 10286, note Gouttenoire-Cornut et Sudre ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 avril 1994, Affaire Burghartz contre Suisse, série A n° 280-B ; Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 décembre 1999, Affaire Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal : Recueil 1999-IX.

⁴⁵ Arrêt Fretté, § 32.

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 ?⁴⁶. Cette absence de motivation a été relevée par de nombreux auteurs, notamment par MM. Marguénaud et Raynard qui estiment qu' « on ne peut que regretter l'insigne faiblesse de l'arrêt Fretté »⁴⁷. La motivation est d'autant plus insuffisante que la Cour européenne des droits de l'Homme 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 que ni la vie privée, ni la vie familiale ne sont en cause !

Pour le juge français 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 »⁴⁸. 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 de l'article 14 : 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. Pour le juge Costa, il y aurait alors eu une application anticipée du Protocole n° 12 additionnel à la Convention du 4 novembre 2000. Celui-ci, non encore entré en vigueur, prend en compte tout droit garanti par la loi, et non plus seulement les droits garantis par la Convention.

Les auteurs, bien que critiquant la formulation de la Cour, ont envisagé d'autres motivations.

2. Les motivations envisageables

Pour les juges dissidents⁴⁹, 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

⁴⁶ En ce sens, **Vasseur-Lambry F. et Carius M.**, Petites Affiches 10 juillet 2002, n° 137, p. 24.

⁴⁷ **Marguénaud J.-P. et Raynard J.**, RTD Civ. 2002, p. 391.

⁴⁸ Opinion de M. Costa, annexée à l'arrêt Fretté, p. 2.

⁴⁹ Il s'agit de Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann, Mme Tulkens, dans leur opinion partiellement dissidente commune.

nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur»⁵⁰. L'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 se justifie aisément selon eux.

M. Murat propose 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 la vie privée. En l'espèce, le requérant se plaint surtout de ce que des éléments relevant de sa vie privée servent de critère de sélection de manière, selon lui, non pertinente. En effet, 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 »⁵¹. En l'espèce, les investigations ont permis de dégager l'orientation sexuelle du requérant, or, l'orientation sexuelle 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 »⁵².

Malgré une « démarche hasardeuse »⁵³, la Cour décide de se fonder sur l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8. Mais, contre toute attente, elle déclare que ces articles ont été respectés, et conclut à un constat de non-violation.

Section 2 : Le constat de non-violation des articles 14 et 8 combinés

La Cour relève l'absence de discrimination (§1) dans l'affaire Fretté, et, en déduit que les articles 14 et 8 combinés ont été respectés. Ce constat aura des incidences au niveau de la protection des homosexuels (§2).

⁵⁰ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 16 décembre 1992, Affaire Niemietz contre Allemagne, série A n° 251-B.

⁵¹ **Murat P.**, *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.

⁵² **Murat P.**, art. précité p. 199.

⁵³ **Flauss J.-F.**, AJDA 2002, p. 500.

§ 1. L'absence de discrimination

La Cour admet qu'il y a bien eu une différence de traitement fondée sur l'homosexualité du requérant⁵⁴. Il s'agit alors de vérifier si cette distinction est discriminatoire. 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 visé⁵⁵.

En l'espèce, la Cour va tout d'abord rechercher si la différence de traitement poursuit un but légitime (A), avant de vérifier la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (B).

A. L'existence d'un but légitime

La Cour européenne des droits de l'Homme va retenir l'intérêt de l'enfant comme but légitime (1). Cette notion, fréquemment utilisée par les juridictions, suscite quelques observations (2).

1. L'intérêt de l'enfant, but légitime retenu

Pour le Gouvernement, 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 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 aurait pu être adopté par le requérant, que le gouvernement français prit la mesure litigieuse »⁵⁶. De plus, le Gouvernement rappelle que « les droits de l'enfant limitent le droit à l'enfant »⁵⁷.

En l'espèce, la Cour retient l'argument du Gouvernement : « 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

⁵⁴ Voir *supra*, p. 13.

⁵⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 18 juillet 1994, Affaire Karlheinz Schmidt contre Allemagne, série A n° 291-B.

⁵⁶ Observations du Gouvernement français, p. 37.

⁵⁷ Arrêt Fretté, § 36.

d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable »⁵⁸. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant est mis en avant, ce qui suscite quelques observations.

2. Les observations relatives à la notion d'intérêt de l'enfant

Il apparaît que la notion d'intérêt de l'enfant revêt une importance particulière dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment depuis l'arrêt *Johansen* contre Norvège du 7 août 1996⁵⁹. Cette position n'est aucunement critiquable, et on ne peut qu'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 concernant⁶⁰.

Le requérant critique pourtant l'utilisation de la notion de l'intérêt de l'enfant, car 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. Ce qui signifierait, selon MM. Marguénaud et Raynard, que la Cour 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 »⁶¹. Mais l'intérêt de l'enfant justifie-t-il la prohibition presque absolue de l'adoption par un homosexuel ?

M. Fretté se demande également « en quoi l'hétérosexualité d'un parent constituerait-elle une garantie du bien-être psychologique pour l'enfant supérieure à celle qu'un autre parent pourrait procurer ? »⁶². S'il est vrai que de nombreuses craintes se cristallisent autour de l'homosexualité, il s'avère que les scientifiques sont assez divisés sur la question. Mais certaines études estiment que les homosexuels peuvent être de très bons parents. Et c'est

⁵⁸ Arrêt Fretté, § 38.

⁵⁹ Cour européenne de droits de l'Homme, arrêt du 7 août 1996, Affaire *Johansen* contre Norvège : Recueil 1996-III, RTD Civ. 1997, p. 541.

⁶⁰ Article 3, § 1 de la Convention de New-York ; texte publié dans **Martinetti F.**, *Les Droits de l'enfant*, coll. Libro, 2002, p. 74.

⁶¹ **Marguénaud J.-P. et Raynard J.**, RTD Civ. 2002, p. 392.

⁶² Affaire Fretté, Observations en réponse aux observations du gouvernement de la France, p. 10.

d'ailleurs dans ce sens que va le rapport de l'enquête sociale effectuée le 2 mars 1993 dans le cadre de la procédure d'agrément de M. Fretté. En effet, il y est indiqué qu' « un enfant serait probablement heureux avec lui »⁶³. De même, dans l'arrêt *Salgueiro*, la Cour reconnaît des droits d'autorité parentale à un père homosexuel. Ce faisant, elle considère l'homosexualité comme n'étant pas un danger en elle-même.

C'est pourquoi, MM. Marguénaud et Raynard se demandent « s'il vaut toujours mieux pour un enfant, continuer de croupir au fond du plus sordide orphelinat de misère de l'Europe de l'est, que d'être adopté par un homosexuel dont les qualités humaines et éducatives sont unanimement reconnues »⁶⁴.

Il s'avère donc que l'utilisation de la notion d'intérêt de l'enfant est ici fortement contestée. En règle générale, le recours à cette notion suscite des critiques car 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 »⁶⁵.

En l'espèce, la Cour a estimé que la différence de traitement poursuit un but légitime. Elle se doit ensuite de vérifier la proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

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

La Cour se doit de vérifier s'il existe 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. La Cour admet tout d'abord que la justification avancée par le Gouvernement est objective et raisonnable (1), pour en conclure à l'existence d'une marge d'appréciation (2).

1. Des justifications objectives et raisonnables

⁶³ Arrêt Fretté, § 10.

⁶⁴ Marguénaud J.-P. et Raynard J., RTD Civ. 2002, p. 392.

⁶⁵ **Rubellin-Devichi J.**, *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 **Rihal H.**, *L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du CE concernant les agréments en matière d'adoption*, RD sanit. et soc., 1997, p. 508.

A la suite du commissaire du Gouvernement dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat, le Gouvernement s'inquiète quant à l'absence de référence à un père et une mère différenciée, et, partant, quant aux incertitudes pesant sur le développement d'un enfant élevé par une personne homosexuelle, qui ne peut pas lui offrir de référence à un modèle d'altérité sexuelle. Le Gouvernement relève que ces questions ne font pas l'objet d'un consensus, ni de la part de la communauté scientifique (a), ni de la part des sociétés démocratiques (b).

a. La division de la communauté scientifique

Le Gouvernement, pour justifier la distinction opérée, se fonde sur la division de la communauté scientifique⁶⁶ sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuel(s).

Il est vrai que de nombreuses inquiétudes existent en la matière. Le problème des troubles de l'identité sexuée des enfants a été posé et des études ont été menées pour vérifier si l'orientation sexuelle des enfants dépendait de celle des parents. Par ailleurs, des craintes au sujet du développement émotionnel et social de l'enfant ainsi que du risque d'abus sexuel sont fréquemment émises⁶⁷.

Si le Gouvernement remarque que les scientifiques sont divisés sur la question, M. Fretté, quant à lui, constate qu'une majorité des études consacrées au sujet considèrent l'homosexualité comme n'étant pas un danger pour l'enfant.

En l'espèce, la Cour estime que très peu d'études ont été réalisées à ce jour, et que la communauté scientifique est divisée sur la question. Puis elle relève l'absence de consensus des sociétés démocratiques.

b. L'absence de consensus des sociétés démocratiques

Le Gouvernement relève qu'il existe de profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales. En effet, la question de l'adoption par un homosexuel fait actuellement l'objet d'un vaste débat de société⁶⁸ et est largement discutée⁶⁹.

⁶⁶ A savoir, les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues.

⁶⁷ Pour une vision d'ensemble des études menées à ce jour, voir **Gross M.**, *L'homoparentalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003, p. 73.

⁶⁸ Voir introduction, *supra*.

⁶⁹ 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

Ces divergences d'opinion ne font que refléter l'absence de consensus qui règne au sein des Etats parties à la Convention. Lors de l'examen de l'affaire Fretté, seule la législation néerlandaise⁷⁰ permettait 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. De plus, 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'enfant⁷¹.

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, la législation italienne, quant à elle, ne permet pas à une personne seule d'adopter⁷². Au Royaume-Uni, où l'adoption par une personne seule est possible depuis 1989⁷³, « lorsque le parent adoptif pressenti affiche son homosexualité, les juges semblent traiter le dossier sans parti pris »⁷⁴.

