



DIRECTION DES
RESSOURCES HUMAINES
ET DE LA FORMATION

**CONCOURS D'ADMINISTRATEUR DU SÉNAT
2018-2019**

Épreuve d'admissibilité

**ÉPREUVE SUR DOSSIER À OPTION :
DROIT CIVIL**

Rédaction, à partir d'un dossier, d'une note destinée à vérifier l'aptitude du candidat à faire l'analyse et la synthèse d'un problème de droit civil et à apprécier concrètement les connaissances acquises

(durée 4 heures – coefficient 4)

ÉNONCÉ

Vous êtes administrateur / administratrice affecté(e) au secrétariat d'une mission d'information sénatoriale sur la parentalité au sein des couples de même sexe.

En vous appuyant sur les documents du dossier, dans une note manuscrite de 6 pages environ, vous répondrez aux questions du rapporteur.

1. Le rapporteur vous demande tout d'abord d'exposer les évolutions introduites en la matière par la loi du 17 mai 2013 et les situations auxquelles ces évolutions ont entendu répondre.
2. Lors d'une audition de la mission d'information, la situation des concubins de même sexe a été évoquée. Le rapporteur vous interroge sur les voies juridiques qui leur sont offertes pour faire reconnaître la filiation vis-à-vis d'eux des enfants qu'ils élèvent ensemble ou organiser, y compris dans le cas d'une rupture, l'exercice de l'autorité parentale.
3. Dans la perspective de la rédaction des propositions de la mission d'information, le rapporteur vous demande de lui préciser la marge d'appréciation dont dispose le législateur, compte tenu des exigences constitutionnelles et conventionnelles pour modifier les règles de l'adoption s'agissant des couples de même sexe.
4. Compte tenu du débat en cours sur l'ouverture de l'assistance médicale à la procréation aux couples de même sexe, le rapporteur vous demande d'évaluer les différentes voies juridiques selon lesquelles, dans cette perspective, le lien de filiation pourrait être établi.

LISTE DES DOCUMENTS FOURNIS

Document 1	Code civil : Titre préliminaire - De la publication, des effets et de l'application des lois en général (<i>extrait</i>)	Page 7
Document 2	Code civil : Livre I ^{er} - Titre VII - De la filiation (<i>extraits</i>)	Page 9
Document 3	Code civil : Livre I ^{er} - Titre VIII – De la filiation adoptive	Page 11
Document 4	Code civil : Livre I ^{er} - Titre IX - De l'autorité parentale (<i>extraits</i>)	Page 25
Document 5	Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (<i>extraits</i>)	Page 29
Document 6	Conseil constitutionnel, décision n° 2013-669 DC, 17 mai 2013	Page 31
Document 7	Cour européenne des droits de l'homme, arrêt n° 19010/07, affaire X et autres c. Autriche, 19 février 2013	Page 39
Document 8	Cour de cassation, première chambre civile, arrêt n° 17-11.069, 28 février 2018	Page 103
Document 9	Cour de cassation, première chambre civile, arrêt n° 16-24.084, 13 juillet 2017	Page 105
Document 10	Cour de cassation, première chambre civile, avis n° 15003, 7 mars 2018	Page 107
Document 11	Cour de cassation, avis n° 15011, 22 septembre 2014	Page 109
Document 12	Cour de cassation, première chambre civile, arrêt n° 09-12.623, 8 juillet 2010	Page 111
Document 13	Cour de cassation, première chambre civile, arrêt n° 09-16.527, 12 janvier 2011	Page 113
Document 14	Rapport n° 437 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe par M. Jean-Pierre Michel, sénateur (<i>extraits</i>)	Page 115
Document 15	<i>Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?</i> , Conseil d'État, étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018 (<i>extrait</i>)	Page 129

DOCUMENT 1

**Code civil : Titre préliminaire - De la publication, des effets et de l'application
des lois en général (*extrait*)**

(...)

Article 6-1

Créé par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 13

Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe.

CHAPITRE I^{ER} : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

(...)

Section 3 : De l'assistance médicale à la procréation

Article 311-19

En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

Article 311-20

Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance.

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

En outre, sa paternité est judiciairement déclarée. L'action obéit aux dispositions des articles 328 et 331.

(...)

CHAPITRE I^{ER} : DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Section 1 : Des conditions requises pour l'adoption plénière

Article 343

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 1 JORF 6 juillet 1996

L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.

Article 343-1

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 2 JORF 6 juillet 1996

L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans.

Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, le consentement de son conjoint est nécessaire à moins que ce conjoint ne soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Article 343-2

Créé par Loi 76-1179 1976-12-22 art. 3 JORF 23 décembre 1976

La condition d'âge prévue à l'article précédent n'est pas exigée en cas d'adoption de l'enfant du conjoint.

Article 344

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Modifié par Loi 76-1179 1976-12-22 art. 4 JORF 23 décembre 1976

Les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que les enfants qu'ils se proposent d'adopter. Si ces derniers sont les enfants de leur conjoint, la différence d'âge exigée n'est que de dix ans.

Toutefois, le tribunal peut, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption lorsque la différence d'âge est inférieure à celles que prévoit l'alinéa précédent.

Article 345

Modifié par LOI n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 - art. 28

L'adoption n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans, accueillis au foyer du ou des adoptants depuis au moins six mois.

Toutefois, si l'enfant a plus de quinze ans et a été accueilli avant d'avoir atteint cet âge par des personnes qui ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter ou s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint cet âge, l'adoption plénière pourra être demandée, si les conditions en sont remplies, pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité.

S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière. Ce consentement est donné selon les formes prévues au premier alinéa de l'article 348-3. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption.

Article 345-1

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 7

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;

1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ;

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

Article 346

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le
1^{er} novembre 1966

Modifié par Loi 76-1179 1976-12-22 art. 7 JORF 23 décembre 1976

Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux.

Toutefois, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.

Article 347

Modifié par LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 40

Peuvent être adoptés :

- 1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;
- 2° Les pupilles de l'Etat ;
- 3° Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2.

Article 348

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption.

Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit.

Article 348-1

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Lorsque la filiation d'un enfant n'est établie qu'à l'égard d'un de ses auteurs, celui-ci donne le consentement à l'adoption.

Article 348-2

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, en fait, prend soin de l'enfant.

Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie.

Article 348-3

Modifié par LOI n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 - art. 28

Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis.

Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant deux mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation.

Si à l'expiration du délai de deux mois, le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption.

Article 348-4

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 6 JORF 6 juillet 1996

Lorsque les père et mère ou le conseil de famille consentent à l'adoption de l'enfant en le remettant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption, le choix de l'adoptant est laissé au tuteur avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'Etat ou du conseil de famille de la tutelle organisée à l'initiative de l'organisme autorisé pour l'adoption.

Article 348-5

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 7 JORF 6 juillet 1996

Sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption.

Article 348-6

Modifié par Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1^{er} juillet 2006

Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité.

Il en est de même en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille.

Article 349

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Pour les pupilles de l'Etat dont les parents n'ont pas consenti à l'adoption, le consentement est donné par le conseil de famille de ces pupilles.

Section 2 : Du placement en vue de l'adoption plénière et du jugement d'adoption plénière

Article 351

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 9 JORF 6 juillet 1996

Le placement en vue de l'adoption est réalisé par la remise effective aux futurs adoptants d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire.

Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, il ne peut y avoir de placement en vue de l'adoption pendant un délai de deux mois à compter du recueil de l'enfant.

Le placement ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant tant qu'il n'a pas été statué sur le bien-fondé de cette demande à la requête de la partie la plus diligente.

Article 352

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Le placement en vue de l'adoption met obstacle à toute restitution de l'enfant à sa famille d'origine. Il fait échec à toute déclaration de filiation et à toute reconnaissance.

Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets de ce placement sont rétroactivement résolus.

Article 353

Modifié par LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 35

L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le tribunal à cet effet. Il doit être entendu selon des modalités adaptées à son âge et à son degré de maturité. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Le mineur peut être entendu seul ou avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne

Dans le cas où l'adoptant a des descendants le tribunal vérifie en outre si l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale.

Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant.

Si l'enfant décède après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption, la requête peut toutefois être présentée. Le jugement produit effet le jour précédant le décès et emporte uniquement modification de l'état civil de l'enfant.

Le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé.

Article 353-1

Créé par Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 - art. 15 JORF 23 janvier 2002

Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés.

Si l'agrément a été refusé ou s'il n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt.

Article 353-2

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 9

La tierce opposition à l'encontre du jugement d'adoption n'est recevable qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants.

Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4.

Article 354

Modifié par Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 - art. 14 JORF 5 mars 2002 en vigueur le 1^{er} janvier 2005

Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption plénière est transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur de la République.

Lorsque l'adopté est né à l'étranger, la décision est transcrite sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères.

La transcription énonce le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant ainsi que ses nom de famille et prénoms, tels qu'ils résultent du jugement d'adoption, les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants. Elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant.

La transcription tient lieu d'acte de naissance à l'adopté.

L'acte de naissance originaire conservé par un officier de l'état civil français et, le cas échéant, l'acte de naissance établi en application de l'article 58 sont, à la diligence du procureur de la République, revêtus de la mention " adoption " et considérés comme nuls.

Section 3 : Des effets de l'adoption plénière

Article 355

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption.

Article 356

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Modifié par Loi 76-1179 1976-12-22 art. 10 JORF 23 décembre 1976

L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164.

Toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux.

Article 357

Modifié par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 11

L'adoption confère à l'enfant le nom de l'adoptant.

En cas d'adoption de l'enfant du conjoint ou d'adoption d'un enfant par deux époux, l'adoptant et son conjoint ou les adoptants choisissent, par déclaration conjointe, le nom de famille dévolu à l'enfant : soit le nom de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux.

Cette faculté de choix ne peut être exercée qu'une seule fois.

En l'absence de déclaration conjointe mentionnant le choix de nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun des deux adoptants, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique.

Lorsqu'il a été fait application de l'article 311-21, du deuxième alinéa de l'article 311-23 ou du présent article à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour l'adopté.

Lorsque les adoptants ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à l'adopté.

Sur la demande du ou des adoptants, le tribunal peut modifier les prénoms de l'enfant.

Article 357-1

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 11

A l'exception de son dernier alinéa, l'article 357 est applicable à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets de l'adoption plénière.

Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article lors de la demande de transcription du jugement d'adoption, par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où cette transcription doit être opérée.

Lorsque les adoptants sollicitent l'exequatur du jugement d'adoption étranger, ils joignent la déclaration d'option à leur demande. Mention de cette déclaration est portée dans la décision.

La mention du nom choisi est opérée à la diligence du procureur de la République, dans l'acte de naissance de l'enfant.

Article 358

Modifié par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 - art. 9 JORF 5 mars 2002

L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre.

Article 359

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

L'adoption est irrévocable.

CHAPITRE II : L'ADOPTION SIMPLE

Section 1 : Des conditions requises et du jugement

Article 360

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 8

L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.

S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise.

L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple.

Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.

Article 361

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 12

Les dispositions des articles 343 à 344, du dernier alinéa de l'article 345, des articles 346 à 350, 353, 353-1, 353-2, 355 et du dernier alinéa de l'article 357 sont applicables à l'adoption simple.

Article 362

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Dans les quinze jours de la date à laquelle elle est passée en force de chose jugée, la décision prononçant l'adoption simple est mentionnée ou transcrite sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République.

Section 2 : Des effets de l'adoption simple

Article 363

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 12

L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Toutefois, si l'adopté est majeur, il doit consentir à cette adjonction.

Lorsque l'adopté et l'adoptant, ou l'un d'eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

En cas d'adoption par deux époux, le nom ajouté à celui de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans la limite d'un nom. Si l'adopté porte un double nom de famille, le choix du nom conservé et l'ordre des noms adjoints appartient aux adoptants, qui doivent recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté.

Le tribunal peut, toutefois, à la demande de l'adoptant, décider que l'adopté ne portera que le nom de l'adoptant ou, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, que l'adopté conservera son nom d'origine. En cas d'adoption par deux époux, le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui de l'un d'eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Cette demande peut également être formée postérieurement à l'adoption. Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel à cette substitution du nom de famille est nécessaire.

Article 363-1

Créé par Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 - art. 21 JORF 5 mars 2002 en vigueur le 1^{er} janvier 2005

Les dispositions de l'article 363 sont applicables à l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption régulièrement prononcée à l'étranger ayant en France les effets d'une adoption simple, lorsque l'acte de naissance de l'adopté est conservé par une autorité française.

Les adoptants exercent l'option qui leur est ouverte par cet article par déclaration adressée au procureur de la République du lieu où l'acte de naissance est conservé à l'occasion de la demande de mise à jour de celui-ci.

