*INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION ET DROIT AU RESPECT DE
LA VIE FAMILIALE (Art. 14 et 8 CEDH)*

**Audience publique dans l'affaire *Gas et Dubois c.
France* – Adoption simple d'un enfant au sein d'un
couple de même sexe**

INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION ET DROIT AU RESPECT DE LA VIE
FAMILIALE (Art. 14 et 8 CEDH)

Nicolas Hervieu

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6085>

DOI : 10.4000/revdh.6085

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas Hervieu, « Audience publique dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* – Adoption simple d'un enfant au sein d'un couple de même sexe », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 12 avril 2011, consulté le 16 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6085> ; DOI : 10.4000/revdh.6085

Ce document a été généré automatiquement le 16 mai 2019.

Tous droits réservés

INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION ET DROIT AU RESPECT DE
LA VIE FAMILIALE (Art. 14 et 8 CEDH)

Audience publique dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* – Adoption simple d'un enfant au sein d'un couple de même sexe

INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION ET DROIT AU RESPECT DE LA VIE
FAMILIALE (Art. 14 et 8 CEDH)

Nicolas Hervieu

- 1 La Cinquième Section de la Cour européenne des droits de l'homme a tenu le 12 avril 2011 une audience publique dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, relative à une question pour le moins débattue : **l'adoption simple d'un enfant au sein d'un couple de même sexe** (pour une présentation de la décision de recevabilité, v. Cour EDH, Dec. 5e Sect. 31 août 2010, *Valérie Gas et Nathalie Dubois*, Req. n° 25951/07 – ADL du 16 septembre 2010). **Pour mémoire**, rappelons que les requérantes sont un couple de femmes dont l'une d'entre elles a donné naissance, en France et 2000, à un enfant conçu en Belgique par procréation médicalement assisté (PMA) avec donneur anonyme (sur la PMA, v. Cour EDH, 1e Sect. 1er avril 2010, *S. H. et autres c. Autriche*, Req. n° 57813/00 – ADL du 2 avril 2010 – renvoyée en Grande Chambre). Selon le droit français, cet enfant ne dispose de liens juridiques de filiation qu'à l'égard de sa mère biologique et non vis-à-vis de la compagne de celle-ci – devenue sa partenaire après la conclusion d'un PACS en 2002 –, même s'il a été élevé depuis sa naissance conjointement par les deux femmes. Afin que ces liens de faits soient reconnus juridiquement, une procédure d'adoption simple de l'enfant par la « *partenaire* » de sa mère fut initiée avec l'accord de cette dernière. Les juridictions françaises, saisies après l'opposition du procureur, rejetèrent cette demande en indiquant que l'adoption simple priverait la mère biologique de l'autorité parentale sur l'enfant et ce, même si le couple indique qu'il sera procédé ensuite à une délégation de l'autorité parentale, cette fois de l'adoptante vers la mère biologique. Le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt

d'appel rendu dans cette affaire fut abandonné par les intéressées, la Cour de cassation ayant, au même moment et à propos d'une affaire similaire, refusé de faire droit à cette demande d'adoption simple – Cass. Civ. 1ere, 20 février 2007, N° de pourvoi: 04-15676 et 06-15647).