Il s'agit donc d'un domaine où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats. En conséquence, le Gouvernement demande à la Cour de reconnaître aux Etats une marge d'appréciation importante.

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

Depuis l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976⁷⁵, 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. En effet, le respect de la Convention doit d'abord être assuré grâce aux moyens juridiques internes, et c'est pourquoi, chaque Etat dispose d'une liberté de choix des mesures

pétition en sens inverse. V. **Kremer P.**, *Une pétition sur l'adoption relance le débat sur l'homoparentalité*, Le Monde, 3 mai 2001.

⁷⁰ Loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1er avril 2001.

⁷¹ **Fulchiron H.**, La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas, JCP 2001, Act. n° 21-22, p. 1033.

⁷² 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).

⁷³ Cf. Adoption Act de 1976, article 15 modifié par le Children Act de 1989.

⁷⁴ **Flauss-Diem J.**, Couples de même sexe et famille. Version anglaise., Dr. Famille 2000, chron. 24.

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 »⁷⁶.

En l'espèce, la Cour laisse aux Etats une marge d'appréciation importante. Ceci est fréquent dans les domaines où il n'existe pas de consensus européen, toujours dans l'optique de préserver le pluralisme juridique des Etats parties à la Convention. Selon la jurisprudence *Petrovic*⁷⁷, « la présence ou l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard ». Or, concernant l'ouverture de l'adoption aux homosexuels, 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.

La Cour délègue donc la décision aux autorités nationales. Il s'agit d'une attitude fréquente de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment lorsque le cas concerne la morale⁷⁸.

Dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît une marge d'appréciation à l'Etat français, elle en déduit que les articles 14 et 8 combinés n'ont pas été violés⁷⁹. Le refus d'accorder l'agrément à un homosexuel en vue d'autoriser une adoption plénière ne consiste donc pas en une violation des droits de l'Homme. Il apparaît donc que ce refus est tout à fait compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme.

L'arrêt *Fretté*, en tant qu'il ne reconnaît pas aux homosexuels le droit d'adopter, va nécessairement avoir des incidences sur leur protection.

§ 2. Les incidences quant à la protection des homosexuels

⁷⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 7 décembre 1976, *Affaire Handyside contre Royaume-Uni*, série A n° 24.

⁷⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 28 novembre 1984, *Affaire Rasmussen*, série A n° 87.

⁷⁷ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 27 mars 1998, *Affaire Petrovic contre Autriche*, Recueil 1998-I.

⁷⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 29 octobre 1992, *Affaire Open Door et Dublin Well Woman*, série A n° 146-A, concernant l'avortement.

⁷⁹ Notons que 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.

Ces incidences vont pouvoir s'observer, d'une part, au niveau de l'interprétation de la Convention (A), et, d'autre part, sur le plan interne (B).

A. L'influence sur l'interprétation de la Convention

Nous verrons, d'une part, que la Cour européenne des droits de l'Homme procède à une interprétation du concept de marge nationale d'appréciation qui apparaît comme contestable pour certains (1). D'autre part, cet arrêt semble être en rupture avec l'interprétation de la Convention concernant les questions relatives aux homosexuels. En effet, la Cour avait plutôt tendance à accroître la protection accordée aux homosexuels. C'est pourquoi cette décision est imprévisible au regard de la jurisprudence antérieure (2).

1. L'utilisation contestable du concept de marge nationale d'appréciation

Suite à l'arrêt, de nombreux auteurs ont contesté l'utilisation faite du concept de la marge nationale d'appréciation par la Cour. Normalement, en matière d'intimité de la vie privée, l'appréciation des Etats devrait être réduite. En effet, selon une jurisprudence de la Cour, seules des « raisons particulièrement graves »⁸⁰ peuvent justifier une ingérence des Etats. Les juges de l'opinion dissidente l'ont rappelé : seules des « considérations très fortes » ou « particulièrement convaincantes » peuvent conduire la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe⁸¹.

La Cour pourtant justifie l'ingérence, d'une part, en raison de l'intérêt de l'enfant, mais surtout du fait de l'absence de dénominateur commun aux Etats.

Pour d'autres auteurs, si la Cour utilise le concept de marge nationale d'appréciation, cela « témoignerait » plutôt « du malaise des juges européens face à une question particulièrement délicate »⁸², et dénonce « une tendance de la Cour européenne des droits de l'Homme à se retrancher sans beaucoup de panache derrière la marge nationale d'appréciation pour éviter d'aborder de front de délicates questions de sociétés »⁸³.

⁸⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 23 octobre 1981, Affaire Dudgeon contre Royaume-Uni, série A n° 45.

⁸¹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 27 septembre 1999, Affaire Smith and Grady contre Royaume-Uni, Recueil 1999-VI.

⁸² Gouttenoire-Cornut A. et Sudre F., JCP G 2002, II, 10074.

⁸³ Marguénaud J.-P., *La Cour EDH, Connaissance du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002, p. 46.

2. Une décision imprévisible au regard de la jurisprudence antérieure

La Commission européenne des droits de l'Homme a 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 de la Convention⁸⁴. Ce n'est qu'à l'occasion de l'affaire *Dudgeon*⁸⁵ que la Cour reconnaît aux homosexuels le respect de la vie privée. 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. Dans son arrêt, la Cour reconnaît 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 violé. Le même raisonnement sera suivi dans des affaires semblables, notamment dans l'affaire *Norris* du 26 octobre 1988, et plus récemment, dans l'arrêt *Modinos* contre Chypre⁸⁶.

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. En effet, le droit au respect de la vie familiale est encore refusé aux homosexuels.

Pourtant, une certaine évolution a pu poindre avec l'affaire *Salgueiro*. 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. L'affaire *Fretté* aurait pu constituer une bonne occasion pour la Cour d'opérer franchement « le saut qualitatif »⁸⁷ 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 sexuelle.

⁸⁴ Voir parmi d'autres, 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.

⁸⁵ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 23 octobre 1981, Affaire Dudgeon contre Royaume-Uni, série A n° 45.

⁸⁶ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 26 octobre 1988, Affaire Norris contre Irlande, série A n° 142 ; Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 22 avril 1993, Affaire Modinos contre Chypre, série A n° 259.

⁸⁷ Expression utilisée par **Ringel F.**, 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.

Cela n'est néanmoins pas le cas, car pour le moment, les droits reconnus par la Cour ont un contenu exclusivement sexuel : « un homosexuel est celui ou celle qui a des rapports sexuels avec des personnes de même sexe que lui ou elle »⁸⁸.

Il s'ensuit que les droits relevant de la vie affective et familiale ne sont pas reconnus aux homosexuels. D'ailleurs, dans l'arrêt *Rees* du 17 octobre 1986⁸⁹, 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 ».

C'est dans cette optique que la Cour, dans l'affaire *Fretté*, ne reconnaît pas aux homosexuels le droit d'adopter. La Cour laisse en la matière une totale liberté aux Etats. Ceux-ci peuvent alors s'en tenir aux règles européennes et refuser toute adoption par un homosexuel ou, peuvent aller au-delà des règles européennes et accorder une reconnaissance juridique à l'adoption par un homosexuel.

B. Les répercussions de l'arrêt Fretté sur le plan interne

La possibilité pour un homosexuel d'adopter est laissée à la libre appréciation des Etats. Ceux-ci opèrent une mise en œuvre diversifiée de la marge d'appréciation qui leur est laissée (1). Au-delà, on peut se demander si une interprétation évolutive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans le sens de la protection des homosexuels est envisageable (2).

1. Une mise en œuvre diversifiée de la marge nationale d'appréciation

Il s'agit de voir si certaines évolutions ont eu lieu depuis l'arrêt *Fretté*, en France (a) ainsi que dans les autres Etats parties à la Convention (b).

a. En France

En la matière, il apparaît que la France s'en tient aux règles européennes, tant au niveau de la jurisprudence, qu'au niveau législatif.

⁸⁸ **Spiry E.**, Homosexualité et droit international des droits de l'homme : Vers une nouvelle donne en Europe ?, RTDH 1996, p. 53.

⁸⁹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 17 octobre 1986, Affaire *Rees* contre Royaume-Uni, série A n° 106.

En effet, les juridictions françaises n'ont pas modifié leur jurisprudence. On peut citer une affaire similaire à celle de l'affaire Fretté, l'affaire Mlle B. En l'espèce, Mlle B., institutrice dans le Jura n'a pas dissimulé sa vie de couple homosexuelle lors des enquêtes en vue d'obtenir l'agrément. Celui-ci lui a été refusé par le département du Jura au double motif suivant : d'une part, « l'absence d'image ou de référent paternel susceptible de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté » et d'autre part « l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre au foyer par rapport à l'enfant recueilli ». L'affaire fut portée devant le Conseil d'Etat, qui rendit, le 5 juin 2002, un nouvel arrêt confirmant sa jurisprudence de 1996. Le commissaire du Gouvernement évoque d'ailleurs l'arrêt Fretté de la Cour européenne des droits de l'Homme dans ses conclusions pour écarter l'argument de la discrimination dont sont victimes les personnes qui ne dissimulent pas leur homosexualité, en indiquant : « vous ne vous mettez pas en contradiction avec sa jurisprudence en considérant que les juges du fond sont fondés à prendre en considération la vie de couple homosexuelle du candidat à l'agrément »⁹⁰. Le Conseil d'Etat n'a donc pas modifié sa jurisprudence suite à l'arrêt Fretté.

Cela n'est pas le cas pour les juridictions du fond, fréquemment divisées sur la question. Certaines n'ont pas hésité à annuler des refus d'agrément qui ne leur semblaient pas fondés. Ainsi, dans l'affaire Mlle B., le Tribunal administratif de Besançon, par un jugement du 24 février 2000⁹¹, a annulé le refus d'agrément. Les juges ont considéré que les motifs opposés à la requérante n'étaient pas par eux-mêmes de nature à justifier légalement un refus et que l'intéressée présentait des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté. Dans l'affaire *Fretté*, le tribunal administratif avait également annulé le refus d'agrément⁹².

Dans une autre espèce, Mlle Lechailier, célibataire homosexuelle, s'est vu refuser l'agrément à l'adoption. La Cour administrative d'appel⁹³ a certes rejeté sa requête, mais après avoir entendu les conclusions contraires du commissaire du Gouvernement. Celui-ci relevait que le dossier de Mlle Lechailier, du point de vue de l'adoption, était excellent et

⁹⁰ CE 5.06.02, Mlle B, AJDA, 2002, p. 615, ccl. Mme Fombeur, p. 621.