La mention du nom choisi est portée à la diligence du procureur de la République dans l'acte de naissance de l'enfant.

Article 364

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires.

Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine.

Article 365

Modifié par LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 16

L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant adressée au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle des mineurs s'appliquent à l'adopté.

Article 366

Modifié par Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 - art. 14 JORF 6 juillet 1996

Le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté.

Le mariage est prohibé :

1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

2° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ;

3° Entre les enfants adoptifs du même individu ;

4° Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

Néanmoins, les prohibitions au mariage portées aux 3° et 4° ci-dessus peuvent être levées par dispense du Président de la République, s'il y a des causes graves.

La prohibition au mariage portée au 2° ci-dessus peut être levée dans les mêmes conditions lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée.

Article 367

Modifié par Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 - art. 5 JORF 6 mars 2007

L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. Les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant. L'obligation de fournir des aliments à ses père et mère cesse pour l'adopté dès lors qu'il a été admis en qualité de pupille de l'Etat ou pris en charge dans les délais prescrits à l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles.

Article 368

Modifié par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 - art. 9 JORF 5 mars 2002

L'adopté et ses descendants ont, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du livre III.

L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant.

Article 368-1

Modifié par Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1^{er} janvier 2007

Dans la succession de l'adopté, à défaut de descendants et de conjoint survivant, les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants.

Le surplus des biens de l'adopté se divise par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant.

Article 369

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

L'adoption conserve tous ses effets, nonobstant l'établissement ultérieur d'un lien de filiation.

Article 370

Modifié par LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 32

S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, lorsque l'adopté est majeur, à la demande de ce dernier ou de l'adoptant.

Lorsque l'adopté est mineur, la révocation de l'adoption ne peut être demandée que par le ministère public.

Article 370-1

Créé par Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 - art. 1 JORF 12 juillet 1966 en vigueur le 1^{er} novembre 1966

Le jugement révoquant l'adoption doit être motivé.

Son dispositif est mentionné en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption, dans les conditions prévues à l'article 362.

Article 370-2

Modifié par LOI n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 - art. 20

La révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption, à l'exception de la modification des prénoms.

CHAPITRE III : DU CONFLIT DES LOIS RELATIVES À LA FILIATION ADOPTIVE ET DE L'EFFET EN FRANCE DES ADOPTIONS PRONONCÉES À L'ÉTRANGER

Article 370-3

Créé par Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 - art. 2

Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant.

Article 370-4

Créé par Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 - art. 2

Les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française.

Article 370-5

Créé par Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 - art. 2

L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause.

**CHAPITRE I^{ER} : DE L'AUTORITÉ PARENTALE RELATIVEMENT À LA
PERSONNE DE L'ENFANT**

Article 371

Créé par Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 - art. 1 JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1^{er} janvier 1971
L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Article 371-1

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 13

L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.

Article 371-2

Modifié par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 - art. 3 JORF 5 mars 2002

Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur.

Article 371-3

Créé par Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 - art. 1 JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1^{er} janvier 1971

L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

Article 371-4

Modifié par LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 - art. 9

L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit.

Si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables.

Article 371-5

Créé par Loi n° 96-1238 du 30 décembre 1996 - art. 1 JORF 1^{er} janvier 1997

L'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs.

Article 371-6

Créé par LOI n° 2016-731 du 3 juin 2016 - art. 49

L'enfant quittant le territoire national sans être accompagné d'un titulaire de l'autorité parentale est muni d'une autorisation de sortie du territoire signée d'un titulaire de l'autorité parentale.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent article.

(...)

Section 3 : De la délégation de l'autorité parentale

Article 376

Créé par Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 - art. 1 JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1^{er} janvier 1971

Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

Article 376-1

Modifié par Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 - art. 48 JORF 9 janvier 1993 en vigueur le 1^{er} février 1994

Modifié par Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 - art. 64 (V) JORF 9 janvier 1993 en vigueur le 1^{er} février 1994

Un juge aux affaires familiales peut, quand il est appelé à statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

Article 377

Modifié par LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 - art. 38

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.

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 ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.

Dans ce dernier cas, le juge peut également être saisi par le ministère public, avec l'accord du tiers candidat à la délégation totale ou partielle de l'exercice de l'autorité parentale, à l'effet de statuer sur ladite délégation. Le cas échéant, le ministère public est informé par transmission de la copie du dossier par le juge des enfants ou par avis de ce dernier.

Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants.

Article 377-1

Modifié par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 - art. 7 JORF 5 mars 2002

La délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement rendu par le juge aux affaires familiales.

Toutefois, 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. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le délégataire.

Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le délégataire ou le ministère public. Il statue conformément aux dispositions de l'article 373-2-11.

Article 377-2

Modifié par Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 - art. 7 JORF 5 mars 2002

La délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles.

Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le juge aux affaires familiales met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien.

Article 377-3

Créé par Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 - art. 1 JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1^{er} janvier 1971

Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué.

(...)

Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (*extraits*)

CHAPITRE I^{ER} : DISPOSITIONS RELATIVES AU MARIAGE

Article 1^{er}

I. — Le chapitre Ier du titre V du livre Ier du code civil est ainsi modifié :

1° Il est rétabli un article 143 ainsi rédigé :

« Art. 143.-Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. » ;

2° L'article 144 est ainsi rédigé :

« Art. 144.-Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus. » ;

3° L'article 162 est complété par les mots : «, entre frères et entre sœurs » ;

4° L'article 163 est ainsi rédigé :

« Art. 163.-Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce. » ;

5° Le 3° de l'article 164 est ainsi rédigé :

« 3° Par l'article 163. »

II. — Après le chapitre IV du titre V du livre Ier du même code, il est inséré un chapitre IV bis ainsi rédigé :

« Chapitre IV bis

« Des règles de conflit de lois

« Art. 202-1.-Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle.

« Toutefois, deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet.

« Art. 202-2.-Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'État sur le territoire duquel la célébration a eu lieu. »

(...)

Chapitre II : Dispositions relatives à la filiation adoptive et au maintien des liens avec l'enfant

Article 7

Après le 1° de l'article 345-1 du code civil, il est inséré un 1° bis ainsi rédigé :

« 1° bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard ; ».

Article 8

Après le deuxième alinéa de l'article 360 du même code, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple. »

Article 9

I. — Le second alinéa de l'article 371-4 du même code est complété par les mots : «, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ».

II. — L'article 353-2 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Constitue un dol au sens du premier alinéa la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, décidé par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4. »

(...)

(...)

- SUR LES NORMES DE CONSTITUTIONNALITÉ APPLICABLES :

14. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant « l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités » ; qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen ;
15. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi . . . Doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que si, en règle générale, ce principe impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ;
16. Considérant que le droit de mener une vie familiale normale résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ;

(...)

- SUR L'ADOPTION :

32. Considérant que les articles 343 et 346 du code civil, applicables tant à l'adoption plénière qu'à l'adoption simple, disposent, d'une part, que l'adoption « peut être demandée par deux époux... » et, d'autre part, que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux » ; qu'en outre, il résulte tant de l'article 356 du code civil, applicable à l'adoption plénière, que de l'article 365 du même code applicable à l'adoption simple, compte tenu de la portée que la jurisprudence constante de la Cour de cassation confère à ces dispositions, que la faculté d'une adoption au sein d'un couple est réservée aux conjoints ; que, par suite, l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe a pour conséquence de permettre l'adoption par des couples de personnes de même sexe ainsi que l'adoption au sein de tels couples ;

33. Considérant que les articles 7 et 8 de la loi modifient les articles 345-1 et 360 du code civil afin de fixer les conditions dans lesquelles un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption par une personne peut ultérieurement être adopté par le conjoint de cette personne ;
34. Considérant que l'article 13 de la loi insère dans le code civil un article 6-1 aux termes duquel : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe » ;
35. Considérant que les requérants mettent en cause l'intelligibilité de ces dispositions, la conformité à la Constitution de l'ouverture de l'adoption aux couples de personnes de même sexe et les modifications apportées par les articles 7 et 8 aux dispositions du code civil relatives à l'adoption ;

En ce qui concerne l'intelligibilité des dispositions relatives à l'adoption :

36. Considérant que les requérants font valoir que les dispositions du code civil qui font référence à la filiation désignent distinctement « le père » et « la mère » ; qu'en prévoyant que le mariage et la filiation emportent les mêmes effets, droits et obligations, que les époux soient de même sexe ou de sexe différent, les dispositions de l'article 13 conduisent, d'une part, à ce que les mots « père » et « mère » puissent désigner deux hommes ou deux femmes et, d'autre part, à ce que la portée de ces mots varie selon qu'ils sont ou non placés dans le titre VII du livre Ier du code civil ; qu'il en résulterait une méconnaissance des exigences de clarté et de précision de la loi ; qu'en permettant l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de deux personnes de même sexe sans modifier les dispositions du titre VII du livre Ier du code civil, ces dispositions rendraient en outre inintelligibles certains articles du code civil, notamment ses articles 320, 330, 333, 336 et 336-1 ; que seraient également incompréhensibles les dispositions de l'article 310 du code civil relatives à l'égalité entre les enfants ;
37. Considérant que les députés requérants font en outre valoir qu'en s'abstenant d'apporter les modifications nécessaires aux règles relatives à la présomption de paternité, à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui, les dispositions contestées auraient en outre rendu l'ensemble de ces règles incohérentes et inintelligibles ;
38. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ;

Quant au titre VII du livre I^{er} du code civil :

39. Considérant que, s'agissant des règles relatives à l'établissement et à la contestation de la filiation, le livre Ier du code civil comprend un titre VII, consacré à « la filiation », et un titre VIII, consacré à « la filiation adoptive » ;
40. Considérant que le titre VII distingue entre la filiation maternelle et la filiation paternelle ; que l'article 320 du code civil, qui figure au sein de ce titre VII, dispose : « Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait » ; que, par suite, les dispositions de cet article font obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant ; qu'ainsi, en particulier, au sein d'un couple de personnes de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du code civil ; que le mariage est sans incidence sur les autres modes d'établissement de la filiation prévus par le titre VII du livre Ier du code civil ;
41. Considérant qu'au sein du titre VIII, l'article 358, applicable aux enfants ayant été adoptés en la forme plénière, dispose : « L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII » du livre Ier ; qu'en prévoyant, à titre de mesure générale de coordination, que la filiation adoptive emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe, les dispositions de l'article 6-1 du code civil n'ont pas entendu faire obstacle à l'application de la règle selon laquelle, les enfants adoptés, que leurs parents soient de même sexe ou de sexe différent, bénéficieront des mêmes droits que ceux dont la filiation est légalement établie en application de ce titre VII ;
42. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que doit être écarté le grief tiré de ce que l'article 6-1 du code civil entacherait le titre VII du livre Ier du code civil d'inintelligibilité ;

Quant à l'article 13 de la loi :

43. Considérant qu'à l'exception des dispositions du titre VII du livre Ier du code civil, les règles de droit civil, notamment celles relatives à l'autorité parentale, au mariage, aux régimes matrimoniaux et aux successions, ne prévoient pas de différence entre l'homme et la femme s'agissant des relations du mariage, des conséquences qui en résultent et des conséquences relatives à l'établissement d'un lien de filiation ; que, par suite, en prévoyant que le mariage et la filiation emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe, sans supprimer les références qui, dans ces textes, désignent les « père » et « mère » ou « le mari et la femme », l'article 6-1 du code civil ne rend pas ces règles inintelligibles ;
44. Considérant que, d'une part, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions de l'article 16-7 du code civil aux termes desquelles : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle » ; que, d'autre part, il résulte de l'article L. 2141-2 du code de

la santé publique que l'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité pathologique, médicalement diagnostiquée d'un couple formé d'un homme et d'une femme en âge de procréer, qu'ils soient ou non mariés ; que les couples formés d'un homme et d'une femme sont, au regard de la procréation, dans une situation différente de celle des couples de personnes de même sexe ; que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes dès lors que la différence de traitement qui en résulte est en lien direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, ni le principe d'égalité ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'imposaient qu'en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de personnes de même sexe, le législateur modifie la législation régissant ces différentes matières ;

45. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de ce que l'article 13 de la loi serait entaché d'inintelligibilité doivent être écartés ;

En ce qui concerne l'adoption par des personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe :

46. Considérant que, selon les requérants, la possibilité conférée à deux personnes de même sexe d'adopter un enfant porte atteinte au « principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle », proclamé par les lois de la République, ainsi qu'au droit constitutionnel de tout enfant à voir sa filiation établie à l'égard de son père et de sa mère ; que l'adoption par deux personnes de même sexe porterait en outre atteinte au droit de l'enfant de mener une vie familiale normale ainsi qu'à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ; qu'il en résulterait également une méconnaissance des stipulations de l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;
47. Considérant qu'ils soutiennent encore que, lorsque l'enfant est adopté en la forme plénière par deux personnes de sexe différent, l'effacement de la filiation antérieure garantirait la préservation du secret de l'adoption et ferait entrer l'enfant dans la famille de l'adoptant « comme un enfant biologique » ; que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe conduirait au contraire nécessairement à révéler l'orientation sexuelle des adoptants et la nature adoptive de la filiation ; qu'il en résulterait une atteinte au droit à la protection de la vie privée et à l'égalité devant la loi ;
48. Considérant qu'ils font enfin valoir que, compte tenu notamment des difficultés que rencontreront les couples de personnes de même sexe pour adopter, la possibilité d'un établissement de la filiation à l'égard de deux personnes de même sexe incitera ces couples à recourir à l'étranger à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour le compte d'autrui en fraude à la loi française ;

Quant aux griefs tirés de l'atteinte au principe d'égalité et au droit de mener une vie familiale normale :

49. Considérant, en premier lieu que, d'une part, en permettant l'adoption par deux personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe, le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité de

sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, pour l'établissement d'un lien de filiation adoptive, de la différence entre les couples de personnes de même sexe et les couples formés d'un homme et d'une femme ;

50. Considérant que, d'autre part, en vertu de l'article 356 du code civil, l'adoption plénière confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ; que le principe d'égalité impose que les enfants adoptés en la forme plénière bénéficient, dans leur famille adoptive, des mêmes droits que ceux dont bénéficient les enfants dont la filiation est établie en application du titre VII du livre Ier du code civil ; qu'une telle exigence est satisfaite par les dispositions de l'article 358 du code civil précité ;
51. Considérant, en outre, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ; que, toutefois, aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ; que, par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté ;
52. Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de reconnaître aux couples de personnes de même sexe un « droit à l'enfant » ; qu'elles ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive ; qu'en effet, ces dispositions ne modifient pas la règle, fixée par le premier alinéa de l'article 353-1 du code civil, aux termes duquel : « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés » ; qu'il n'est pas davantage dérogé à la règle, fixée par le premier alinéa de l'article L. 225-2 du code de l'action sociale et des familles, aux termes duquel : « Les pupilles de l'État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, soit, si tel est l'intérêt desdits pupilles, par des personnes dont l'aptitude à les accueillir a été régulièrement constatée dans un État autre que la France, en cas d'accord international engageant à cette fin ledit État » ; que s'appliquent également les dispositions de son article L. 225-17 qui prévoit : « 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 » ; qu'ainsi, les couples de personnes de même sexe qui désirent adopter un enfant seront soumis, comme ceux qui sont formés d'un homme et d'une femme, à une procédure destinée à constater leur capacité à accueillir un enfant en vue de son adoption ;
53. Considérant, d'une part, que la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ; qu'en l'espèce les dispositions

contestées affectent le domaine des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ; que les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, sous cette réserve, les dispositions des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ne méconnaissent pas les exigences du dixième alinéa du Préambule de 1946 ;

54. Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées ne dérogent pas aux dispositions de l'article 353 du code civil, selon lesquelles l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies « et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ;
55. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de ce que les dispositions contestées méconnaîtraient le dixième alinéa du Préambule de 1946 doit être écarté ; qu'il en va de même du grief tiré de ce que les droits de l'enfant seraient inégalement protégés selon qu'ils sont adoptés par des parents de même sexe ou par des parents de sexe différent ;

Quant aux autres griefs :

56. Considérant, en premier lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 relative aux conditions de l'adoption et aux conditions d'établissement de la maternité et de la paternité a toujours compris des règles limitant ou encadrant les conditions dans lesquelles un enfant peut voir établir les liens de filiation à l'égard du père ou de la mère dont il est issu ; que notamment, l'action en recherche de paternité a vu son régime juridique modifié par la loi du 16 novembre 1912 sur la déclaration judiciaire de paternité naturelle et que l'action en recherche de paternité des enfants adultérins a été interdite jusqu'à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation ; que de même les règles relatives à l'adoption de l'enfant mineur ont été modifiées par la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption ; qu'ainsi, en tout état de cause, doit être écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de « caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle » ; qu'il en va de même du grief tiré de la méconnaissance d'un principe constitutionnel garantissant le droit de tout enfant de voir sa filiation concurremment établie à l'égard d'un père et d'une mère ;
57. Considérant en deuxième lieu, que, si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ;

qu'ainsi, en tout état de cause, doit être rejeté le grief tiré de la méconnaissance de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

58. Considérant, en troisième lieu, que l'éventualité d'un détournement de la loi lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ;
59. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'ouverture de l'adoption par des couples de personnes de même sexe et au sein de ces couples n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles précitées ; que les dispositions des articles 1^{er} et 13 de la loi déferée, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, doivent être déclarées conformes à la Constitution ;

En ce qui concerne l'adoption d'un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption :

60. Considérant que l'article 7 de la loi insère dans l'article 345-1 du code civil un 1^o bis afin de permettre l'adoption de l'enfant du conjoint « Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard » ; que l'article 8 de la loi insère dans l'article 360 du même code un troisième alinéa aux termes duquel : « L'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, en la forme simple » ;
61. Considérant que les sénateurs requérants font valoir qu'en maintenant la règle selon laquelle un enfant adopté ne peut faire l'objet d'une seconde adoption tout en levant cette interdiction pour permettre l'adoption de l'enfant du conjoint, les dispositions des articles 7 et 8 porteraient atteinte à l'égalité devant la loi ;
62. Considérant que l'article 346 prohibe l'adoption par deux personnes si ce n'est par deux époux ; que le deuxième alinéa de l'article 360 permet « s'il est justifié de motifs graves » l'adoption simple de l'enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière ; qu'il ressort du second alinéa de l'article 356 du code civil, s'agissant de l'adoption plénière, ainsi que du premier alinéa de l'article 365 du même code, s'agissant de l'adoption simple, que l'adoption de l'enfant du conjoint produit des effets identiques à ceux de l'adoption par deux époux ; que les modifications apportées aux articles 345-1 et 360 du code civil fixent les conditions dans lesquelles un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption, peut ultérieurement être aussi adopté par le conjoint de l'adoptant ; qu'en réservant cette possibilité à l'adoption de l'enfant du conjoint, le législateur a pris en compte, comme il lui était loisible de le faire, la différence entre les adoptions au sein du couple et les autres formes d'adoption ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité doit être écarté ;
63. Considérant que, par suite, les dispositions des articles 7 et 8 de la loi déferée, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, doivent être déclarées conformes à la Constitution ;

(...)

D É C I D E :

Article 1^{er}. - Les articles 1^{er}, 7, 8, 11 à 14, 19, 21 et 22 de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe sont conformes à la Constitution.

Article 2. - Sous la réserve énoncée au considérant 53, les articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles sont conformes à la Constitution.

Article 3.- La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 17 mai 2013, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mmes Claire BAZY MALAURIE, Nicole BELLOUBET, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Valéry GISCARD d'ESTAING, Hubert HAENEL et Mme Nicole MAESTRACCI.

JORF du 18 mai 2013 page 8281, texte n° 10

Recueil, p. 721

DOCUMENT 7

**Cour européenne des droits de l'homme, arrêt n° 19010/07, affaire X et autres c. Autriche,
19 février 2013**



**EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

GRANDE CHAMBRE

AFFAIRE X ET AUTRES c. AUTRICHE

(Requête n° 19010/07)

ARRÊT

STRASBOURG

19 février 2013

En l'affaire X et autres c. Autriche,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Nina Vajić,
Lech Garlicki,
Peer Lorenzen,
Anatoly Kovler,
Elisabeth Steiner,
Khanlar Hajiyev,
Egbert Myjer,
Danutė Jočienė,
Ján Šikuta,
Vincent A. De Gaetano,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Erik Møse,
André Potocki, *juges*,

et de Johan Callewaert, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 3 octobre 2012 et le 9 janvier 2013,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 19010/07) dirigée contre la République d'Autriche et dont trois ressortissants de cet État (« les requérants ») ont saisi la Cour le 24 avril 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la Grande Chambre a accédé à la demande de non-divulgateur de leur identité formulée par les requérants (article 47 §3 du règlement de la Cour – « le règlement »).

2. Devant la Cour, les requérants ont été représentés par M^e H. Graupner, avocat à Vienne. Le gouvernement autrichien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. H. Tichy, ambassadeur, chef du département de droit international au ministère fédéral des Affaires européennes et internationales.

3. Dans leur requête, les requérants se disaient victimes d'une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels, l'adoption coparentale

par un couple homosexuel étant juridiquement impossible en droit autrichien.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 §1 du règlement). Le 29 janvier 2009, celle-ci a décidé de la communiquer au Gouvernement. Elle a en outre décidé qu'elle se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond de l'affaire (article 29 § 1 de la Convention). Le 1^{er} décembre 2011, une chambre de la première section a tenu une audience. Le 5 juin 2012, une chambre de ladite section composée de Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, Khanlar Hajiyev, Julia Laffranque, Linos-Alexandre Sicilianos et Erik Møse, juges, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre (article 30 de la Convention), aucune des parties ne s'y étant opposée dans le délai imparti (article 72 du règlement).

5. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement.

6. Tant les requérants que le Gouvernement ont déposé des observations écrites complémentaires sur la recevabilité et le fond de l'affaire.

7. En outre, des observations ont été soumises par le professeur R. Wintemute au nom des six organisations non gouvernementales suivantes, que le président de la Grande Chambre avait autorisées à intervenir dans la procédure écrite : la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Commission internationale de juristes, la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, la British Association for Adoption and Fostering, le Network of European LGBT Families Associations et l'European Commission on Sexual Orientation Law. Des observations ont aussi été reçues du Centre européen pour le droit et la justice, du procureur général de l'Irlande du Nord, d'Amnesty International et d'Alliance Defending Freedom, également autorisés à intervenir dans la procédure écrite.

8. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 3 octobre 2012 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{me} B. OHMS, chancellerie fédérale, *agent adjoint*,

M. M. STORMANN, ministère fédéral de la Justice,

M^{me} A. JANKOVIC, ministère fédéral des Affaires européennes
et internationales, *conseillers ;*

– *pour les requérants*

M^e H. GRAUPNER, *conseil.*

La Cour a entendu M^{me} Ohms et M^e Graupner en leurs déclarations ainsi qu'en leurs réponses aux questions posées par les juges.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

9. Les première et troisième requérantes sont nées en 1967. Le deuxième requérant est né en 1995.

10. Les première et troisième requérantes entretiennent une relation stable. Le deuxième requérant, né hors mariage, est le fils de la troisième requérante. Il a été reconnu par son père et placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Les trois requérants vivent au sein du même foyer depuis le cinquième anniversaire du deuxième requérant, dont les première et troisième requérantes s'occupent ensemble.

11. Le 17 février 2005, la première requérante et le deuxième requérant, représenté par sa mère, conclurent une convention prévoyant l'adoption du second par la première. Cette convention visait à créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien juridique reflétant les rapports qui les unissaient sans pour autant rompre la relation entre l'enfant et sa mère, la troisième requérante.

12. Conscients que le libellé de l'article 182 § 2 du code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) pouvait être interprété comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire sans que le lien de l'enfant avec ce dernier – parent biologique du même sexe que l'adoptant – ne s'en trouve rompu, les intéressés prièrent la Cour constitutionnelle de déclarer cette disposition inconstitutionnelle au motif qu'elle leur faisait subir une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes. Ils faisaient valoir que dans le cas des couples hétérosexuels l'article 182 § 2 du code civil permettait l'adoption coparentale, c'est-à-dire l'adoption par l'un des membres du couple de l'enfant de son partenaire sans que cela n'eût d'incidence sur le lien juridique existant entre ce dernier et l'enfant.

13. Le 14 juin 2005, la Cour constitutionnelle déclara leur requête irrecevable en application de l'article 140 de la Constitution fédérale. Elle releva que, pour statuer sur l'homologation de la convention d'adoption, le tribunal de district compétent devrait examiner la question de savoir si l'article 182 § 2 du code civil ouvrait ou non l'adoption coparentale aux couples homosexuels. Elle ajouta que si les requérants se voyaient refuser l'homologation par ce tribunal il leur serait loisible de soulever leurs moyens d'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse devant les

juridictions d'appel, lesquelles pourraient porter la question devant elle au cas où elles partageraient les vues des intéressés.