- 2 Outre le fait que cette audience publique soit retransmise par vidéo (ce qui assez rare pour un examen en Chambre), le nombre conséquent des tiers intervenants admis par la Cour (Art. 36) témoigne, une fois encore, de l'importance de cette affaire (« *La Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH)*, la *Commission internationale des Juristes (ICJ)*, l'*European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe)*, la *British Association for Adoption and Fostering (BAAF)* et le *Network of European LGBT Families Associations (NELFA)* » – pour d'autres exemples récents, v. Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, *A. B. C. c. Irlande*, Req. n° 25579/05 – ADL du 17 décembre 2010 ; Cour EDH, G.C. 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*, Req. n° 30814/06 – ADL du 20 mars 2011). Il est cependant remarquable que ces diverses organisations interviennent toutes – et conjointement (v. à 1h02' et s. de la vidéo) – au soutien des prétentions des requérantes qui **allèguent d'une violation par la France de l'article 14 combiné à l'article 8 (interdiction de la discrimination dans la jouissance du droit à une vie familiale normale)**.
- 3 La sensibilité évidente de la question au cœur du contentieux – **le refus d'adoption emporte-t-il une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la jouissance de droit à une vie familiale normale du couple et de l'enfant ?** – est encore accrue par son actualité brûlante. En effet, la solution de la Cour européenne sera rendue quelques mois après l'examen, en France, de la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil. Ce texte, tel qu'interprété par la Cour de Cassation (dont une délégation se trouvait d'ailleurs à Strasbourg lors de l'audience publique), confère aux couples mariés le droit au partage de l'autorité parentale après adoption de l'enfant du conjoint. *A contrario*, il interdit l'adoption de l'enfant mineur par le partenaire ou le concubin de sa mère ou de son père. Puisque les couples de même sexe ne peuvent accéder au mariage (sur l'absence d'un droit constitutionnel au mariage pour les couples de même sexe, v. Conseil constitutionnel, Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* – ADL du 28 janvier 2011), **cette possibilité d'adoption simple n'est donc finalement réservée qu'aux seuls couples hétérosexuels**. Dans une décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel français a admis la constitutionnalité de cette interprétation judiciaire (Cons. Constit. Déc. n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B* – ADL du 10 octobre 2010 – v. 41' de la vidéo). Ce faisant, les juges de la rue de Montpensier ont explicitement renvoyé la balle au législateur français. Or, sur un sujet distinct mais connexe, ce dernier a récemment esquissé quelques importantes évolutions lors de l'examen du projet de loi relatif à la bioéthique (v. ADL du 21 octobre 2010 – le dossier législatif sur le site de l'Assemblée Nationale et sur le site du Sénat). En première lecture et contre l'avis du gouvernement ainsi que de la Commission des affaires sociales, les sénateurs ont adopté un amendement qui **ouvre la procréation médicalement assistée (PMA) aux couples, même non mariés** (v. l'article 20.2° de « *la petite loi* » adoptée le 8 avril 2011). Si cette évolution survit aux différents épisodes de la navette parlementaire, la PMA sera alors accessible aux couples de femmes, opportunité qui aurait d'ailleurs épargnée aux requérantes nombre des difficultés qui sont à l'origine du contentieux porté à Strasbourg.
- 4 Mais on rappellera (v. ADL du 16 septembre 2010) qu'une condamnation de la France exige de la Cour qu'elle approfondisse sa jurisprudence passée car elle ne pourra, dans

cette affaire, se limiter à reconnaître une discrimination fondée **directement** sur l'orientation sexuelle (Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, Req. n° 43546/02 – ADL du 22 janvier 2008 : droit des célibataires homosexuels d'adopter un enfant sans discrimination par rapport aux célibataires hétérosexuels). Il faudra que les juges européens aillent jusqu'à admettre une **discrimination indirecte** entre, d'une part, les droits **potentiels** d'un couple hétérosexuel (ici le droit à l'adoption simple avec partage subséquent de l'autorité parentale), qui peut se marier afin de les obtenir, et, d'autre part, les droits d'un couple homosexuel qui, lui et selon la législation française, ne peut absolument pas y accéder du fait de son orientation sexuelle. Cette dernière hypothèse semble toutefois moins aisée depuis que la Cour a nettement confirmé son refus de consacrer, à l'heure actuelle, un droit conventionnel au mariage pour les couples de même sexe (Cour EDH, 1e Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010 – v. en ce sens la remarque de la représentante du gouvernement français – 51' de la vidéo).