⁹¹ TA Besançon 24.02.00 : R. D. sanit. soc. 2000, 434, note Monéger.

⁹² Voir introduction, *supra*.

⁹³ CAA Lyon, 7.07.99, Mlle Lechailier : AJDA 1999, JP p. 1033.

demandait à ce que le jugement du Tribunal administratif de Dijon du 28 novembre 1995 et la décision du président du Conseil général de Saône-et-Loire du 18 avril 1994 soient annulés. Si la jurisprudence du Conseil d'Etat reste donc invariable, on peut tout de même relever la division des juridictions administratives⁹⁴. Cette division est assez révélatrice de la division qui existe actuellement au sein de l'opinion publique.

Au niveau législatif, aucune évolution n'a pu être constatée depuis que l'arrêt Fretté a été rendu. La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité n'a pas été modifiée, et, si elle a été une avancée significative dans les droits des homosexuels, elle ne consacre pas de droit à l'adoption pour les couples homosexuels. Toutefois, une proposition de loi⁹⁵ « tendant à compléter certaines dispositions relatives à l'adoption » a été déposée à l'Assemblée nationale par M. Jean-Pierre Michel. Cette proposition vise à permettre l'adoption plénière de l'enfant du partenaire pacsé, en modifiant les articles 345-1 et 346 du Code civil. L'adoption plénière pourrait être prononcée si l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de l'autre partenaire ou lorsque l'autre parent de l'enfant s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ou est décédé.

Des initiatives existent donc en la matière, mais celles-ci n'ont pas eu beaucoup d'impact. Qu'en est-il dans les autres Etats ?

b. Dans les autres Etats

Certains Etats sont allés au-delà des règles européennes et ont décidé de permettre l'adoption par un homosexuel.

Les Pays-Bas permettent l'adoption par un couple de même sexe depuis le 1^{er} avril 2001⁹⁶. De même, la région de Navarre, en Espagne, permet depuis juillet 2000 l'adoption par un couple de même sexe. En revanche, si la Belgique a autorisé le mariage homosexuel, cela n'a pas eu d'incidence au niveau de l'adoption : un couple homosexuel ne pourra pas adopter

⁹⁴ Notons que certains auteurs se demandent si les juridictions civiles ne seraient pas plus clémentes en la matière que les juridictions administratives. De plus, la décision d'agrément est une décision administrative et non une condition de l'adoption, si bien que le tribunal de grande instance qui prononcera *in fine* l'adoption n'est pas lié par l'octroi ou le refus d'agrément. Il peut donc autoriser l'adoption s'il l'estime, au regard des particularités du dossier, compatible avec l'intérêt de l'enfant.

⁹⁵ Proposition de loi n° 3276, enregistrée le 26 septembre 2001.

⁹⁶ V. *supra*, p. 20.

d'enfant⁹⁷. Les plus récentes évolutions en faveur de l'adoption par des homosexuels ont eu lieu en Suède. Depuis une loi du 18 juin 2002, entrée en vigueur le 1^{er} février 2003, la Suède permet l'adoption conjointe d'un enfant par des partenaires enregistrés. L'adoption, contrairement aux Pays-Bas, est élargie aux enfants d'origine étrangère. En pratique, il sera tout de même assez difficile pour un couple d'homosexuels d'adopter car certains pays étrangers ont restreint le nombre d'enfants confiés à des Suédois vivant seuls. Quant à l'adoption par un homosexuel en tant que célibataire, celle-ci est explicitement autorisée aux Pays-Bas et au Danemark⁹⁸.

Des évolutions récentes en faveur de l'adoption par des homosexuels ont donc été réalisées. Mais celles-ci ne sont que ponctuelles ; de plus, elles risquent de susciter des difficultés.

En effet, l'adoption, analysée du point de vue du droit international privé, conduit à se demander si l'adoption par un homosexuel ou par un couple d'homosexuels prononcée selon une loi étrangère pourrait être reconnue en France, alors qu'elle n'aurait pu être obtenue en France. Deux hypothèses sont à distinguer.

La première hypothèse concerne la reconnaissance du lien adoptif créé à l'étranger envers des adoptants résidant en France. Supposons qu'un couple homosexuel résidant en France ait obtenu d'un juge étranger le prononcé d'une adoption. Cette adoption pourrait-elle être reconnue en France, serait-elle conforme à l'ordre public atténué? Les juges français n'ont, pour l'instant, jamais été confrontés à cette hypothèse, mais selon Mme Monéger, « les adoptants ne pourraient pas obtenir à l'étranger, ce que le droit français leur refuserait en France »⁹⁹. En effet, l'adoption ne serait probablement pas compatible avec l'ordre public atténué. Mais il est peu probable que cette hypothèse se produise, dans la mesure où, en France, le candidat à l'adoption internationale doit obtenir au préalable l'agrément à l'adoption¹⁰⁰.

⁹⁷ Article paru dans « Libération » le 1^{er}-2 février 2003, p. 17.

⁹⁸ V. *supra*, p. 21.

⁹⁹ **Monéger F.**, *L'adoption internationale et les concubins*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 576.

¹⁰⁰ Ainsi, l'article L. 225-15 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « les personnes qui accueillent, en vue de son adoption, un enfant étranger doivent avoir obtenu l'agrément prévu aux articles L. 225-2 à L. 225-7 ».

La seconde hypothèse concerne la reconnaissance du lien adoptif créé à l'étranger alors que les adoptants vivent à l'étranger. Par exemple, prenons le cas d'un couple homosexuel néerlandais qui aurait adopté un enfant. Si le couple s'installe par après en France, et qu'il y décède, comment se réglera la succession ? Cette situation conduit à se demander si l'enfant adopté sera considéré comme héritier. Cette hypothèse n'a pour l'instant guère été envisagée par la doctrine en raison du nombre restreint de législations ayant accepté l'adoption par des couples homosexuels. Pour Mme Monéger, « l'ordre public serait ici atténué puisqu'il s'agit de reconnaître une situation créée à l'étranger, selon le droit applicable et qui produit plus tard certains effets en France »¹⁰¹. Il s'ensuit que l'enfant adopté pourrait bénéficier d'effets d'ordre successoral.

Nous avons vu que les évolutions en faveur de l'adoption par un homosexuel ou un couple d'homosexuels sont rares, et très récentes. Nous pouvons tout de même nous demander si une évolution ne serait pas envisageable par le biais d'une interprétation évolutive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sa jurisprudence pourrait ainsi évoluer de manière favorable aux homosexuels.

2. Vers une évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Juridiquement, une évolution de la jurisprudence de la Cour est envisageable (a). Mais si elle est possible, elle sera probablement lente (b).

a. Une évolution juridiquement envisageable

Une évolution n'est pas forcément exclue puisque la Cour relève qu'en la matière « le droit traverse une phase de transition »¹⁰². Or, l'interprétation de la Cour n'est jamais figée car, dès 1979, celle-ci a indiqué que la Convention devrait toujours s'interpréter « à la lumière

¹⁰¹ **Monéger F.**, *L'adoption internationale et les concubins*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 577.

¹⁰² Arrêt Fretté, §41.

des conditions d'aujourd'hui »¹⁰³. Pour que la jurisprudence de la Cour évolue, il faut que les revirements de jurisprudence soient admis. Ceux-ci ont été autorisés par l'arrêt *Cossey* du 27 septembre 1990¹⁰⁴. Cet arrêt a donné l'occasion à la Cour d'affirmer qu'elle ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures¹⁰⁵.

Pour déterminer si une telle évolution est envisageable, un faisceau de facteurs doit être pris en compte et tout d'abord, le changement des mentalités. Concernant l'adoption par un homosexuel 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 % aujourd'hui. L'adoption par un couple homosexuel est aujourd'hui encore rejetée à 59%. Mais il sera intéressant de suivre l'évolution de la nouvelle génération à plus long terme, puisque 60% des 15-24 ans se disent pour l'adoption, contre 22% des 50-64 ans et 18% des plus de 65 ans¹⁰⁶.

Toutefois, une évolution des mentalités ne suffirait 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. A cela il convient d'ajouter les réformes des droits internes qui peuvent déboucher sur un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants.

En l'espèce, de nombreux textes prohibent toute discrimination en raison de l'homosexualité. Par exemple, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit expressément « toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ou sur l'orientation sexuelle ». Au sein du Conseil de l'Europe, la recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des ministres « d'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 invite 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

¹⁰³ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 13 juin 1979, Affaire *Marckx* contre Belgique, série A, n° 31.

¹⁰⁴ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 27 septembre 1990, Affaire *Cossey* contre Royaume-Uni, série A n° 184.

¹⁰⁵ Actuellement, les revirements de jurisprudence sont envisagés par l'article 30 de la Convention.

¹⁰⁶ Chiffres issus d'un sondage de l'IFOP réalisé pour « Le Monde » et Gay.com, paru dans le « Le Monde » le 29-30 juin 2003.

forme de discrimination dont sont encore victimes les homosexuels » et « à lutter contre les préjugés dont ils sont l'objet dans la société »¹⁰⁷. Un consensus concernant la tolérance vis-à-vis de l'homosexualité se dessine donc aujourd'hui.

Au niveau législatif, on ne peut que relever l'absence de dénominateur commun, mais il est fort probable qu'une évolution se fasse en faveur de l'adoption par des homosexuels¹⁰⁸. Il s'ensuit qu'une évolution de la jurisprudence soit envisageable, comme cela a été le cas en matière de transsexualisme. Pendant longtemps, la Cour européenne des droits de l'homme s'est opposée au mariage des transsexuels, car « l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent »¹⁰⁹. L'évolution en faveur de l'acceptation du transsexualisme a permis un revirement de jurisprudence de la Cour. Depuis les arrêts Christine Goodwin contre Royaume-Uni et I. contre Royaume-Uni¹¹⁰, le transsexuel ayant subi une opération chirurgicale de conversion sexuelle doit être autorisé à se marier avec une personne de son sexe d'origine, c'est-à-dire de son sexe biologique.