14. Le 26 septembre 2005, les requérants invitèrent le tribunal de district compétent à homologuer la convention d'adoption, aux termes de laquelle le deuxième requérant devait avoir pour parents les première et troisième requérantes. Dans leur requête, ils exposaient que la première requérante et l'enfant avaient noué des liens affectifs étroits, que celui-ci s'épanouissait dans un foyer où il vivait avec deux adultes soucieux de son bien-être, que leur requête visait à faire reconnaître juridiquement leur cellule familiale de fait et qu'elle aurait pour effet de substituer la première requérante au père de l'enfant. Ils précisèrent que le père s'était opposé à cette adoption sans motiver son refus. Ils alléguèrent qu'il manifestait une hostilité extrême envers leur famille et qu'il y avait donc lieu pour le tribunal de passer outre à ce refus, comme le permettait l'article 181 § 3 du code civil, l'adoption envisagée étant à leurs yeux conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. À leur requête se trouvait joint un rapport du service de protection de la jeunesse qui confirmait que les première et troisième requérantes se partageaient les tâches quotidiennes liées à la garde de l'enfant ainsi que la responsabilité de son éducation et concluait que l'attribution de l'autorité parentale conjointe était souhaitable, tout en exprimant des doutes sur la légalité de cette solution.

15. Le 10 octobre 2005, le tribunal de district refusa d'homologuer la convention d'adoption, estimant que l'article 182 § 2 du code civil ne prévoyait aucune forme d'adoption propre à produire les effets souhaités par les requérants. Sa décision était ainsi motivée :

« M^{me} [...] la troisième requérante, est titulaire de l'autorité parentale exclusive sur son fils mineur, [...], né hors mariage. [Elle] vit à [...] avec sa compagne [...] (la première requérante) et (...) (le deuxième requérant).

La mère de l'enfant et sa partenaire ont été définitivement déboutées d'une requête introduite conjointement par elles le 12 octobre 2001, par laquelle elles demandaient le transfert partiel de l'autorité parentale sur [l'enfant] au profit de la compagne de la mère de celui-ci de sorte qu'elles pussent exercer conjointement l'autorité parentale.

Aux termes de la convention d'adoption du 17 février 2005, dont les intéressés sollicitent à présent l'homologation, la première requérante marque sa volonté d'adopter l'enfant en qualité de compagne de la mère [de celui-ci].

La convention d'adoption que les requérants souhaitent voir homologuer aurait pour effet de rompre les liens juridiques familiaux existant entre l'enfant et son père ainsi qu'entre l'enfant et la famille de son père tout en préservant la relation entre l'enfant et sa mère. Les requérants demandent par ailleurs à la justice de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à cette adoption.

La requête des intéressés, qui vise en fait à permettre au couple homosexuel que forment la mère biologique et la mère adoptante d'exercer conjointement l'autorité parentale sur l'enfant, est juridiquement mal fondée.

L'article 179 du code civil énonce que l'adoption peut être le fait d'une seule personne ou d'un couple marié. L'adoption d'un enfant par une personne mariée agissant seule est subordonnée à des conditions strictes. Il résulte de la seconde phrase de l'article 182 § 2 du code civil que si l'enfant n'est adopté **que** par un homme (ou une femme) les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même – ne sont rompus qu'à l'égard du père biologique (ou de la mère biologique) et de la famille de ce dernier (ou de cette dernière). Dans le cas où les liens entre l'enfant et son autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus à l'égard du parent concerné, sous réserve que celui-ci y consente.

L'article 182 du code civil a été modifié pour la dernière fois en 1960 (Journal officiel n° 58/1960). En égard au libellé non équivoque de cette disposition et à la volonté manifeste du législateur de l'époque, il y a lieu de présumer que l'adoption par une seule personne rompt le lien juridique entre l'adopté et son parent biologique du **même** sexe que son parent adoptif, et qu'elle n'altère pas le lien avec le parent du sexe **opposé** (voir aussi Schlemmer in *Schwimmern*, ABGB [...] I § 182, point 3). Ce n'est que dans ce cas de figure que la loi permet au juge de rompre ce lien, sur lequel l'adoption n'a en elle-même pas d'effet.

Il s'ensuit que la convention dont les requérants sollicitent l'homologation, qui conduisait à l'adoption [de l'enfant] par une femme et à la rupture de ses liens avec son père biologique mais non avec sa mère biologique, est illicite. L'interprétation conforme à la Constitution que doit évidemment recevoir la disposition législative en cause ne change rien à cette conclusion.

Il est exact que selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme les questions relatives à l'orientation sexuelle bénéficient de la protection que l'article 8 de la [Convention] accorde au droit à la vie privée et familiale. Il est vrai également que d'après la jurisprudence de la Cour les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle sont rigoureusement incompatibles avec les articles 8 et 14 de la Convention. Toutefois, il convient de relever que la Cour accorde invariablement aux États membres du Conseil de l'Europe en la matière une marge d'appréciation dont l'ampleur est inversement proportionnelle à celle de la communauté de vues qu'il peut y avoir entre leurs ordres juridiques respectifs. Au paragraphe 41 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Fretté c. France* (n° 36515/97, CEDH 2002-I), la Cour européenne a expressément indiqué que le droit des homosexuels à l'adoption paraissait traverser une phase de transition et connaissait des évolutions sociales justifiant l'octroi d'une large marge d'appréciation aux États membres, tout en précisant que cette marge d'appréciation ne pouvait être interprétée comme une carte blanche donnée aux États pour prendre des décisions arbitraires.

Il appartient donc aux seuls États de décider de l'opportunité d'offrir à deux personnes du même sexe la possibilité de créer un lien juridique avec un enfant sur un pied d'égalité, dans les limites fixées par l'article 8 § 2 de la Convention. Le tribunal estime que, même interprété conformément à la Constitution comme il doit l'être, le droit autrichien actuellement en vigueur exclut cette possibilité. La mesure voulue par les requérants nécessiterait une modification législative. Elle ne peut être validée par une simple décision de justice qui donnerait de l'article 182 du code civil une interprétation contraire à son libellé non équivoque.

Au vu de ce qui précède, le tribunal rejette la requête en homologation de la convention d'adoption présentée par les requérants. »

16. Les requérants interjetèrent appel de cette décision. Invoquant les articles 8 et 14 de la Convention, ils soutenaient dans leur recours que

l'article 182 § 2 du code civil était discriminatoire dès lors qu'il opérait une distinction injustifiée entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Ils faisaient observer que l'adoption coparentale était ouverte aux couples hétérosexuels, mariés ou non, mais non aux couples homosexuels. Ils précisait que leur affaire, qui concernait une différence de traitement entre couples hétérosexuels et couples homosexuels, se distinguait de l'affaire *Pretež*, précitée, où était en cause une adoption par un célibataire homosexuel.

17. Ils estimaient que l'instauration d'une différence de traitement entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels était particulièrement problématique au regard de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, CEDH 2003-IX). Ils affirmaient que les États européens ouvrant l'adoption coparentale aux couples homosexuels étaient rares, que la majorité d'entre eux réservaient cette forme d'adoption aux couples mariés et qu'il existait en Europe un consensus pour considérer qu'il ne fallait pas traiter différemment les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels. Ils soutenaient que la différence de traitement incriminée ne poursuivait aucun but légitime, ajoutant notamment qu'elle n'était pas nécessaire à la protection de l'intérêt de l'enfant. Ils avançaient que certains travaux scientifiques montraient que les enfants s'épanouissaient aussi bien dans les familles composées de parents homosexuels que dans les familles composées de parents hétérosexuels, et que l'important n'était pas l'orientation sexuelle des parents, mais la capacité de ceux-ci à former une famille stable et attentionnée. Ils invitaient la juridiction d'appel à infirmer la décision du tribunal de district et à faire droit à leur requête du 26 septembre 2005 ou, à titre subsidiaire, à renvoyer l'affaire devant le tribunal de district pour qu'il statue à nouveau.

18. Le 21 février 2006, le tribunal régional débouta les requérants de leur appel sans avoir tenu d'audience. Dans son arrêt, il évoquait des procédures connexes portant, d'une part, sur le droit de visite et l'obligation d'entretien du père du deuxième requérant et, d'autre part, sur les démarches infructueuses entreprises par les première et troisième requérantes pour se voir attribuer l'autorité parentale conjointe sur le deuxième requérant. Il exprimait des doutes sur la capacité de la troisième requérante à représenter son fils dans la procédure, estimant que cette situation pouvait donner lieu à un conflit d'intérêts. Il poursuivait ainsi :

« Toutefois, il est en réalité inutile de s'anêter sur cette question car le tribunal estime, pour les motifs exposés ci-après, qu'il convient en tout état de cause de refuser l'homologation de la convention d'adoption litigieuse, comme l'a d'ailleurs fait le premier juge, sans qu'il soit besoin d'en délibérer plus avant. Dans ces conditions, la question de savoir si l'enfant est valablement représenté dans la procédure ne se pose pas.

Dans leurs décisions sur la demande de transfert partiel de l'autorité parentale [sur l'enfant] au profit de [la compagne de la mère de celui-ci], les juridictions compétentes ont indiqué que, si le droit autrichien de la famille ne définit pas la notion de « parents », il ressort très clairement de l'ensemble de ses dispositions que, pour le législateur, un couple parental se compose par principe de deux personnes de sexe opposé, raison pour laquelle la loi attribue à titre principal l'autorité parentale sur l'enfant à ses deux parents biologiques – ou à sa mère biologique en cas de naissance hors mariage – et ne prévoit que l'enfant puisse être placé sous l'autorité d'autres personnes que dans les cas où il est impossible d'appliquer cette règle. Les juridictions concernées en ont conclu que, en présence des parents biologiques (père et mère), il n'y avait pas lieu de placer l'enfant sous l'autorité de tiers, même si, d'un point de vue purement factuel, ceux-ci pouvaient avoir des liens étroits avec l'enfant (à comparer avec OGH, 7 Ob 144/02 f). Elles ont considéré que cette position juridique n'emportait aucune discrimination à l'égard des couples homosexuels, les règles régissant le droit de la famille étant fondées, conformément à la réalité biologique, sur le socle du couple composé de parents de sexe opposé.

Le tribunal estime que les considérations exposées ci-dessus trouvent également à s'appliquer à la question en débat, à savoir celle de l'opportunité d'homologuer l'adoption d'un enfant mineur par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Dans ce cas aussi, vu la présence de ses deux parents de sexe opposé, il serait inutile d'adjoindre à l'enfant un « parent légal » supplémentaire. Il ne s'agit nullement d'opérer une discrimination à l'égard du partenaire homosexuel de la mère de l'enfant, mais simplement de constater que, en présence des deux parents de sexe opposé, il n'y a tout simplement pas lieu de prévoir une disposition qui autoriserait le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux à se substituer à l'autre.

L'adoption d'un mineur vise essentiellement à créer un lien analogue à celui qui existe entre les enfants et leurs parents biologiques. Il ressort du dossier de l'affaire que le père biologique de l'enfant a des contacts réguliers avec celui-ci. L'enfant entretient donc des liens solides avec ses deux parents de sexe opposé. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de substituer à l'un ou l'autre des parents biologiques le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux en autorisant l'adoption de l'enfant.

La jurisprudence sur le droit de visite et d'hébergement des parents reconnaît également, de manière générale et certaine, que des études psychologiques et sociologiques démontrent qu'il est particulièrement important pour l'épanouissement de l'enfant que celui-ci maintienne des relations personnelles avec le parent avec lequel il ne vit pas (voir, notamment, EFSlg 100.205). C'est la raison pour laquelle la législation va jusqu'à conférer à l'enfant le droit d'avoir des contacts personnels avec le parent avec lequel il ne cohabite pas (voir, notamment, OGH, 3 Ob 254/03 z). De la même manière, il ne fait aucun doute que, pour le bon développement d'un enfant mineur, il est hautement souhaitable que celui-ci puisse entretenir des contacts personnels avec ses deux parents de sexe opposé, c'est-à-dire avec une femme (sa mère) et un homme (son père) responsables de son éducation, et qu'aucun effort ne doit être épargné à cette fin (comparer, notamment, avec EFSlg 89.668). Dans ces conditions, le maintien de relations personnelles, au moins minimales, entre l'enfant et ses deux parents est fortement recommandé et généralement exigé dans l'intérêt de l'épanouissement de l'enfant (comparer avec OGH, 7 Ob 234/99 h). Ces mêmes considérations s'opposent clairement à l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents lorsque cette mesure aurait pour effet de rompre les liens familiaux de l'enfant avec son autre parent.