- 5 Les juges du Palais des Droits de l'Homme peuvent néanmoins choisir d'emprunter une autre voie que celle mise en exergue par les requérantes. Plutôt que de se placer sur le terrain de **la différence de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels** – différence fondée sur l'orientation sexuelle –, ils peuvent en effet opter pour celui de **la différence de traitement entre couples mariés et couples non-mariés** – indépendamment de l'orientation sexuelle de ces couples. Certes, sous cet angle, le grief de discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale ne pourra prospérer que s'il franchit les deux mêmes étapes. **Premièrement**, les deux catégories de couple (mariés et non mariés) devront apparaître comme placées dans une situation identique. **Deuxièmement**, la différence de traitement entre ces deux catégories de couple (le droit ou non de réaliser l'adoption simple) devra ensuite être considérée comme injustifiée. Or, si l'on se place du point de vue de l'intérêt en cause (l'éducation d'un enfant et l'établissement, pour ce faire, de liens juridiques à l'égard des deux membres du couple), non seulement ces couples semblent bien être dans une même situation (en ce sens et *mutatis mutandis*, v. le récent refus de la Cour d'admettre comme pertinente une différence dans le régime d'exercice des droits parentaux selon que l'enfant, objet de ces droits, est né ou non dans le cadre du mariage – Cour EDH, 5e Sect. 3 décembre 2009, *Zaunegger c. Allemagne*, Req. n° 22028/04 – ADL du 5 décembre 2010). Mais au surplus, la limitation aux seuls couples mariés du droit au partage de l'autorité parentale après adoption simple semble difficilement justifiée à l'aune de l'objectif de protection et d'éducation de l'enfant (à ce propos, v. la question posée par le juge Villiger à 1h16' de la vidéo ; v. également la moindre intensité de l'objectif de « *protection de la famille au sens traditionnel* », v. Cour EDH, 4e Section, 2 mars 2010, *Kozak c. Pologne*, Req. n° 13102/02 – ADL du 3 mars 2010). Dans ce contexte, admettre l'argumentation du gouvernement français (qui avance que « *le législateur français a décidé tant pour l'adoption simple que l'adoption plénière, de n'autoriser l'adoption par le conjoint du parent que si le couple est marié. Cette position est justifiée par le fait que l'adoption est conçue dans le seul intérêt de l'enfant et dans un but de protection de ce dernier. Et le législateur a estimé que le mariage était le cadre le plus protecteur de l'enfant* » – v. au 47' de la vidéo), reviendrait à hiérarchiser implicitement les structures familiales. Certes, la Cour a accepté que les États puissent légitimement conférer un statut spécifique aux conjoints, parce qu'engagés dans les liens du mariage (Cour EDH, G.C. 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, Req. n° 13378/05, § 63 : « *une institution largement reconnue comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y*

engagent » – ADL du 3 mai 2008 ; Cour EDH, G.C. 2 novembre 2010, *Şerife c. Turquie*, Req. n° 3976/05 – ADL du 3 novembre 2010). Mais ce serait une toute autre démarche que de juger le cadre marital comme supérieur aux autres formes de structures familiales équivalentes (couples en concubinage ou en partenariat civil) en ce qui concerne l'éducation des enfants.

- 6 Se risquer à établir un pronostic sur le sens de la décision qui sera finalement adoptée par les juges européens serait bien sûr aussi aventureux et qu'imprudent. En insistant sur la sensibilité de la question et une éventuelle absence de consensus européen (pour une telle analyse au sujet d'une autre question familiale, v. Cour EDH, 5e Sect. 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, Req. no 3465/03, § 46 et 47 – ADL du 26 décembre 2010 : « *les choix du législateur national entre telle et telle solution sont délicats à opérer et qu'ils peuvent être influencés par des considérations d'ordre différent – moral, éthique, social ou religieux* » ; « *l'absence d'une approche commune* »), la Cour pourrait d'ailleurs persister dans une voie qu'elle a fréquemment empruntée ces derniers temps face à des enjeux de société : **la reconnaissance d'une grande liberté d'appréciation au profit des États** (v. notamment Cour EDH, G.C. 18 mars 2011, *Lautsi c. Italie*, Req. n° 30814/06 – ADL du 20 mars 2011). En tout état de cause et à n'en pas douter, l'issue de l'affaire *Gas et Dubois c. France* ne manquera pas d'illustrer à nouveau une dialectique strasbourgeoise récurrente, si ce n'est constante : entre audace et prudence.
- 7 **Retransmission vidéo de l'audience publique du 12 avril 2011 dans l'affaire *Valérie Gas et Nathalie Dubois* (Cour EDH, 5e Sect. Req. n° 25951/07) – Communiqué de presse**

AUTEUR

NICOLAS HERVIEU

Nicolas Hervieu est un juriste français en droit public, spécialiste de la Cour européenne des droits de l'homme