Concernant la question de l'adoption par un homosexuel, il s'avère que M. Fretté n'a pas déposé de recours devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹¹. Mais une requête similaire a été adressée en décembre 2002 à la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹². Il s'agit de la requête de Mlle B., qui s'était vu refuser l'agrément à l'adoption¹¹³. La Cour pourrait donc avoir l'occasion de modifier sa jurisprudence, encore qu'une telle évolution nous semble douteuse. En effet, si les évolutions existent, elles sont plutôt lentes.

b. Une évolution probablement lente...

¹⁰⁷ Cette résolution n'a pas de portée obligatoire.

¹⁰⁸ Du fait de l'évolution probable des mentalités.

¹⁰⁹ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 17 octobre 1986, Affaire Rees contre Royaume-Uni, série A n° 106.

¹¹⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 11 juillet 2002, Affaire Christine Goodwin contre Royaume-Uni, Recueil 2002-V ; Cour européenne des droits de l'Homme, arrêt du 11 juillet 2002, Affaire I. contre Royaume-Uni, Recueil 2002-V.

¹¹¹ 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.

¹¹² Affaire Mlle B. contre 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.

¹¹³ V. *supra*, p. 26.

Une évolution de sa jurisprudence est juridiquement envisageable, notamment si dans quelques années apparaît un consensus en la matière. Mais une évolution brusque de la jurisprudence semble improbable, dans la mesure où le pluralisme doit être respecté.

Nous pouvons par exemple citer le cas du couple homosexuel non marié. Celui-ci est reconnu dans beaucoup de pays européens par le biais notamment des législations autorisant son enregistrement¹¹⁴. Pourtant, la Cour a toujours exclu le couple homosexuel du champ d'application de la Convention dans la mesure où « les relations d'un couple homosexuel ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale »¹¹⁵. Cette position restrictive à l'encontre du couple homosexuel a été justifiée par la protection du modèle classique de la famille. Une évolution de la reconnaissance de la vie familiale homosexuelle ne doit cependant pas être exclue, en raison du dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats parties, mais cette évolution est lente...

Il en sera probablement de même pour l'adoption par une personne homosexuelle.

En tout état de cause, il apparaît que pour l'instant, l'agrément est toujours refusé à un homosexuel. Dans l'affaire Fretté, il s'agit probablement d'une décision politique, faisant en quelque sorte application d'un principe de précaution. La Cour pose en effet en principe que l'homosexualité d'un adoptant est contraire à l'intérêt de tout enfant susceptible d'être adopté. Le droit à l'enfant est donc supplanté par le droit de l'enfant.

Pour autant, on peut se demander s'il n'existe pas d'autres procédés, permettant de créer ou de préserver des liens avec un enfant, et ce, dans des conditions conformes à son intérêt. Il apparaît que de tels procédés existent, mais ils ont des effets beaucoup plus réduits que l'adoption plénière.

¹¹⁴ **Granet F.**, *Convergences et divergences des droits européens de la famille*, Dr. Famille, 2000, n°12 bis, p. 9.

¹¹⁵ Comm. EDH, affaire S. contre Royaume-Uni, décision du 14 mai 1986, D. R. n° 47, p. 274.

CHAPITRE DEUXIEME :

**LES PROCEDES ALTERNATIFS A L' ADOPTION PLENIERE ET
CONFORMES A L' INTERET DE L' ENFANT**

Nous avons vu que l'adoption plénière par un célibataire homosexuel est juridiquement envisageable, mais que l'agrément à l'adoption lui est fréquemment refusé. L'adoption plénière est donc une institution impraticable pour les homosexuels. Or, le droit français connaît deux formes d'adoption. Il s'agit de l'adoption plénière et de l'adoption simple. Nous pouvons dès lors nous demander si un homosexuel pourrait avoir recours à l'adoption simple, laquelle est plus souple que l'adoption plénière. Cette technique permet également de créer un lien de filiation avec un enfant mais est moins radicale dans ses effets que l'adoption plénière. Elle pourrait donc être envisagée pour construire une famille homosexuelle (Section 1).

L'adoption simple n'est pas la seule institution permettant de créer des liens avec un enfant et pouvant être accessible à un homosexuel. Il existe d'autres procédés, ne passant pas

par la filiation, mais permettant de consacrer juridiquement des liens avec un enfant. En effet, il arrive fréquemment que des enfants créent des liens avec un adulte autre que leurs parents, notamment dans le cas des recompositions familiales. Dans ce cadre, le non-parent exerce fréquemment des fonctions de parentalité, consistant, par sa présence et son aide privilégiée, à apporter à l'enfant les moyens matériels, éducatifs, affectifs de devenir adulte¹¹⁶. Il participe donc à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cette fonction ne passe dans ce cas pas par la filiation et n'est donc pas marquée par la différence de sexe. Il n'existe actuellement pas de reconnaissance juridique de la notion de parentalité. Certains auteurs espèrent tout de même que ce sera le cas un jour, car cela permettrait la reconnaissance d'un rapport juridique entre l'enfant et celui qui participe à son éducation et à sa vie quotidienne, sans déformer les règles de droit en matière de filiation¹¹⁷. La fonction de parentalité n'est donc pas reconnue. Cependant, certains procédés allant dans ce sens apparaissent dans notre droit : nous parlerons de modes mineurs de parentalité (Section 2).

Section 1 : Le recours à l'adoption simple

L'adoption simple et l'adoption plénière se distinguent de par leurs effets. L'adoption plénière produit des effets particulièrement énergiques en instituant une filiation irrévocable qui vient se substituer totalement à la filiation d'origine. Cette technique imite la filiation charnelle. Tout est organisé pour traiter les adoptants comme ils le seraient s'ils avaient été les géniteurs de l'adopté¹¹⁸.

L'adoption simple est moins radicale dans ses effets que l'adoption plénière car l'adjonction d'un lien de filiation ne passe qu'au second plan. Elle apparaît plutôt comme une institution de protection de l'enfant. L'adoption simple paraît alors plus facilement acceptable pour les homosexuels que l'adoption plénière, censée donner à l'enfant des parents qui se substitueraient à ses parents d'origine.

Le recours à l'adoption simple pourrait donc être très intéressant pour les homosexuels (§1). Pourtant, certains inconvénients sont à signaler (§2).

§ 1. L'intérêt de l'adoption simple

¹¹⁶ **V. Murat P.**, *Couple, filiation, parenté*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 66.

¹¹⁷ En ce sens, **V. Murat P.**, *Couple, filiation, parenté*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 71.

¹¹⁸ **Neirinck Cl.**, J. Cl. Droit de l'enfant, Fasc. 430, n° 2.

L'adoption semble être une institution intéressante pour les homosexuels, d'une part, car l'accès à l'adoption simple est facilité (A), et, d'autre part, en raison des effets de l'adoption simple (B).

A. L'accès facilité à l'adoption simple

L'accès à l'adoption est tout d'abord facilité car cette technique est admise quel que soit l'âge de l'adopté¹¹⁹. Alors qu'en principe l'adoption plénière est réservée aux mineurs de moins de quinze ans¹²⁰, l'adoption simple est autorisée sans limitation d'âge. Dès lors, l'adopté peut être mineur, qu'il ait plus ou moins de quinze ans, ou majeur.

Sinon, tout comme pour l'adoption plénière, l'exigence de l'agrément est posée comme règle de principe. Toutefois, lorsqu'il s'agit de demandes s'articulant autour de liens familiaux ou affectifs préexistants, l'agrément n'est pas exigé, ce qui est intéressant pour les homosexuels car, en pratique, c'est l'obtention de l'agrément qui pose problème. Mais si la filiation est établie envers le deuxième parent par le sang, ce dernier devra donner son consentement.

Faute de renvoi à l'article 345, alinéa 1 du Code civil, le placement chez l'adoptant n'est pas une condition préalable à l'adoption simple. Le placement consiste en la remise effective de l'enfant aux futurs adoptants¹²¹. L'adoption plénière n'est possible que si les enfants ont été accueillis au foyer des adoptants depuis au moins six mois¹²². En réalité, dans le cadre de l'adoption simple, le futur adopté est fréquemment confié au futur adoptant ou alors il le côtoie régulièrement. Le caractère volontaire de l'adoption rend alors la phase du placement superflue. Puisqu'aucune période probatoire n'est imposée, il est admis généralement que l'adoption simple peut être demandée dès l'expiration du délai de deux mois suivant l'autorisation parentale et qu'elle peut être introduite immédiatement chaque fois qu'il s'agit de l'adoption d'un majeur.

L'accès à l'adoption simple est assurément facilité, mais ce n'est pas pour autant que l'institution n'est pas encadrée. En effet, l'adoption simple nécessite également le prononcé

¹¹⁹ Article 360, alinéa 1 du Code civil.

¹²⁰ Article 345 du Code civil.

¹²¹ Article 351 du Code civil.

d'un jugement. Dans ce cadre, le juge vérifie que l'intérêt de l'enfant est préservé. Ainsi, il peut parfaitement refuser une adoption si le comportement parental et filial fait défaut.

L'adoption simple pourrait être un procédé intéressant pour les homosexuels désirant établir des liens avec un enfant. En effet, l'accès à l'adoption simple est facilité, ce qui est particulièrement intéressant pour un homosexuel, car c'est justement cet accès qui lui pose problème dans l'adoption plénière. Par ailleurs, une telle adoption serait peut-être jugée plus acceptable par l'opinion publique, dans la mesure où ses effets sont moins vigoureux.

B. Les effets de l'adoption simple

Comme pour l'adoption plénière, l'esprit de l'institution est d'imiter la filiation légitime, mais dans une moindre mesure. Les conséquences de l'adoption simple sont moins radicales que celles de l'adoption plénière. D'une part, l'adoption simple permet la coexistence de la filiation d'origine et de la filiation adoptive (1), et d'autre part, l'institution n'est pas figée, elle peut évoluer de diverses manières (2).

1. La coexistence de la filiation d'origine et de la filiation adoptive

L'enfant garde des liens avec sa famille d'origine, et, en principe, y conserve tous ses droits. Quand l'établissement de la filiation paternelle ou maternelle a précédé l'adoption, l'adopté conserve des liens avec tous les membres de sa famille. De plus, l'adoption ne constitue pas un obstacle à l'établissement ultérieur de la filiation biologique. Dans ce cas, « l'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation »¹²³. L'enfant peut donc être doté de quatre parents. Ce cumul de filiations permet de superposer plusieurs paternités ou plusieurs maternités, étant précisé que l'autorité parentale

¹²² Article 345, alinéa 1 du Code civil.