Comme indiqué ci-dessus, cette position juridique ne saurait passer pour une discrimination à l'encontre des couples homosexuels. À cet égard, la motivation de la décision attaquée renvoie – à juste titre – à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît que l'orientation sexuelle relève de la protection de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention) et qui en conséquence qualifie les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle de rigoureusement incompatibles avec les articles 8 et 14 de la Convention. Toutefois, la décision entreprise souligne tout aussi justement que, lorsqu'il légifère sur des questions qui ne font pas l'objet d'un consensus clair dans les ordres juridiques des États membres, le législateur national doit se voir accorder une marge d'appréciation élargie. Tout en relevant que la marge d'appréciation ne devait pas être interprétée comme une carte blanche donnée aux États pour prendre des décisions arbitraires, le premier juge a estimé qu'elle devait recevoir une interprétation très large s'agissant du droit des homosexuels à l'adoption, compte tenu des évolutions dont cette question faisait l'objet dans la société. À cet égard, l'ordre juridique autrichien ne contient aucune disposition prévoyant l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents.

Les appelants n'ont avancé aucun argument convaincant à l'appui de leur thèse selon laquelle les dispositions en vigueur opèrent une discrimination contre les couples homosexuels. Même dans le cas d'un couple hétérosexuel, le seul lien juridique pouvant être rompu en cas d'adoption d'un enfant de l'un des membres du couple est celui qui existe entre l'enfant et le parent du même sexe que le parent adoptif. En pareille hypothèse, l'enfant demeure sous la responsabilité de deux parents de sexe opposé. Cette circonstance, importante pour le développement de l'enfant, ne se retrouve pas en cas d'adoption de celui-ci par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Dans ces conditions, il n'est pas établi que pareille situation soit constitutive d'une différence de traitement *injustifiée*. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, dans l'arrêt cité par les appelants (*Karner*, précité), qu'une différence de traitement opérée à l'égard de personnes vivant une relation homosexuelle n'est discriminatoire que si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, que seules des considérations très fortes peuvent l'amener à estimer une différence de traitement compatible avec la Convention et que les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves. Cela étant, la Cour a aussi expressément reconnu dans l'arrêt *Karner* que la protection de la « famille traditionnelle » constitue en principe une raison importante et légitime susceptible de justifier une différence de traitement par le législateur national, tout en jugeant que le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et qu'une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser. Après avoir indiqué que l'exclusion des personnes vivant une relation homosexuelle du champ d'application de certaines dispositions légales ne pouvait se justifier que par des motifs impérieux, la Cour a considéré qu'aucun motif de cette nature n'avait été invoqué dans l'affaire en question, où était en cause le droit du partenaire survivant d'un couple homosexuel à la transmission du bail contracté par le défunt.

Cela étant, la thèse des appelants ne trouve aucun appui dans l'arrêt en question. La Cour reconnaissant aux États le droit d'introduire dans leur ordre juridique des mesures de protection de la « famille traditionnelle », il convient de respecter la position de l'ordre juridique autrichien selon laquelle, conformément à la réalité biologique, un enfant mineur doit par principe avoir pour parents deux personnes de

sexe opposé. En conséquence, le tribunal estime qu'en ne prévoyant pas l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents, opération qui romprait le lien de l'enfant avec le parent du sexe opposé, le législateur poursuivait sans conteste un « but légitime ». De la même manière, on ne saurait dire qu'il n'existe pas un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre ce but et les moyens employés pour l'atteindre. Contrairement aux allégations des appelants, cette position juridique n'est pas fondée sur les « préjugés de la majorité hétérosexuelle à l'égard de la minorité homosexuelle », mais elle vise simplement à garantir que les enfants mineurs grandissent en ayant des contacts réguliers tant avec leur *parent* de sexe féminin qu'avec leur *parent* de sexe masculin. Cet objectif est tout aussi respectable que la décision de la mère de l'enfant de vivre une relation homosexuelle. Dans ces conditions, rien ne justifie apparemment de priver l'enfant de ses liens familiaux avec son parent de l'autre sexe. Or c'est précisément ce que la mère de l'enfant et sa compagne ont cherché à obtenir en l'espèce et ce qu'elles continuent à revendiquer en cause d'appel.

En conséquence, au vu de l'ensemble de ces considérations, le présent appel doit être rejeté.

La recevabilité d'un pourvoi en cassation est régie par les articles 59 §§ 1 et 2 et 62 § 1 de la loi sur la procédure gracieuse. S'il est exact que la Cour suprême a déjà statué dans la présente affaire, sa décision concernait la légalité du transfert (partiel) de l'autorité parentale sur l'enfant au profit de la compagne de la mère de celui-ci. En revanche, à la connaissance du tribunal, la Cour suprême ne s'est jamais spécifiquement et expressément prononcée sur la question ici en débat, à savoir celle de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. C'est la raison pour laquelle le présent arrêt revêt une importance considérable du point de vue de l'unité du droit, de la sécurité juridique et de l'évolution du droit.»

19. Les requérants se pourvurent en cassation devant la Cour suprême, alléguant que l'application faite par les tribunaux de l'article 182 § 2 du code civil aboutissait à une différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant biologique de son partenaire. Dans leur pourvoi, ils exposaient qu'alors qu'il était loisible aux couples hétérosexuels – même non mariés – de créer un lien de filiation supplémentaire entre l'enfant et le partenaire de l'un de ses parents cette faculté était refusée aux couples homosexuels parce qu'elle conduisait à substituer l'un des partenaires homosexuels à l'un des parents biologiques de l'enfant, et que cela avait pour effet d'exclure dans leur cas toute possibilité réelle de procéder à une adoption coparentale. Ils soutenaient que le tribunal régional avait cherché à justifier cette différence de traitement en évoquant les buts de protéger la famille – au sens traditionnel du terme – et de permettre à l'enfant de grandir sous la responsabilité d'un homme et d'une femme, mais qu'il n'avait pas établi que le refus d'ouvrir l'adoption coparentale aux familles homosexuelles était nécessaire à la réalisation de ces buts. Ils plaidaient que de récentes études démontraient que les couples homosexuels étaient tout aussi capables d'élever des enfants que les couples hétérosexuels, et que la question qui se posait en l'espèce n'était pas celle de savoir si l'enfant

devait ou non être élevé dans une famille homosexuelle, puisque celui-ci faisait déjà partie *de facto* d'une telle famille, mais celle de savoir si le refus de reconnaître juridiquement le lien qui l'unissait à la première requérante était justifié. Ils considéraient que la nécessité d'opérer une distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels n'avait pas été démontrée. Enfin, tout en concédant que nombre d'États européens réservaient l'adoption coparentale aux couples mariés, ils arguaient que les pays qui, comme l'Autriche, avaient décidé d'ouvrir cette possibilité aux couples non mariés ne pouvaient se fonder sur l'orientation sexuelle pour distinguer en la matière.

20. Le 27 septembre 2006, la Cour suprême débouta les requérants de leur pourvoi en cassation. Elle s'exprima notamment comme suit :

« [Le mineur] est l'enfant biologique de la troisième demanderesse, M^{me} (...), et de M. (...); il est né le (...). Il est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Celle-ci vit à (...) avec sa compagne (la première demanderesse) et [l'enfant]. Les demandeurs ont sollicité l'homologation judiciaire d'une convention d'adoption conclue le 17 février 2005 entre la première demanderesse et l'enfant, représenté par sa mère, et dans laquelle la première demanderesse marquait sa volonté d'adopter l'enfant. Toutefois, cette convention prévoyait que la première demanderesse se substituerait au père biologique de l'enfant, et non à la mère de celui-ci. Les demandeurs souhaitaient que l'homologation judiciaire de leur convention eût pour effet de rompre les liens juridiques familiaux existant entre l'enfant et son père biologique ainsi qu'entre l'enfant et la famille de son père biologique tout en préservant l'ensemble des liens entre l'enfant et sa mère biologique. Par ailleurs, ils ont invité les tribunaux à passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à cette mesure.

La juridiction de première instance a refusé d'homologuer la convention, estimant qu'il ressortait de l'article 182 du code civil que le législateur avait clairement prévu que l'adoption monoparentale rompait le lien juridique entre l'adopté et son parent du même sexe que son parent adoptif mais préservait le lien juridique avec son parent [biologique] du sexe opposé [à celui de son parent adoptif]. Elle a précisé que la loi ne permettait au juge de constater la rupture de ce dernier lien, non affecté par l'adoption en elle-même, que dans cette hypothèse. Elle a conclu à l'illicéité de la convention dont les demandeurs sollicitaient l'homologation, qui aurait conduit à l'adoption [de l'enfant] par une femme et à la rupture de ses liens avec son père biologique mais non avec sa mère biologique, ajoutant que cette conclusion était conforme à la Constitution et, en particulier, aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a précisé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, considérant que la question de l'adoption par des homosexuels, sous l'effet d'une évolution des mentalités, traversait une phase de transition, accordait aux États membres une marge d'appréciation particulièrement étendue en la matière. Elle a conclu qu'il appartenait aux seuls États de décider de l'opportunité d'offrir à deux personnes du même sexe la possibilité de créer un lien juridique avec un enfant sur un pied d'égalité, dans les limites fixées par l'article 8 § 2 de la Convention, et que le droit autrichien excluait la mesure voulue par les demandeurs.

La juridiction d'appel a confirmé la décision rendue en première instance, estimant que la loi reposait manifestement sur le postulat voulant que le terme « parents » désigne nécessairement deux personnes de sexe opposé, ce que confirmerait selon elle

la priorité accordée par principe aux parents biologiques sur d'autres personnes en matière d'autorité parentale. Elle a considéré qu'il en allait de même dans le domaine du droit de l'adoption, dont les règles lui paraissaient également fondées, conformément à la réalité biologique, sur le socle du couple composé de parents de sexe opposé. Elle a estimé que, en présence des deux parents de sexe opposé, il n'y avait pas lieu de prévoir une disposition autorisant le partenaire homosexuel de l'un d'entre eux à se substituer à l'autre, et qu'il n'y avait là nulle volonté de discrimination à l'encontre des couples homosexuels. Elle a ajouté que, en matière de droit de visite et d'hébergement également, il ne faisait aucun doute que les contacts personnels du mineur avec ses deux parents de sexe opposé, c'est-à-dire avec une femme (sa mère) et un homme (son père) responsables de lui, étaient hautement souhaitables pour son bon développement, le maintien de relations personnelles, au moins minimales, entre l'enfant et ses deux parents (biologiques) étant fortement recommandé et généralement exigé dans l'intérêt de l'épanouissement de l'enfant. Elle a jugé que ces considérations valaient aussi en matière d'adoption. Par ailleurs, elle a conclu, comme le premier juge, à l'absence de discrimination à l'égard des couples homosexuels au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. À cet égard, elle a rappelé que suivant celle-ci une différence de traitement opérée à l'égard de personnes vivant une relation homosexuelle n'était discriminatoire que si elle ne reposait pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuivait pas un but légitime ou s'il n'y avait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, et qu'une différence de traitement pouvait être réputée compatible avec la Convention en présence d'éléments solides justifiant pareille appréciation. La juridiction d'appel a conclu à la légitimité du but poursuivi par le législateur autrichien, qui pour elle avait cherché à veiller à ce que, en grandissant, les enfants aient tant avec leur parent de sexe féminin qu'avec leur parent de sexe masculin les contacts réguliers nécessaires à leur développement. Elle a ajouté que cet objectif était tout aussi respectable que le choix de la mère de l'enfant de vivre une relation homosexuelle et estimé qu'il n'apparaissait pas justifié de priver l'enfant de ses liens familiaux avec son parent du sexe opposé.

Ayant constaté qu'il n'existait pas de jurisprudence sur la question de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents biologiques, la juridiction d'appel a estimé qu'il convenait d'autoriser les appelants à se pourvoir en cassation.

Le pourvoi des intéressés est recevable pour les motifs exposés par la cour d'appel, mais dépourvu de fondement.

L'article 179 § 2 du code civil énonce que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. La doctrine a interprété cette disposition comme interdisant l'adoption – simultanée ou successive – par plusieurs personnes du même sexe (voir *Schwimmann in Schwimmann*, code civil § 179, point 6, et *Hopf in Kosiol/Bydlinksi/Bollenberger*, § 179, point 2, cités dans un arrêt du tribunal régional de Vienne du 27 août 2001 – EFSlg 96.699).

La deuxième phrase de l'article 182 § 2 du code civil régit les effets de l'adoption monoparentale. Si l'enfant n'est adopté que par un adoptant (ou une adoptante), seuls les liens familiaux qui l'unissent à son père biologique (ou à sa mère biologique) et aux parents de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus. Il ressort clairement de la jurisprudence (EdBem RV 107 B1gNR IX. GP, 21) que cette disposition doit être interprétée comme signifiant que les liens juridiques non patrimoniaux ne sont rompus qu'à l'égard du parent biologique auquel se substitue un parent adoptif du même sexe que lui. Concrètement, cela signifie notamment que l'adoption d'un enfant par une

femme ne peut priver celui-ci de son père biologique (voir aussi : Schwimarn in *Schwimarn*, op. cit., § 182, alinéa 3 ; Stabertheiner in *Rumwiesl I*, § 182, alinéa 2).