¹²³ Article 369 du Code civil.

est exercée par le ou les adoptants. On voit donc poindre ici un modèle de « pluriparentalité »¹²⁴ qui pourrait convenir aux homosexuels.

A ce niveau, l'adoption simple apparaît comme étant extrêmement souple. Bien qu'elle permette l'établissement d'un lien de filiation, elle pourrait s'apparenter à une institution de protection de l'enfant. L'opinion publique admettrait peut-être plus facilement ce type d'adoption, car l'enfant garde des liens avec sa famille par le sang. De plus, ce type d'adoption n'est pas définitive : elle peut évoluer.

2. L'évolution envisageable de l'adoption simple

L'adoption simple n'est pas une adoption figée dans le temps. Le juge peut intervenir pour la faire évoluer. D'une part, dans des cas exceptionnels, il peut décider de révoquer l'adoption (a). Par conséquent, tous les liens avec l'adoptant disparaissent. D'autre part, il peut au contraire confirmer le lien familial artificiel en le transformant en relation définitive par le biais de l'adoption plénière (b).

a. La remise en cause de l'adoption simple

L'article 370 du Code civil dispose que « s'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public ». La révocation n'est pas rétroactive. Elle prend effet le jour de la demande et fait disparaître pour l'avenir toute relation avec la famille adoptive. Les effets de la révocation sont catégoriques, c'est pourquoi celle-ci doit être prononcée par le Tribunal de grande instance. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement les motifs graves invoqués à l'appui de la demande de révocation de l'adoption, mais seule une situation particulièrement grave peut justifier la disparition des liens de droits entre l'adopté et l'adoptant.

Dans ce cas, l'adoption se révèle être un échec. Inversement, une adoption plénière peut être substituée à l'adoption plénière.

b. La substitution d'une adoption plénière à l'adoption simple

¹²⁴ Expression utilisée par **Murat P.**, *Couple, filiation, parenté*, Des concubinages, Droit interne, Droit

L'adoption simple peut déboucher sur une intégration parfaite de l'enfant dans sa famille adoptive, notamment lorsque celui-ci a perdu tout contact avec sa famille par le sang. Dans ce cas, une adoption plénière peut être demandée. Une telle demande peut être effectuée tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de quinze ans. Après l'âge de quinze ans, l'enfant ne devrait plus pouvoir en bénéficier. Toutefois, en vertu de l'article 345, alinéa 2 du Code civil, l'adoption plénière peut encore être demandée pendant la minorité de l'enfant et dans les deux années qui suivent sa majorité si l'enfant a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint l'âge de quinze ans.

Comme pour la révocation, la transformation de l'adoption simple en adoption plénière nécessite un jugement. Le juge vérifie si la demande est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Les effets de la transformation en adoption plénière sont identiques à ceux d'une adoption plénière prononcée initialement. Les liens entre l'enfant et sa famille par le sang sont anéantis. Or, dans les faits, l'enfant a souvent déjà perdu tout contact avec elle. Cette transformation en adoption plénière ne fait donc que consacrer en droit une rupture qui s'avère déjà effective dans bien des cas.

Entendue ainsi, l'adoption simple est « l'antichambre »¹²⁵ de l'adoption plénière. Cette technique est assez voisine de propositions qui viseraient à faire de l'adoption simple une sorte « d'adoption à l'essai » devant être transformée ultérieurement en adoption plénière en cas de succès. En ce sens, Mme Rubellin-Devichi avait proposé le maintien pendant un certain temps des liens avec la famille d'origine avant de prononcer l'adoption plénière. L'objectif de cette proposition était d'éviter la rupture totale et immédiate de l'enfant avec ses origines familiales¹²⁶. Cette tentative pour réhabiliter l'adoption simple n'a pas été retenue par le législateur.

A vrai dire, l'adoption plénière reste la forme la plus répandue en France, car les adoptants préfèrent envisager une adoption irrévocable. D'ailleurs, c'est fréquemment

international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002, p. 66.

¹²⁵ **Corpart I.**, *L'adoption*, ASH, 2001, p. 97.

¹²⁶ **Rubellin-Devichi J.**, *Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996*, JCP 1996, I, n° 3979, p. 452, n° 12.

l'adoption plénière qui est prévue dans les pays européens ne connaissant qu'une seule forme d'adoption. C'est le cas par exemple en Espagne, en Angleterre ou encore aux Pays-Bas¹²⁷.

Pourtant, l'adoption simple, grâce à ses particularités, permet de répondre à des aspirations différentes. Cette forme est respectueuse de la réalité vécue par l'adopté, et sa souplesse conviendrait particulièrement aux homosexuels. De plus, comme cette adoption n'est pas définitive, il est vraisemblable que l'opinion publique accepterait mieux l'adoption simple par un homosexuel que l'adoption plénière. L'adoption simple, et c'est le souhait de nombreux auteurs, pourrait dès lors se développer¹²⁸.

Mais elle ne concernerait que certaines hypothèses. En effet, tout comme l'adoption plénière, l'adoption simple n'est ouverte ni aux concubins homosexuels, ni aux partenaires homosexuels engagés dans un pacte civil de solidarité. Seul un homosexuel, en tant que célibataire, peut recourir à l'adoption simple, mais il rencontrera peut-être des difficultés tenant notamment à un refus d'agrément, sauf dans l'hypothèse d'une adoption intrafamiliale où il ne se heurte pas à un tel obstacle.

Cette technique mériterait cependant quelques améliorations. En effet, elle n'est pas sans inconvénients.

§ 2. Les inconvénients de l'adoption simple

Ces inconvénients peuvent s'illustrer par une décision récente, significative de la tendance actuelle des homosexuels à vouloir créer une famille.

Pour la première fois, un tribunal a 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 donneur¹²⁹. 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 ; d'ailleurs elle les a élevées comme si elles étaient ses propres enfants. Mme B. est d'origine italienne,

¹²⁷ Lois du 11 novembre 1987 et du 15 janvier 1996, articles 172 à 180 Cc pour l'Espagne ; Adoption Act de 1976 pour l'Angleterre ; Articles 227 à 230 BW, Livre 1 pour les Pays-Bas.

¹²⁸ En ce sens, le Communiqué du ministère de l'Emploi et de la Solidarité du 13 juillet 2000, dans lequel sont proposés les thèmes de travail du Conseil supérieur de l'adoption, cite l'adoption simple.

c'est pourquoi les enfants portent des prénoms italiens et parlent Italien à la maison. 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 a demandé l'adoption simple des trois enfants.

Le Tribunal de grande instance de Paris, dans son jugement du 27 juin 2001, prononce l'adoption. Ici, l'adoption par une homosexuelle ne suscite pas de difficultés particulières dans la mesure où l'agrément n'a pas à être obtenu et que cette adoption est conforme à l'intérêt des enfants. D'ailleurs les juges estiment que « l'adoption sollicitée aura ainsi pour résultat de resserrer davantage les liens d'affection qui existent entre Mme B. et les fillettes ».

Nous savons que l'adoption simple a pour particularité de laisser les liens de filiation d'origine et d'ajouter les liens de filiation adoptive. En l'espèce, les trois fillettes auront donc un lien de filiation biologique à l'égard de leur mère par le sang et un lien de filiation adoptive à l'égard de la compagne de celle-ci. Cette dernière n'est donc plus considérée comme une étrangère, ce qui est conforme à la volonté du couple. En effet, les fillettes sont nées par insémination artificielle, et au moment de leur naissance, les deux femmes vivaient déjà ensemble. Il s'agissait donc d'une décision commune du couple d'élever ensemble des enfants.

Avec ce jugement, le Tribunal de grande instance de Paris fait un pas vers la consécration de la famille homosexuelle. Mais la question de l'opportunité de cette adoption se pose. En effet, la législation actuelle en matière d'adoption simple ne permet pas de régler de façon satisfaisante l'adoption des enfants de la partenaire « pacsée ». Deux aspects posent notamment problème : il s'agit de la question de l'autorité parentale et des droits de mutation à titre gratuit.

En raison du prononcé de l'adoption simple, la mère naturelle va être privée de l'exercice de l'autorité parentale. En effet, l'article 365 du Code civil, modifié par la loi du 4 mars 2002¹³⁰, fait un sort particulier à l'adoption de l'enfant du conjoint. Dans cette hypothèse, l'adoptant et son conjoint peuvent convenir d'exercer en commun l'autorité parentale. Toutefois, en l'espèce, les enfants adoptés ne sont pas ceux du conjoint, mais ceux de la partenaire qui ne saurait être assimilée à un conjoint, de sorte que seule l'adoptante est

¹²⁹ Rappelons qu'en l'espèce, le recours à l'assistance médicale à la procréation est illicite au regard de la loi du 29 juillet 1994.

¹³⁰ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, JO du 5 mars 2002, p. 4161.

investie de l'autorité parentale. Cette situation est regrettable et pourrait même poser des difficultés en cas de séparation du couple. Dans ce cas, les enfants seraient confiés à la mère adoptive, titulaire de l'autorité parentale. Tout au plus, la mère naturelle pourrait conserver des relations avec ses enfants sur le fondement de l'article 371-4, alinéa 2 du Code civil¹³¹.

D'autres inconvénients concernent les conséquences patrimoniales. L'établissement d'un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant s'accompagne d'une vocation successorale réciproque. L'enfant a dans la famille de l'adoptant les droits successoraux d'un enfant légitime. A vrai dire, l'assimilation de l'adopté à un enfant légitime de l'adoptant n'est pas totale. L'adoption simple est sans effet pour les droits de mutation à titre gratuit. L'administration fiscale ne tient pas compte de la parenté adoptive et taxe l'enfant comme s'il avait été un étranger, c'est-à-dire au taux de 60%¹³². L'enfant adopté peut éventuellement bénéficier de l'une des exceptions de l'article 786 du Code général des impôts, tenant compte des années d'éducation dans le foyer¹³³.

L'adoption simple peut donc constituer une technique séduisante pour les homosexuels désirant adopter, car elle permet de créer un lien de filiation à l'égard d'un enfant. Lorsqu'une telle adoption n'est pas possible, les homosexuels peuvent recourir à d'autres procédés, exclusifs de toute idée de fabrication de liens de filiation. Il s'agit des modes mineurs de parentalité.

Section 2 : Les modes mineurs de parentalité

Nous avons vu que la fonction de parentalité n'est pas une notion juridiquement reconnue. Toutefois, notre droit connaît certains procédés permettant soit l'aménagement des liens affectifs existants avec l'enfant (§1), soit l'aménagement de l'autorité parentale afin de permettre à un adulte d'exercer des droits d'autorité parentale à l'égard de l'enfant (§2).

§ 1. L'aménagement de liens d'affection

¹³¹ Voir *infra*, p. 42.

¹³² Voir 786 du Code Général des Impôts

¹³³ Le régime sera le même que celui de l'adoption plénière si l'adoptant s'est occupé de l'adopté en lui procurant des soins pendant 5 années durant sa minorité ou pendant 10 ans durant sa minorité et sa majorité.

Il existe un procédé permettant de créer des liens affectifs avec un enfant : le parrainage (A). D'autres permettent la conservation de liens affectifs : il s'agit du droit de visite (B).

A. Le parrainage

Le parrainage est l'accueil bénévole, durable, à temps partiel et parfois à plein temps, par une famille, d'un enfant ou d'un adolescent privé de relations familiales suivies, afin de lui apporter un soutien affectif, moral, matériel, dans le cadre d'un projet éducatif établi par l'autorité responsable de l'enfant, respectant sa liberté et les droits de sa famille d'origine¹³⁴. Il consiste donc simplement à aider bénévolement, matériellement et parfois à accueillir épisodiquement un enfant.

Mais les homosexuels désirant consacrer des liens les unissant à un enfant, par exemple celui de leur partenaire, ne vont pas utiliser la technique du parrainage, car celle-ci n'a pas aujourd'hui de statut officiel. S'il s'agit de créer des liens avec un enfant qui leur est étranger, le parrainage est tout à fait envisageable, mais ne semblera probablement pas créer des liens assez forts avec l'enfant. En effet, contrairement à l'adoption, le parrainage ne crée pas de lien de filiation. Les homosexuels, désirant un enfant, ne vont donc pas se contenter du parrainage, qui n'entraîne aucun lien de droit entre le parrain et le filleul.

En l'occurrence, M. Fretté avait déjà parrainé deux enfants tibétains. Il s'est engagé à leur apporter une aide matérielle. Mais M. Fretté cherchait à créer des liens plus forts avec un enfant, d'où son désir d'adoption. Cette formule ne satisfait donc aucunement le désir d'enfant des homosexuels.

Le parrainage permet surtout de créer des liens d'affection avec un enfant. Mais lorsqu'un adulte a déjà créé de tels liens, il cherchera plutôt à les préserver. Pour cela, il pourra demander un droit de visite.

B. Le droit de visite

La loi du 4 mars 2002 n'a pas consacré juridiquement la notion de parentalité mais celle-ci y est inscrite en filigrane et le législateur a lancé des pistes dans cette direction.

¹³⁴ **Corpart I**, *L'adoption*, ASH, 2001, p. 57.

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. 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 ».

La rédaction antérieure était très restrictive. En effet, des « situations exceptionnelles » étaient requises et seul un simple « droit de correspondance ou de visite »¹³⁵ pouvait être accordé. Même si la jurisprudence a élargi le droit de correspondance et de visite au droit d'hébergement¹³⁶, 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 internet¹³⁷.

Ce texte constitue une des rares dispositions en faveur des familles recomposées, et il pourrait bénéficier au partenaire ou au concubin homosexuel du parent de l'enfant. En cas de séparation, celui-ci pourrait conserver des liens avec l'enfant.

Certains tribunaux ont déjà 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 2000¹³⁸, dans une espèce où deux femmes vivaient en concubinage depuis 1985 et désiraient des enfants. Un homme avait été choisi pour que l'une 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 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 du 4 mars 2002, devrait être dorénavant plus fréquent, dans la mesure où les conditions de l'article 371-4, alinéa 2 ont été assouplies.

Ces deux procédés, le parrainage et le droit de visite, ne font que créer ou préserver des liens d'affection. D'autres techniques, par le biais d'un aménagement de l'autorité parentale, permettent d'impliquer un tiers de manière beaucoup plus forte.

¹³⁵ Article 371-4, alinéa 2, ancien du Code civil.

¹³⁶ En ce sens, voir Civ. 1^{ère}, 5 mai 1986, Bull. Civ. I, n° 112, RTD Civ. 1986, 736, note Rubellin-Devichi.

¹³⁷ En ce sens, voir **Fulchiron H.**, *L'autorité parentale renouvelée*, Defrénois 2002, p. 985.

¹³⁸ RTD Civ. 2000, p. 313, obs. Hauser, D. 2000, IR p. 88.

§ 2. L'aménagement de l'autorité parentale

L'autorité parentale, qui est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant¹³⁹, peut être aménagée afin de permettre à un tiers de participer activement à l'exercice de cette autorité. La loi du 4 mars 2002¹⁴⁰ a notamment modifié l'esprit et le régime de la délégation d'autorité parentale (A). D'autres techniques, mises en place dans d'autres pays européens, méritent d'être évoquées. Il s'agit notamment de procédés permettant des aménagements de l'autorité parentale lors des recompositions familiales (B).

A. La délégation d'autorité parentale

La délégation de l'autorité parentale permet au juge de transférer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale à d'autres que le parent de l'enfant. Avant la loi du 4 mars 2002, 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. La loi du 4 mars 2002 a modifié l'esprit et les règles de la délégation d'autorité parentale. Désormais, la délégation 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 des règles de délégation visait avant tout le beau-parent et n'a donc pas été proposé en considération du couple homosexuel. Mais selon Mme Rubellin-Devichi, la délégation d'autorité parentale pourrait être utilisée en faveur du concubin ou du partenaire homosexuel du parent de l'enfant¹⁴¹.

Nous pouvons dès lors nous demander dans quelle mesure le partenaire homosexuel peut intervenir dans l'exercice de l'autorité parentale par le recours à la délégation d'autorité parentale, ce qui conduit à examiner les cas (1), puis les effets (2) de la délégation d'autorité parentale.

1. Les cas de délégation d'autorité parentale

¹³⁹ Article 371-1 du Code civil.

¹⁴⁰ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO du 5 mars 2002, p. 4161.

¹⁴¹ **Rubellin-Devichi J.**, sous T.G.I. Paris, 27 juin 2001, JCP G 2002, p. 19.

L'article 377 nouveau du Code civil envisage deux cas de délégation de l'autorité parentale : la délégation volontaire à la demande des parents (a), et la délégation prononcée à la demande d'un tiers (b).

a. La délégation volontaire

Selon 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 famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance ».

L'autorité parentale peut être déléguée partiellement ou totalement à un proche digne de confiance. Cette catégorie regroupe des personnes n'ayant aucun lien juridique avec l'enfant, mais étant proche de lui et digne de confiance. Cette catégorie pourrait donc correspondre au partenaire ou concubin homosexuel du parent de l'enfant. Dès lors, l'un des parents pourrait déléguer tout ou partie de l'autorité parentale à son partenaire « pacsé » ou à son concubin.

La requête en délégation doit être présentée par les parents « conjointement ou séparément » suivant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le consentement de chacun d'eux est nécessaire ; en cas d'exercice unilatéral, le consentement du parent qui exerce seul l'autorité parentale est seul exigé. La loi souligne le caractère tout à fait exceptionnel de la mesure par la formule « lorsque les circonstances l'exigent », tant il est vrai que l'exercice de l'autorité parentale est à la fois un droit et un devoir pour les parents. Une délégation d'autorité parentale peut notamment être sollicitée en cas de reconstitution familiale¹⁴² ou de séparation avec l'enfant. Lors de l'examen des conditions de la délégation volontaire, le juge vérifie si la délégation est conforme à l'intérêt de l'enfant.

b. La délégation prononcée à la demande d'un tiers

¹⁴² Voir hypothèse d'un couple hétérosexuel ayant un enfant qui se sépare, et l'un des parents s'engage dans une union homosexuelle.

Le droit antérieur prévoyait deux cas de délégation forcée : l'hypothèse du désintérêt des parents à l'égard de l'enfant depuis plus d'un an et celle du recueil de l'enfant sans l'intervention des père et mère, après déclaration de celui qui a recueilli l'enfant¹⁴³. La réforme du 4 mars 2002 les remplace par deux nouveaux cas. Le nouvel article 377, alinéa 2 du Code civil dispose qu' « en cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale ».

La demande en délégation forcée de l'autorité parentale peut être ouverte au partenaire homosexuel pris en tant que particulier. Tout d'abord, le partenaire peut demander au juge la délégation forcée s'il a recueilli l'enfant et que le parent de l'enfant s'en est manifestement désintéressé. Les textes nouveaux modifient doublement les conditions de cette délégation dans le sens d'un assouplissement. D'une part, il n'est plus fait référence à la remise de l'enfant mais à son recueil, et d'autre part l'exigence d'un désintérêt depuis plus d'un an est supprimée. Néanmoins, ce cas de délégation, qui implique une forme d'abandon de l'enfant par ses parents, n'est pas le plus propice à l'intervention du partenaire.

La demande en délégation forcée peut également être introduite si le parent est dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale. Il s'agit d'un cas nouveau de délégation, qui permet au partenaire de solliciter la délégation d'autorité parentale, par exemple en cas d'hospitalisation du parent de l'enfant.

Le domaine de la délégation d'autorité parentale au partenaire ou au concubin étant précisé, nous pouvons nous intéresser aux effets d'une telle délégation.

2. Les effets de la délégation de l'autorité parentale

La délégation a pour effet de transférer au délégataire tout ou partie de l'autorité parentale. Mais cette hypothèse n'interviendra probablement que dans des cas limités. Dès lors, une des innovations de la loi du 4 mars 2002 consiste à prévoir la possibilité d'un partage de l'exercice de l'autorité parentale entre le ou les délégants et le délégataire.

¹⁴³ Article 377-1 ancien du Code civil.