Cette disposition ne peut recevoir l'interprétation extensive préconisée par les demandeurs au pourvoi, et il n'existe pas de lacune législative fortuite à laquelle il conviendrait de remédier par analogie. Selon la jurisprudence (*op. cit.*, 11), l'adoption vise au premier chef à garantir le bien-être de l'enfant mineur (principe de protection). L'adoption doit être comprise comme un moyen approprié de confier à des individus aptes et responsables la garde et l'éducation d'enfants privés de parents, d'enfants issus de familles désunies, ou d'enfants qui, pour quelque raison que ce soit, ne peuvent recevoir une éducation correcte de leurs parents ou sont rejetés par eux. Cet objectif ne peut toutefois être atteint que si l'adoption permet de recréer autant que possible la situation que l'on retrouve dans une famille biologique.

Il ressort tout aussi clairement de la jurisprudence (6 Ob 179/05z) que le lien entre l'enfant et son parent adoptif doit être assimilé, du point de vue social et psychologique, à celui qui existe entre les parents biologiques et leurs enfants. Le modèle des rapports entre parents et enfants qui a cours en matière d'adoption de mineurs s'inspire des liens sociaux et psychologiques particuliers qui existent entre des parents et des jeunes gens proches de l'âge adulte. Ces rapports associent aux liens sociaux classiques de proximité physique et relationnelle (cohabitation, prise en charge des besoins physiques et psychologiques de l'enfant par les parents) des relations affectives analogues à l'amour que se portent mutuellement les parents et leurs enfants et confèrent aux premiers un rôle spécifique de mentors et de référents.

L'article 182 § 2 du code civil interdit de manière générale (et pas seulement aux couples homosexuels) tant l'adoption par un homme aussi longtemps que subsiste le lien de filiation entre l'enfant à adopter et le père biologique de celui-ci que l'adoption d'un enfant par une femme aussi longtemps que subsiste le lien de filiation entre celui-ci et sa mère biologique. Il résulte donc de l'article 182 § 2 que la personne qui adopte seule un enfant ne se substitue pas indifféremment à l'un ou à l'autre des parents, mais seulement au parent du même sexe qu'elle. Il s'ensuit que l'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère biologique est juridiquement impossible.

Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, cette disposition satisfait aussi au critère de conformité avec la Constitution (la perspective des droits fondamentaux). Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 26 février 2002 en l'affaire *Fretté* [précitée], où elle était appelée à examiner si le refus par les autorités d'autoriser l'adoption d'un enfant par un homme homosexuel s'analysait en une discrimination, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'adoption consistait à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et déclaré que l'État devait veiller à ce que les personnes choisies comme adoptantes soient celles qui puissent offrir à l'enfant, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables. Après avoir relevé notamment les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales sur la question des conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels et constaté l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes, la Cour a estimé que les États devaient se voir accorder une ample marge d'appréciation en la matière. Elle a jugé que le refus d'autoriser une adoption par un homosexuel n'était pas contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dès lors qu'il poursuivait un but légitime, en l'occurrence la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, et qu'il ne transgressait pas le principe de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi.

Les demandeurs n'ont pas établi que les dispositions de l'article 182 § 2 du code civil autrichien dépassent la marge d'appréciation reconnue par la Cour européenne

ou qu'elles enfreignent le principe de proportionnalité, et il n'existe aucun autre élément propre à faire conclure en ce sens. Dans ces conditions, la Cour suprême n'a aucun doute sur la conformité de cette disposition avec la Constitution, qui se trouve mise en cause par les demandeurs.

L'adoption voulue par les demandeurs étant juridiquement impossible, il n'apparaît pas nécessaire de rechercher si les conditions dans lesquelles il peut être passé outre à l'absence de consentement du père, mesure exceptionnelle prévue par l'article 181 § 3 du code civil, sont réunies. »

L'arrêt de la Cour suprême fut notifié à l'avocat des requérants le 24 octobre 2006.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Dispositions concernant l'adoption

21. Le code civil (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) comporte des dispositions qui définissent les termes « mère » et « père ».

L'article 137b se lit ainsi :

« La mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance. »

L'article 138 énonce :

« 1) Le père d'un enfant est

1. l'homme qui était marié avec la mère de l'enfant au moment de la naissance ou l'était lorsqu'il est décédé, à condition que son décès soit intervenu 300 jours au plus avant la naissance, ou

2. l'homme qui a reconnu sa paternité, ou

3. l'homme dont la paternité a été établie en justice. »

22. Les dispositions suivantes du code civil relatives à l'adoption sont pertinentes en l'espèce.

L'article 179, en ses passages pertinents, se lit ainsi :

« 1) Les personnes ayant l'âge requis et la pleine capacité juridique (...) peuvent adopter. L'adoption a pour effet de créer un lien de filiation adoptive entre l'enfant adopté et le parent adoptif.

2) L'adoption d'un enfant par plus d'une personne, qu'elle soit simultanée ou successive, étant entendu que, dans ce dernier cas, le premier lien d'adoption subsiste, n'est autorisée que si les parents adoptifs forment un couple marié. En principe, l'adoption par un couple marié doit être conjointe. Par exception, un époux peut procéder seul à une adoption si l'enfant à adopter est l'enfant biologique de son conjoint, si son conjoint n'a pas l'âge requis ou la différence d'âge requise avec l'adopté, si le lieu de résidence de son conjoint est inconnu depuis au moins un an, s'il n'y a plus de communauté de vie entre les époux depuis au moins trois ans, ou si des motifs analogues et particulièrement importants justifient l'adoption par un seul des époux. »

23. Selon l'article 179 a du code civil, l'adoption requiert une convention écrite entre l'adoptant et l'adopté (qui doit être représenté par son représentant légal s'il est mineur) et l'homologation de cette convention par le tribunal compétent.

24. Le tribunal homologue la convention après avoir vérifié qu'elle répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'il existe entre les personnes qui y sont parties un lien équivalent à celui qui unit un parent à son enfant biologique ou que les parties entendent créer un tel lien (article 180 a du code civil).

25. Les dispositions pertinentes de l'article 181 du code civil, tel qu'en vigueur à l'époque des faits, étaient ainsi libellées :

« 1) L'homologation de la convention d'adoption ne peut être accordée que si les personnes suivantes y consentent :

1. les parents de l'enfant mineur à adopter ;
2. le conjoint de l'adoptant ;
3. le conjoint de la personne à adopter ;
4. l'enfant à adopter dès lors qu'il est âgé d'au moins quatorze ans.

(...)

3) Si l'une des parties le lui demande, le juge passe outre au refus de l'une des personnes visées aux alinéas 1 à 3 du premier paragraphe du présent article dès lors que ce refus n'est pas justifié par des motifs légitimes. »

26. Selon la jurisprudence des juridictions autrichiennes, la mesure prévue par l'article 181 § 3 du code civil, qui permet au juge de passer outre au refus d'une partie de consentir à l'adoption, revêt un caractère exceptionnel et ne peut être prise que dans le cas où l'intérêt de l'enfant à être adopté prévaut clairement sur les intérêts de celui de ses parents biologiques qui est opposé à l'adoption, notamment son intérêt à entretenir des relations avec l'enfant. Elle peut aussi être envisagée lorsque le refus n'est pas justifié sur le plan moral. Tel est notamment le cas lorsque le parent opposé à l'adoption manifeste une vive hostilité à l'égard de la famille adoptante ou lorsque ses manquements flagrants à ses obligations légales envers l'enfant compromettent durablement le développement de celui-ci ou l'auraient durablement compromis si un tiers n'était pas intervenu.

27. L'article 182 du code civil, qui régit les effets de l'adoption, se lit comme suit :

« 1) L'adoption crée les mêmes droits que ceux découlant de la filiation légitime entre, d'une part, l'adoptant et ses descendants, et, d'autre part, l'adopté et ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet.

2) En cas d'adoption d'un enfant par un couple marié, les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même (article 40) – existant entre, d'une part, les parents biologiques et les membres de leur famille, et, d'autre part, l'enfant adopté et

ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet, sont rompus à ce moment, sous réserve des exceptions prévues à l'article 182a. Dans le cas où l'enfant n'est adopté que par un père adoptif (ou une mère adoptive), seuls ses liens familiaux avec son père biologique (ou sa mère biologique) et la famille de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus. Dans le cas où les liens avec l'autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus si le parent concerné y consent. La rupture des liens intervient à la date où la déclaration de consentement est formulée, sans pouvoir être antérieure à la date de prise d'effet de l'adoption. »

Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans la présente affaire que l'article 182 § 2 est interprété comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire.

28. L'adoption a pour effet de rompre tous les liens familiaux, excepté celui de filiation, entre l'enfant adopté et son ou ses parents biologiques. Il en résulte notamment que ces derniers perdent tous leurs droits parentaux, notamment le droit de garde, le droit de visite et le droit d'être consultés et informés (voir ci-dessous).

29. Toutefois, le ou les parents biologiques de l'enfant adopté demeurent débiteurs d'une obligation subsidiaire d'entretien à l'égard de celui-ci (article 182a du code civil). Par ailleurs, l'article 182b prévoit le maintien d'un lien en matière successorale: l'adopté conserve des droits successoraux à l'égard de son ou ses parents biologiques, et ceux-ci, ainsi que leurs descendants, viennent à la succession de l'adopté à titre subsidiaire, les droits successoraux des parents adoptifs et de leurs descendants prévalant.

30. Il ressort des dispositions du code civil exposées ci-dessus que l'adoption peut revêtir deux formes en droit autrichien: celle de l'adoption conjointe par un couple, réservée aux couples mariés, et celle de l'adoption monoparentale. Cette dernière forme d'adoption est ouverte aux homosexuels comme aux hétérosexuels, qu'ils vivent, dans le cas des premiers, dans le cadre d'un couple marié (mais alors les possibilités qui leur sont offertes d'adopter seuls un enfant sont fortement restreintes), en union libre ou en célibataires, ou dans le cas des seconds, dans le cadre d'un partenariat enregistré, en union libre ou comme célibataires.

31. L'adoption coparentale, c'est-à-dire l'adoption par une personne de l'enfant biologique de son partenaire, est ouverte aux couples hétérosexuels (mariés ou non), mais non aux couples homosexuels.

32. Un projet de loi modifiant les dispositions du code civil qui régissent les rapports entre parents et enfants ainsi que le droit au nom et remaniant certains autres textes (*Kindschaftsrechts- und Namensrechtsänderungsgesetz*) est actuellement à l'examen. Ce projet ne comporte aucune proposition d'amendement des dispositions dont il est question en l'espèce, notamment des articles 179 à 182 du code civil. Les amendements proposés impliquent qu'elles soient renumérotées, mais leur libellé demeurera inchangé.

B. Dispositions concernant les couples homosexuels

33. Il ressort de l'article 44 du code civil que les couples homosexuels n'ont pas accès au mariage (voir, sur ce point, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010). La disposition en question est ainsi libellée :

« Le contrat de mariage constitue la base des relations familiales. En vertu de pareil contrat, deux personnes de sexe opposé déclarent leur intention légitime de vivre ensemble et d'être unies par les liens indissolubles du mariage, de procréer et d'élever des enfants et de se porter aide et assistance mutuelles. »

34. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, la loi sur le partenariat enregistré offre aux couples homosexuels la possibilité de conclure un partenariat enregistré.

35. L'article 2 de cette loi se lit ainsi :

« Un partenariat enregistré ne peut être conclu que par deux personnes du même sexe (partenaires enregistrés). Ces personnes s'engagent ainsi à nouer une relation durable comportant des droits et obligations mutuels. »

36. Les règles relatives à la conclusion d'un partenariat enregistré, à ses effets et à sa dissolution sont proches de celles qui régissent le mariage (pour plus de détails, *Schalk et Kopf*, précité, §§ 16-23). À l'instar des couples mariés, les partenaires enregistrés doivent à tous égards vivre comme des époux, partager un domicile commun et se respecter et s'assister mutuellement (article 8 §§ 2 et 3). Ils ont les mêmes obligations alimentaires que les époux (article 12). La loi sur le partenariat enregistré apporte aussi à la législation en vigueur toute une série de modifications destinées à conférer aux partenaires enregistrés le même statut que les époux dans diverses autres branches du droit telles que le droit des successions, le droit du travail, le droit social et de la sécurité sociale, le droit fiscal, le droit sur la protection des données et le service public, les questions de passeport et de déclaration domiciliaire ainsi que le droit des étrangers.