Il s'agit de voir quelles sont les conditions d'un tel exercice concurrent (a), avant d'en étudier le fonctionnement (b).

a. Les conditions du partage de l'autorité parentale

L'article 377-1, alinéa 2 du Code civil dispose que « le jugement de délégation peut prévoir, pour les besoins d'éducation de l'enfant, que les père et mère, ou l'un d'eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire ». La délégation ne suppose plus l'exclusion, même ponctuelle, des parents : il peut y avoir concurrence au sujet des mêmes prérogatives. La possibilité d'un exercice concurrent de l'autorité parentale reste subordonnée à l'accord des parents et à sa conformité aux besoins de l'éducation de l'enfant.

L'exercice concurrent de l'autorité parentale ne peut se faire sans l'accord du ou des parents qui exerçaient l'autorité parentale. En effet, aucun partage ne peut être imposé à un parent qui exerce ses droits : il s'agit notamment d'éviter que l'un d'entre eux ne délègue l'exercice de l'autorité parentale à son nouveau partenaire sans l'accord de l'ancien conjoint ou concubin. Ce partage ne doit donc pas être forcé.

De surcroît, la mesure doit correspondre « aux besoins d'éducation de l'enfant », qu'il revient au juge d'apprécier. Dans ce cadre, le juge pourra prononcer soit le partage de la totalité de l'exercice de l'autorité parentale, soit le partage d'une partie seulement, l'autre partie relevant de l'exercice exclusif du ou des parents.

b. Le fonctionnement du partage de l'autorité parentale

Le législateur a procédé par renvoi aux dispositions qui régissent l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents de l'enfant.

D'une part, dans les rapports avec les tiers, l'article 377-1, alinéa 2 du Code civil renvoie à l'article 372-2 : à l'égard des tiers de bonne foi, les actes usuels de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant qui ont été faits par le partenaire délégataire seront présumés l'avoir été avec l'accord des parents.

D'autre part, la multiplication des personnes exerçant l'autorité parentale risque de provoquer des conflits. Dans ce cas, le juge aux affaires familiales peut être saisi par les parents, le délégataire ou le ministère public, conformément à l'article 377-1, alinéa 3. L'article 373-2-11 est alors applicable : il précise de manière non exhaustive la liste des

éléments que le juge peut prendre en considération dans sa décision, tels que la pratique précédemment suivie ou les accords antérieurement conclus.

Aujourd'hui, l'exercice de l'autorité parentale peut être démultiplié, ce qui offre au partenaire une possibilité inédite de participer plus activement à l'éducation de l'enfant.

Une telle délégation d'autorité parentale aurait pu être envisagée dans l'espèce soumise au Tribunal de grande instance du 27 juin 2001¹⁴⁴. En effet, il aurait été judicieux de permettre à la mère de partager avec sa partenaire l'autorité parentale sur les enfants¹⁴⁵, ce qui éviterait les problèmes en cas de séparation du couple¹⁴⁶.

Plus largement, la délégation d'autorité parentale peut être utile concernant les couples homosexuels dont l'un des membres aurait adopté un enfant. Il serait intéressant de reconnaître à celui (concubin ou partenaire « pacsé ») qui élève l'enfant avec l'adoptant des droits en matière d'autorité parentale sur l'enfant. L'autorité parentale, par le biais de la délégation d'autorité parentale, pourrait alors être partagée entre l'adoptant et la personne qui partage sa vie et élève l'enfant.

La France n'est pas le seul pays à connaître un système de partage de l'autorité parentale. Des systèmes équivalents existent dans d'autres pays européens, notamment dans le cadre de recompositions familiales.

B. La prise en considération des recompositions familiales en Europe

Le système le plus avancé est celui mis en place en Angleterre. Le *Children Act* de 1989, entré en vigueur le 14 octobre 1991, prévoit la possibilité pour plusieurs personnes d'être investies de la responsabilité parentale¹⁴⁷. La responsabilité parentale peut être attribuée à un membre de la famille (par exemple, un oncle ou une tante), ou à une tierce personne, comme le nouveau conjoint de l'un des parents ou le nouveau partenaire de l'un d'eux. Dans ce cadre, le partenaire homosexuel pourrait demander une ordonnance de résidence au juge. Celui-ci rend l'ordonnance de résidence après avoir vérifié deux aspects : d'une part, que le partenaire ait vécu au moins deux ans avec l'enfant et qu'il s'en occupe concrètement et

¹⁴⁴ V. *supra*, p. 39.

¹⁴⁵ En ce sens, **Monéger F.**, sous T.G.I. Paris 27 juin 2001, R. D. sanit. et soc. 2002, p. 126.

¹⁴⁶ V. *supra*, p. 40.

quotidiennement¹⁴⁸, et d'autre part, que l'intérêt de l'enfant soit préservé. Cette ordonnance de résidence engendre des droits et des devoirs parentaux légalement reconnus jusqu'à la seizième année de l'enfant. Le parent biologique non gardien ne peut s'opposer à l'octroi d'une ordonnance de résidence, car ses droits et devoirs à l'égard de l'enfant ne sont pas mis en cause. En effet, chacun des parents conserve la responsabilité parentale et toutes les personnes qui en sont investies peuvent prendre des décisions courantes. En revanche, une décision grave implique le consentement de toutes les personnes investies de la responsabilité parentale.

D'autres législations, plus timides, prennent en considération les recompositions familiales. Nous citerons l'exemple des Pays-Bas et de l'Allemagne, pays permettant d'associer le partenaire homosexuel.

Aux Pays-Bas, lorsqu'un seul des père et mère exerce l'autorité parentale et fonde un nouveau couple, les deux membres de ce nouveau couple peuvent demander au Tribunal d'instance d'exercer ensemble, non pas l'autorité parentale, mais *l'autorité commune*. Pour ce, certaines conditions doivent être remplies. Tout d'abord, il faut que celui des père et mère qui le demande exerce seul l'autorité parentale depuis au moins trois ans. D'autre part, son nouveau conjoint, concubin ou partenaire enregistré, doit entretenir avec l'enfant des relations personnelles étroites. Le nouveau couple doit également s'être occupé ensemble de l'enfant depuis au moins un an. De plus, si l'enfant a plus de douze ans, il doit être entendu par le tribunal qui vérifie que l'intérêt de l'enfant est préservé et que cela ne perturbera pas ses relations avec le deuxième parent par le sang.

La loi néerlandaise vise ici seulement des hypothèses où un seul des père et mère exerce l'autorité parentale, ce qui également le cas en Allemagne.

En Allemagne, une loi du 16 février 2001 permet au père ou à la mère ayant l'exercice exclusif de l'autorité parentale et vivant en partenariat enregistré avec une personne de même sexe, d'associer son partenaire à la responsabilité parentale. Dans ce cadre, le partenaire peut

¹⁴⁷ En Angleterre, on ne parle pas d'autorité parentale, mais de responsabilité parentale, afin de mettre l'accent sur la responsabilité des père et mère. La responsabilité parentale vise « tous les droits, devoirs, responsabilités et l'autorité que le droit reconnaît à un parent, à l'égard d'un enfant et de ses biens ».

¹⁴⁸ En ce sens, **Martial A.**, *L'adoption de l'enfant du conjoint. Filiation et beau-parenté dans les familles recomposées*, in **Fine A.** et **Neirinck Cl.** (sous la direction de), *Parents de sang, parents adoptifs*, LGDJ, 2000, p. 194.

en accord avec le parent par le sang ou même seul, en cas d'urgence, prendre les mesures nécessaires à la protection du mineur.

Nous avons constaté que parmi les homosexuels, certains désirent avoir des enfants à tout prix. Mais il apparaît que les moyens légaux à leur disposition sont restreints.

En effet, l'adoption plénière, bien que légalement possible, est une institution impraticable pour les homosexuels dans la mesure où l'agrément leur est quasi-systématiquement refusé. Et l'arrêt Fretté, qui affirme que le droit français satisfait aux exigences européennes, ne va probablement pas les inciter à demander l'agrément. L'adoption simple, quant à elle, paraît être une institution favorable aux homosexuels. Son accès est facilité et ses effets sont moins radicaux que ceux de l'adoption plénière. L'enfant garde sa filiation d'origine ; ainsi, même élevé par un homosexuel, l'image de l'altérité sexuelle sera présente. Mais cette institution n'est pas sans inconvénients. Restent les modes mineurs de parentalité. Il apparaît que ceux-ci ont des effets vraiment très réduits. Ils ne créent pas de liens de filiation, mais permettent uniquement la création de liens affectifs ou l'aménagement de l'autorité parentale.

Il s'ensuit que les procédés proposés aux homosexuels sont soit difficilement accessibles, soit limités dans leurs effets. Il reste alors à craindre que certaines techniques, telles l'assistance médicale à la procréation ou le recours aux mères porteuses se développent illégalement en France, ou même que l'on assiste à une recrudescence du tourisme procréatif. Une telle situation serait regrettable. Or, la seule solution pour l'éviter serait une intervention du législateur en faveur de l'adoption par des homosexuels...

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

BENABENT (A.), *Droit civil, La Famille*, 10^{ème} éd., Litec, 2001.

COLOMBET (Cl.), *La Famille*, 6^{ème} éd., PUF, 1999.

CORNU (G.), *Droit Civil, La Famille*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2001.

COURBE (P.), *Droit de la Famille*, 2^{ème} éd., Armand Colin, 2001.

HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), *Traité de droit civil. La Famille, Fondation et vie de la famille*, Volume 1, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1993.

LEVENEUR (L.), *La Famille*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 1999.

MALAUURIE (Ph.), *Droit civil. La Famille*, 6^{ème} éd., Cujas, 1998/1999.

RUBELLIN-DEVICHI (J.) (sous la direction de), *Droit de la famille*, 3^{ème} éd., coll. Dalloz Action, 2001/2002.

TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit Civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 1996.

II. OUVRAGES SPECIAUX

BORILLO (D.), *Homosexualité et droit*, PUF, 1998.

BOULANGER (F.), *Enjeux et défis de l'Adoption. Etude comparative et internationale*, Economica, 2001.

CHARRIER (J.-L.), *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Litec, 2001.

CORPART (I.), *L'adoption*, ASH, 2001.

DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) et PETTITI (L.-E.) (sous la direction de), *La Convention Européenne, commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, 1999.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (sous la direction de), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adopté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, 1999.

FINE (A.) et NEIRINCK (Cl.) (sous la direction de), *Parents de sang, parents adoptifs, approche juridique et anthropologique de l'adoption*, Collection Droit et Société, LGDJ, 2000.

GROSS (M.), *Homoparentalité, Etat des lieux*, éd. ESF, 2000.

GROSS (M.), *L'homoparentalité*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.

LEROY-FORGEOT (F.), *Les enfants du PACS, réalités de l'homoparentalité*, éd. de l'Atelier de l'Archer, 1999.

LEROY-FORGEOT (F.), *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, PUF, 1997.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour EDH, Connaissance du droit*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2002.

MARTINETTI (F.), *Les Droits de l'enfant*, coll. Libro, 2002.

MECARY (C.), *Droit et Homosexualité*, Etats de droits, Dalloz, 2000.

MECARY (C.), DE LA PRADELLE (G.), *Les droits des homosexuel/les*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2003.

NADAUD (S.), *Homoparentalité, une nouvelle chance pour la famille ?*, Fayard 2002.

NEIRINCK (Cl.), *Filiation adoptive*, J. Cl. Droit de l'enfant, Fasc. 430.

VASSEUR-LAMBRY (F.), *La Famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000.

SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} éd., 2001.

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

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

AUTEM (D.), *La nouvelle physionomie de la délégation d'autorité parentale*, RJPF, n° 1, janvier 2003, p. 6.

BOULANGER (F.), *La toile de Pénélope ou le dernier visage de l'adoption après la loi du 22 décembre 1976*, JCP 1977, I, 2845.

CALAIS-AULOY (M.-T.), *Pour une définition claire de l'institution familiale*, Petites Affiches, 24 mars 2000, n°60, p. 4-5.

CORPART (I.), *L'enfant sans filiation*, Petites Affiches, 3 mai 1995, p. 100.

DE BENALCAZAR (I.), *L'homoparentalité*, Gaz. Pal. 2000, 2, doct. 2215.

DEBET (A.), *La CEDH, les homosexuels et l'adoption*, Droit de la famille 2002, chron. 19.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Pacs et famille, Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé*, RTD Civ. 2001, p. 539.
- DREIFUSS-NETTER (F.), *Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?*, D. 1998, I, p. 100.
- FLAUSS-DIEM (J.), *Couples de même sexe et famille. Version anglaise.*, Droit de la Famille 2000, chron. 24.
- FULCHIRON (H.), *L'autorité parentale rénovée*, Defrénois 2002, p.959.
- FULCHIRON (H.), *La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas*, JCP 2001, Act. n° 21-22, p. 1033.
- FULCHIRON (H.), *Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)*, D. 2001, n°21, p. 1628.
- GOUTTENOIRE-CORNUT (A.) et MURAT (P.), *L'intervention d'un tiers dans la vie de l'enfant*, Droit de la Famille, janvier 2003, p. 4.
- GRANET (F.), *Convergences et divergences des droits européens de la famille*, Droit de la Famille, 2000, n°12 bis, p. 6.
- LAMBERT (P.), *Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ?*, RTDH 1998, p. 497.
- LAMBOLEY (A.), *L'enfant à tout prix*, Mélanges C. Mouly, Litec 1998, p. 313.
- LEMOULAND (J.-J.), *Le tourisme procréatif*, Petites Affiches, 28 mars 2001, n° 62, p. 24.
- MARCEAU (A.), *L'agrément à l'adoption peut-il être délivré à un homosexuel ?*, RFDA 2001, p. 1291.
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.), *Vie privée, vie familiale et droits de l'Homme*, RIDC 1992, p. 781.
- MONÉGER (F.), *L'adoption internationale et les concubins*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002.
- MOUTOUH (H.), *La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme*, D. 1998, chron. p. 369.
- MULON-MONTERAN (E.), *La nouvelle autorité parentale*, RJPF, n°4, avril 2002, p. 6.
- MURAT (P.), *Vers la famille homosexuelle par adoption ?* Droit de la famille 2000, chron. n° 8.
- MURAT (P.), *Couple, filiation, parenté*, Des concubinages, Droit interne, Droit international, Droit comparé, Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Litec, 2002.

MURAT (P.), *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.

NEIRINCK (Cl.), *Homoparentalité et adoption*, Mélanges Catala, Litec 2001, p. 353.

NEIRINCK (Cl.), *Les filiations électives à l'épreuve du droit*, JCP G 1997, I, 4067.

POIROT-MAZERES (I.), *À propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels*, AJDA mai 2002, p. 401.

RIHAL (H.), *L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du CE concernant les agréments en matière d'adoption*, RD sanit. et soc. 1997, p. 503.

RINGEL (F.), *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. 1049.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Faut-il réformer l'adoption ?*, Dr. Famille, hors série décembre 2000, Perspectives de réformes en droit de la famille, p. 47.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, Journal du droit des jeunes, novembre 1996, p. 6.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), *La phase administrative de l'adoption : l'agrément délivré par les services de l'aide sociale à l'enfance*, RFDA, 1992, p. 896.

RUBELLIN-DEVICHI (J.), *Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996*, JCP 1996, I, n° 3979, p. 454.

SPIRY (E.), *Homosexualité et droit international des droits de l'homme : Vers une nouvelle donne en Europe ?*, RTDH 1996, p. 45.

IV. PRINCIPALES DECISIONS CITEES

Cour EDH, 23 juillet 1968, Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique contre Belgique, série A, n° 6.

Comm. EDH, déc.10 juillet 1975, Affaire X c/ Belgique et Pays-Bas, D.R. 7, p. 75.

Cour EDH, 13 juin 1979, Affaire Paula Marckx contre Belgique, série A n° 31.

Cour EDH, 22 décembre 1981, Affaire Dudgeon contre Irlande, série A n° 45.

Cour EDH, 28 novembre 1984, Affaire Rasmussen, série A n° 87.

Cour EDH, 28 mai 1985, Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali, série A n° 94.

Civ. 1^{ère}, 5 mai 1986 : Bull. Civ. I, n° 112, RTD Civ. 1986, 736, note Rubellin-Devichi.

Cour EDH, 17 octobre 1986, Affaire Rees contre Royaume-Uni, série A n° 106.

Cour EDH, 26 octobre 1988, Affaire Norris contre Irlande, série A n° 142

Cour EDH, 27 septembre 1990, Affaire Cossey contre Royaume-Uni, série A n° 184.

Cour EDH, 16 décembre 1992, Affaire Niemietz contre Allemagne, série A n° 251-B.

Cour EDH, 22 avril 1993, Affaire Modinos contre Chypre, série A n° 259.

Cour EDH, 18 août 1994, Affaire Karlheinz Schmidt contre Allemagne, série A n° 291-B.

TA Paris, 25 janvier 1995 : D. 1995, jur. p. 647, note Boulanger, Petites Affiches 30 juin 1995, n° 78, p.20, note Plouvin.

Cour EDH, 7 août 1996, Affaire Johansen contre Norvège : Recueil 1996-III, RTD Civ. 97, p. 541.

CE 9 octobre 1996 :

- D. 1997, jur. p. 117, note Malaurie.
- JCP 1997, II, 22766, concl. Maugüé.
- RTD Civ. 1997, p. 408, obs. Hauser.
- Dr. Famille, janvier 1997, p. 12, note Murat.

Cour EDH, 21 février 1997, Affaire Van Raalte contre Pays-Bas, Recueil 97-I.

Comm. EDH, déc.10 juillet 1997, Affaire Dallila Di Lazzaro contre Italie, D.R. 90, p. 134.

Cour EDH, 27 septembre 1997, Affaire Smith et Grady contre Royaume-Uni, Recueil 1999-IV.

Cour EDH, 27 mars 1998, Affaire Petrovic contre Autriche, Recueil 98-II.

CAA Lyon, 7 juillet 1999 : AJDA 99, JP p. 1033.

Cour EDH, 21 décembre 1999, Affaire Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal :

- Recueil 1999-IX.
- Droit de la Famille 2000, com. n°45, note Gouttenoire-Cornut.
- JCP G. 2000, I, 203, Sudre.
- L'Europe des libertés, n°1, janvier 2000, p. 7.

TGI Bressuire, 6 janvier 2000 :

- RTD Civ. 2000, p. 313, obs. Hauser,
- D. 2000, I.R. p. 88.

TA Besançon, 24 février 2000 : R. D. sanit. soc. 2000, 434, note Monéger.

CAA Nancy, 21 décembre 2000 :

- D. 2001, I.R. 283.
- D. 2001, 1575, note Piastra.
- RTD Civ. 2001, p. 346, obs. Hauser.

Cour EDH, 26 février 2002, Affaire Fretté contre France :

- Recueil 2002-III.
- Petites Affiches 10 juillet 2002, n° 137, note Vasseur-Lambry et Carius.
- RJPF, n°4, avril 2002, obs. Le Boursicot.
- JCP G 2002, II, 10074, note Gouttenoire-Cornut et Sudre.
- AJ Famille n° 4/2002, p. 142.
- JCP G 2002, I, 165, p. 1617.
- D. 2002, IR, p. 935.
- RTD Civ. 2002, p. 280, note Hauser.
- RTD Civ. 2002, p. 389, note Marguénaud et Raynard.
- AJDA 2002, p. 500, note Flauss.
- Europe, 1^{er} mai 2002, n° 5, p. 29, note Deffains.
- Journal des tribunaux Droit Européen, 1^{er} juin 2002, n° 90, p. 156.

CE 5 juin 2002 :

- AJDA, 2002, p. 615, ccl. Mme Fombeur.
- JCP G 2002, act. 292.

TGI Paris 27 juin 2001 :

- R. D. sanit. et soc. 2002, p. 121, Monéger.
- RTD Civ. 2002, p. 84, obs. Hauser.
- Droit de la famille 2001, 116, note Murat.
- JCP G 2002, p. 19, note Rubellin-Devichi.

Cour EDH, 11 juillet 2002, Affaire Christine Goodwin et I. contre Royaume-Uni, Recueil 2002-V

V. Sites Internet

www.echr.coe.int pour la Cour européenne des droits de l'homme

www.ciecl.org pour la Commission internationale de l'état civil

www-cdpf.u-strasbg.fr pour le Centre de droit privé fondamental de Strasbourg