37. Toutefois, il subsiste certaines différences entre le mariage et le partenariat enregistré, la plus importante ayant trait aux droits parentaux. Par exemple, l'assistance médicale à la procréation n'est ouverte qu'aux couples hétérosexuels, mariés ou non (article 2 § 1 de la loi sur la procréation artificielle – *Fortpflanzungsmedizingesetz*).

38. En outre, les partenaires enregistrés ne sont pas autorisés à procéder à une adoption conjointe ou à une adoption coparentale.

39. En effet, d'après l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré,

« Un partenaire enregistré ne peut adopter un enfant conjointement avec son partenaire ni adopter l'enfant de celui-ci. »

40. En revanche, un partenaire enregistré peut adopter seul un enfant. Une modification apportée à l'article 181 § 1 alinéa 2 du code civil au moment de l'adoption de la loi sur le partenariat enregistré énonce qu'un

partenaire enregistré désireux d'adopter un enfant doit y être autorisé par son partenaire.

41. Dans sa partie générale, le rapport explicatif sur le projet de loi (*Erläuterungen zur Regierungsvorlage*, annexe n° 485 aux actes du Conseil national, XXIV GP) souligne que la loi sur le partenariat enregistré vise à offrir aux couples homosexuels un mécanisme officiel reconnaissant leur relation et donnant à celle-ci un effet juridique, ce notamment pour tenir compte des évolutions intervenues dans d'autres États européens. Il en ressort toutefois que le législateur n'a pas voulu introduire de nouvelles dispositions concernant les enfants ou modifier la législation applicable en la matière. À cet égard, le rapport précise que l'adoption conjointe d'un enfant par des partenaires enregistrés est exclue, de même que l'adoption par un partenaire enregistré de l'enfant de l'autre.

42. Le commentaire relatif à l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré indique que l'interdiction de l'adoption dans le cas prévu par cette disposition avait été demandée à plusieurs reprises lors de la procédure de consultation. En outre, ce commentaire souligne que les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *E. E. c. France* ([GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008) et *Fretté* (arrêt précité) ne sont pas pertinents en ce qui concerne ledit texte dès lors qu'ils ne portent que sur la question des capacités éducatives des requérants et que, en la matière régie par ce texte, le législateur dispose d'une totale liberté. Il y est en outre précisé que, dans le cas d'un partenariat enregistré, l'adoption coparentale et l'adoption conjointe sont toujours exclues, le droit autrichien de l'adoption interdisant qu'un enfant ait, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères.

43. Le commentaire relatif à l'amendement apporté à l'article 181 § 1, alinéa 2, du code civil se borne à énoncer que l'absence dans le projet de loi d'une quelconque proposition d'amendement à cette disposition résulte d'une omission à laquelle il a été ultérieurement remédié.

C. Dispositions concernant les enfants nés hors mariage

44. En application de l'article 166 du code civil, un enfant né hors mariage est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère (ce qui signifie qu'elle en a la garde, qu'elle doit veiller à son bien-être et à son éducation, qu'elle en est la représentante légale et qu'elle administre ses biens).

45. En vertu de l'article 167 du même code, lorsque les parents d'un enfant né hors mariage cohabitent, ils peuvent décider d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leur enfant. Un amendement entré en vigueur le 1^{er} juillet 2001 a étendu cette faculté aux parents qui ne cohabitent pas. Toute convention d'exercice conjoint de l'autorité parentale

doit être homologuée par le juge, qui recherchera si la convention sert l'intérêt supérieur de l'enfant.

46. Les deux parents sont tenus de pourvoir à l'entretien de l'enfant (article 140 § 1 du code civil). L'obligation d'entretien s'exécute en principe en nature. Toutefois, le parent qui ne cohabite pas avec l'enfant doit exécuter son obligation d'entretien sous la forme d'une pension alimentaire.

47. L'article 148 § 1 du code civil attribue un droit de visite et d'hébergement au parent qui ne cohabite pas avec l'enfant. Depuis le 1^{er} juillet 2001, cette prérogative n'appartient plus au seul parent, mais aussi à l'enfant lui-même. Il incombe au parent et à l'enfant de convenir des modalités d'exercice du droit de visite et d'hébergement. S'ils ne parviennent pas à s'accorder sur ce point, il reviendra au juge, à la demande de l'une des personnes concernées, d'aménager le droit de visite et d'hébergement en fonction des besoins et des souhaits de l'enfant, conformément à l'intérêt supérieur de celui-ci.

48. En outre, aux termes de l'article 178 § 1 du code civil, le parent qui n'a pas l'autorité parentale a le droit d'être informé relativement à différentes questions importantes concernant l'enfant, certaines décisions touchant à ces questions ne pouvant d'ailleurs être prises sans son approbation.

III. CONVENTIONS INTERNATIONALES ET DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

A. La Convention relative aux droits de l'enfant

49. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990, la Convention relative aux droits de l'enfant a été ratifiée par tous les États membres du Conseil de l'Europe. Ses dispositions pertinentes en l'espèce se lisent ainsi :

Article 3

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de

la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.»

Article 21

« Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ;

(...)»

B. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée en 2008) (« la Convention de 2008 »)

50. Ouverte à la signature le 27 novembre 2008, la Convention européenne (révisée) en matière d'adoption des enfants est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2011. Elle a été ratifiée par sept États, à savoir le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Norvège, les Pays-Bas, la Roumanie et l'Ukraine. L'Autriche ne l'a ni ratifiée ni signée.

51. Il ressort du préambule de cet instrument que certaines dispositions de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967 ont été révisées notamment au motif qu'elles étaient dépassées et incompatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les passages pertinents de la Convention de 2008 se lisent ainsi :

Article 4 – Prononcé de l'adoption

« 1. L'autorité compétente ne prononce l'adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

2. Dans chaque cas, l'autorité compétente attache une importance particulière à ce que l'adoption apporte à l'enfant un foyer stable et harmonieux. »

Article 7 – Conditions de l'adoption

« 1. La législation permet l'adoption d'un enfant :

a) par deux personnes de sexe différent

i. qui sont mariées ensemble ou,

ii. lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré ;

b) par une seule personne.

2. Les États ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable. »

Article 11 – Effets de l'adoption

« 1. Lors de l'adoption, l'enfant devient membre à part entière de la famille de l'adoptant ou des adoptants et a, à l'égard de l'adoptant ou des adoptants et à l'égard de sa ou de leur famille, les mêmes droits et obligations que ceux d'un enfant de l'adoptant ou des adoptants dont la filiation est légalement établie. L'adoptant ou les adoptants assument la responsabilité parentale vis-à-vis de l'enfant. L'adoption met fin au lien juridique existant entre l'enfant et ses père, mère et famille d'origine.

2. Néanmoins, le conjoint, le partenaire enregistré ou le concubin de l'adoptant conserve ses droits et obligations envers l'enfant adopté si celui-ci est son enfant, à moins que la législation n'y déroge.

(...)»

52. Sous la rubrique « Considérations générales », le rapport explicatif à la Convention de 2008 énonce ce qui suit :

« 14. D'un certain point de vue, la bonne pratique de l'adoption ne comporte qu'un seul principe essentiel, à savoir que l'adoption doit avoir pour but l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le stipule le paragraphe 1 de l'article 4 de la Convention (...) »

53. Les passages pertinents en l'espèce des observations de ce rapport figurant sous la rubrique « article 7 – Conditions de l'adoption » se lisent ainsi :

« 42. Le présent article prévoit l'adoption soit par un couple, soit par une seule personne.

43. Alors que le champ d'application de la Convention de 1967 est limité aux couples hétérosexuels mariés, le champ d'application de la Convention révisée s'étend aux couples hétérosexuels non mariés qui ont conclu un partenariat enregistré dans les États reconnaissant cette institution. Cette disposition prend en compte l'évolution observée dans de nombreux États.

(...)

45. Concernant le paragraphe 2, il a été relevé que deux États parties (la Suède en 2002 et le Royaume-Uni en 2005) ont dénoncé la Convention au motif que les partenaires enregistrés de même sexe, conformément à leur législation nationale, pouvaient faire une demande conjointe pour devenir parents adoptifs, ce qui contrevient à la Convention. Des situations analogues dans d'autres pays pourraient également déboucher sur la dénonciation de la Convention de 1967. Néanmoins, il a aussi été relevé que le droit pour des partenaires enregistrés de même sexe d'adopter conjointement un enfant n'était pas une solution qu'un grand nombre d'États parties étaient prêts à accepter à l'heure actuelle.

46. Dans ces conditions, le paragraphe 2 permet aux États qui le souhaitent d'étendre la portée de la Convention révisée à l'adoption par des couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou partenaires enregistrés. À cet égard, il n'est pas rare que

des instruments du Conseil de l'Europe introduisent des dispositions novatrices tout en laissant la liberté aux États parties de décider d'appliquer lesdites dispositions (...)

47. Les États ont également toute latitude pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent ou de même sexe vivant ensemble dans une relation stable. Il appartient aux États parties d'établir les critères d'évaluation de la stabilité d'une telle relation. »

C. Recommandation du Comité des Ministres

54. Adoptée le 31 mars 2010, la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre porte sur un large éventail de domaines dans lesquels les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres peuvent être confrontées à la discrimination. En ce qui concerne le « droit au respect de la vie privée et familiale », cette recommandation énonce ce qui suit :

« 23. Lorsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les États membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents, y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs.

24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les États membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable.

25. Lorsque la législation nationale ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les États membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent.

(...)

27. Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les États membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. »

IV. DROIT COMPARE

A. L'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe

55. Une étude récente du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe intitulée « La discrimination fondée sur l'orientation

sexuelle et l'identité de genre en Europe » (éditions du Conseil de l'Europe, juin 2011) comporte notamment les passages suivants :

« Trois possibilités s'offrent aux personnes LGBT [lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres] qui veulent adopter un enfant. Tout d'abord, une femme lesbienne ou un homme gay célibataire peut déposer une demande pour devenir parent adoptif (adoption par une personne célibataire). Autre possibilité, une personne peut adopter les enfants biologiques ou adoptés de son/sa partenaire de même sexe, sans que le premier parent ne perde ses droits légaux. Cette procédure, appelée « adoption par le second parent », donne à l'enfant deux représentants légaux. L'adoption par le second parent protège aussi les parents en leur donnant, à eux deux, le statut de parent reconnu par la loi. En cas de non-adoption par le second parent, l'enfant et le parent non biologique sont privés de certains droits si le parent biologique décède ou en cas de divorce, de séparation ou d'autres circonstances empêchant le parent d'exercer ses responsabilités parentales. L'enfant n'a pas non plus le droit d'hériter du parent non biologique. En outre, sur un plan pratique, le droit au congé parental est exclu en cas de non-adoption par le second parent, ce qui peut constituer un préjudice financier pour les familles LGBT. La troisième procédure est l'adoption conjointe d'un enfant par un couple de même sexe.

Dix États membres autorisent l'adoption par le second parent pour les couples de même sexe (Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Islande, Norvège, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suède). À l'exception de l'Allemagne et de la Finlande, ces États membres autorisent aussi l'adoption conjointe pour les couples de même sexe. En Autriche et en France, l'adoption par le second parent n'est pas possible, mais les couples de même sexe ayant conclu un partenariat enregistré peuvent bénéficier d'un certain degré d'autorité et de responsabilités parentales. Trente-cinq États membres ne donnent pas accès à l'adoption conjointe ni à l'adoption par le second parent : Albanie, Andorre, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, « l'ex-République yougoslave de Macédoine », Fédération de Russie, Géorgie, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie et Ukraine (...)

B. Autres éléments de droit comparé

56. Les données dont la Cour dispose, notamment celles contenues dans une étude portant sur trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe, font apparaître qu'aux dix pays ouvrant l'adoption coparentale aux couples homosexuels mentionnés dans l'étude du Commissaire aux droits de l'homme – l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni (hormis l'Irlande du Nord) et la Suède – s'ajoute la Slovaquie, dont les tribunaux ont récemment autorisé cette forme d'adoption.

57. La majorité (vingt-quatre) des trente-neuf États membres du Conseil de l'Europe étudiés réservent l'adoption coparentale aux couples mariés. Dix États membres – la Belgique, l'Espagne, l'Islande, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni (sauf l'Irlande du Nord), la Russie,

la Slovaquie et l'Ukraine – étendent l'adoption coparentale aux couples non mariés, mais seuls six d'entre eux ne font pas de distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels à cet égard, les quatre autres (le Portugal, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine) – à l'instar de l'Autriche – réservant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés et l'interdisant aux couples homosexuels non mariés.

Les autres États étudiés ont apporté différentes réponses à la question de l'adoption coparentale, telle celle qui consiste à ouvrir cette possibilité aux couples mariés ainsi qu'aux partenaires enregistrés (solution retenue notamment par l'Allemagne et la Finlande) et à l'interdire aux couples non mariés, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8

58. Invoquant l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, les requérants se disent victimes, dans la jouissance de leur droit au respect de leur vie familiale, d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième d'entre eux. D'après eux, il n'existe aucun motif raisonnable et objectif propre à justifier que l'on ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels – mariés ou non – mais qu'on l'interdise aux couples homosexuels.

L'article 8 de la Convention se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

L'article 14 de la Convention est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »

A. Sur la recevabilité

59. Le Gouvernement soutient qu'aucune question de discrimination ne se pose en l'espèce et que la requête doit donc être déclarée irrecevable pour défaut manifeste de fondement. À cet égard, il fait valoir que les juridictions internes ont refusé d'autoriser l'adoption du deuxième requérant aux motifs que le père de celui-ci s'y opposait et qu'elle n'était pas dans l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, le fait que l'adoption par un homosexuel de l'enfant de son partenaire soit juridiquement impossible au regard de l'article 182 § 2 du code civil ne serait pas entré en ligne de compte. Ce serait donc un contrôle abstrait de cette disposition que les requérants inviteraient la Cour à effectuer.

60. Il apparaît ainsi que le Gouvernement plaide que les intéressés ne peuvent se prétendre victimes de la violation alléguée, au sens de l'article 34 de la Convention, faute pour eux d'avoir été directement touchés par la législation critiquée en l'espèce. La Cour relève toutefois qu'il n'a pas formellement soulevé d'exception d'irrecevabilité à cet égard. Elle estime que les arguments susmentionnés doivent être traités dans le cadre de l'examen du fond de l'affaire.

61. La Cour constate que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Elle la déclare donc recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

62. Les requérants soutiennent que leur situation est comparable à celle d'un couple hétérosexuel élevant des enfants. Ils s'appuient sur de nombreuses études scientifiques aboutissant à la conclusion que les enfants s'épanouissent tout aussi bien dans des familles homoparentales que dans des familles hétéroparentales.

63. En droit autrichien, l'adoption coparentale serait ouverte aux couples mariés, mais les couples homosexuels n'auraient pas accès au mariage et, même en cas de conclusion d'un partenariat enregistré, cette forme d'adoption leur serait expressément interdite par l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré. Cela étant, les requérants soulignent qu'ils ne revendiquent pas un droit qui serait réservé aux familles fondées sur le mariage.

64. Le problème fondamental en l'espèce serait celui de l'inégalité de traitement entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels non mariés. Le droit autrichien ouvrirait l'adoption

coparentale aux couples hétérosexuels non mariés, mais il l'interdirait aux couples homosexuels non mariés. Il y aurait là une différence cruciale avec l'affaire *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, CEDH 2012), le droit français réservant l'adoption coparentale aux couples mariés. La question soulevée par la présente affaire serait donc analogue à celle qui se posait dans l'affaire *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, CEDH 2003-IX) où la législation autrichienne déniait aux couples homosexuels un droit reconnu aux couples hétérosexuels non mariés. En outre, seuls quatre États membres du Conseil de l'Europe auraient comme l'Autriche adopté la position consistant à ouvrir l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés tout en l'interdisant aux couples homosexuels. La grande majorité des États membres réserveraient cette forme d'adoption aux couples mariés ou l'étendraient aux couples non mariés quelle que soit leur orientation sexuelle.

65. Les requérants considèrent qu'ils ont incontestablement fait l'objet d'une différence de traitement dans la procédure critiquée. Devant les juridictions internes, ils auraient soutenu que le refus du père du deuxième requérant de consentir à l'adoption était injustifié parce que contraire à l'intérêt de l'enfant, que l'intérêt de ce dernier à être adopté devait prévaloir sur celui de son père à s'y opposer et que, dès lors, le tribunal de district aurait dû passer outre à cette opposition comme le permettait l'article 181 §3 du code civil. D'après les requérants, si le tribunal de district avait été saisi d'une demande identique par un couple hétérosexuel, il l'aurait examinée au fond et aurait dû rendre une décision distincte concernant le refus du père de l'enfant. Or cette juridiction aurait opposé une fin de non-recevoir à la demande des intéressés au motif que l'adoption envisagée était en tout état de cause impossible au regard du droit autrichien. La Cour suprême aurait expressément approuvé cette position.

66. Les requérants soulignent que c'est l'impossibilité absolue dans leur cas de procéder à une adoption qui se trouve au cœur de leur grief. La présente espèce s'apparenterait à l'affaire *E.B. c. France* ([GC], n° 43546/02, 22 janvier 2008) en ce que les première et troisième requérantes seraient, du fait de leur orientation sexuelle, privées de toute possibilité effective d'adopter.

67. Suivant la thèse des requérants, dès lors que le Gouvernement soutient que le droit autrichien de l'adoption vise à protéger l'intérêt de l'enfant, il lui incombe, d'après la jurisprudence de la Cour, de démontrer que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale est nécessaire à la réalisation de cet objectif. Or il existerait au sein de la communauté scientifique un large consensus pour considérer que les couples homosexuels sont tout aussi capables que les couples hétérosexuels d'assurer aux enfants un développement harmonieux. Les requérants ont produit devant la Cour toute une série de publications à l'appui de leur thèse. À l'audience, ils se sont référés en particulier à une

vaste étude intitulée « La vie des enfants élevés par des partenaires homosexuels » (Marina Rupp (éd.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, Cologne, 2009), qui avait été réalisée à la demande du ministère de la Justice allemand.

68. Quant à l'argument du Gouvernement selon lequel le droit autrichien tend à empêcher qu'un enfant ait, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères, force serait pour les requérants de constater que, bien que formant depuis longtemps une famille de fait, ils ne peuvent toujours pas obtenir la reconnaissance juridique de leur vie familiale. En outre, il ne serait pas rare qu'un enfant adopté ait deux pères ou deux mères au regard du droit autrichien. En vertu de l'article 182 § 2 du code civil, l'adoption romprait les liens familiaux existant entre l'enfant adopté et son ou ses parents biologiques, mais elle laisserait subsister entre eux des obligations d'entretien et des droits successoraux réciproques, quoique subsidiaires par rapport à ceux des parents adoptifs.

69. Il ressortirait de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 2008 (« la Convention de 2008 »), de la Recommandation du Comité des Ministres du 31 mars 2010 et de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant que le principe fondamental en matière d'adoption est l'intérêt supérieur de l'enfant, et non le sexe ou l'orientation sexuelle des parents. Enfin, contrairement à la thèse du Gouvernement, le droit autrichien n'offrirait pas d'autres voies de reconnaissance juridique des liens entre un enfant et le partenaire homosexuel de l'un de ses parents.

b) Le Gouvernement

70. Le Gouvernement ne conteste pas que l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce, et il admet que les relations unissant les trois requérants relèvent de la notion de vie familiale. Toutefois, il estime que les faits de l'espèce diffèrent de ceux qui étaient à l'origine de l'affaire *Gas et Dubois* (précitée) en ce que le deuxième requérant aurait un père avec qui il entreprendrait aussi des rapports familiaux.

71. Considérant par ailleurs que la situation des requérants n'était pas comparable à celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, le Gouvernement invite la Cour à s'en tenir aux conclusions auxquelles elle est parvenue dans l'arrêt *Gas et Dubois* (précité, §§ 66-68).

72. Il reconnaît en revanche que les première et troisième requérantes se trouvent dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié, concédant que, en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier. Il admet de surcroît que les deux situations sont comparables en ce que toute adoption exige le consentement des deux parents biologiques.

73. S'appuyant sur les arrêts *Emonet et autres c. Suisse* (n° 39051/03, 13 décembre 2007) et *Esti c. Autriche* (n° 21949/03, 25 janvier 2007), le Gouvernement ajoute que la rupture du lien de filiation consécutive à l'adoption d'un mineur a été jugée compatible avec l'article 8 et que les États disposent d'une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption. Il précise que le droit autrichien en la matière donne la priorité aux parents biologiques en ce qui concerne l'autorité parentale et que l'adoption ne doit être autorisée que lorsqu'elle sert manifestement l'intérêt de l'enfant. L'adoption entraînerait en effet la perte des droits parentaux pour le parent biologique concerné, et le consentement de celui-ci, dont les liens avec l'enfant seraient également protégés par l'article 8, serait une condition préalable à l'adoption. Le droit autrichien ménagerait ainsi un équilibre raisonnable entre tous les intérêts en présence.

74. Aucune question de discrimination ne se poserait en l'espèce car les première et troisième requérantes n'auraient pas été traitées autrement qu'un couple hétérosexuel non marié. Après avoir examiné attentivement la question de l'intérêt du deuxième requérant à être adopté, les juridictions nationales, notamment le tribunal régional, auraient constaté que l'enfant avait des liens avec son père, et elles auraient conclu pour cette raison qu'il n'y avait pas lieu de substituer un parent adoptif à ce dernier. Le consentement préalable des deux parents biologiques serait une condition essentielle à toute adoption. Le Gouvernement fait valoir que, compte tenu de l'opposition du père du deuxième requérant, les tribunaux internes n'auraient pas davantage pu homologuer la convention d'adoption si la demande avait émané d'un partenaire de sexe opposé à celui de la troisième requérante et non marié avec elle. Il estime par ailleurs que les intéressés ont échoué à démontrer qu'il existait des motifs de passer outre au refus par le père de l'enfant de consentir à l'adoption et ajoute qu'ils n'ont pas demandé aux tribunaux de statuer expressément sur ce point.

75. Le Gouvernement affirme de surcroît que le code civil ne poursuit pas un objectif d'exclusion des couples homosexuels. Selon lui, l'impossibilité pour une femme d'adopter l'enfant d'une autre femme ferait également échec au projet d'une tante d'adopter son neveu tant que subsisteraient des liens entre celui-ci et sa mère. L'interdiction expresse de l'adoption coparentale frappant les couples homosexuels n'aurait été introduite qu'en 2010 par la loi sur le partenariat enregistré, laquelle n'aurait pas encore été en vigueur au moment où les juridictions internes ont statué sur la présente affaire et ne serait donc pas pertinente en l'espèce.

76. Pour le cas où la Cour conclurait à une différence de traitement et examinerait la légitimité de l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale, le Gouvernement soutient que celle-ci est justifiée par les buts légitimes que sont la reconstitution d'une famille biologique et la protection du bien-être de l'enfant. Le droit autrichien de l'adoption n'aurait pas pour objectif d'exclure les couples homosexuels

mais tendrait de manière générale à empêcher qu'un enfant ait deux pères ou deux mères du point de vue juridique. Il poursuivrait cet objectif par des mesures appropriées, en ayant également égard à la nécessité de tenir compte des intérêts d'autres personnes concernées, et il protégerait les intérêts du partenaire du parent de l'enfant par d'autres moyens.

77. Enfin, le Gouvernement considère que les États devraient bénéficier d'une ample marge d'appréciation en matière d'adoption coparentale par les couples homosexuels. Selon ses informations, seuls dix États membres du Conseil de l'Europe autoriseraient cette forme d'adoption. Dans ces conditions, il n'y aurait pas de standard européen, ni même une quelconque tendance ou orientation, en la matière.

c) Les parties intervenantes

i. La Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Commission internationale de juristes, la branche européenne de l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, la British Association for Adoption and Fostering, le Network of European LGBT Families Associations et l'European Commission on Sexual Orientation Law

78. Dans leurs observations communes, ces six organisations non gouvernementales avancent que, comme l'affaire *Karner* (précitée), le cas d'espèce révèle une différence de traitement en ce qu'un droit reconnu aux couples hétérosexuels non mariés a été dénié à un couple homosexuel non marié. En conséquence, il conviendrait d'appliquer en l'espèce les critères dégagés dans l'arrêt *Karner*. En outre, dans les arrêts *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (n° 33290/96, CEDH 1999-IX) et *E.B. c. France* (précité), la Cour aurait implicitement reconnu que rien ne s'opposerait à ce qu'un enfant fût élevé par une personne homosexuelle vivant avec un partenaire du même sexe qu'elle. La Cour interaméricaine des droits de l'homme serait parvenue récemment à une conclusion analogue dans l'affaire *Atala Riffo et filles c. Chili* (arrêt du 24 février 2012).

79. Par ailleurs, en ce qui concerne la question du consensus européen, il conviendrait de relever que la majorité des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe réservent l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels mariés. Les seuls États susceptibles de servir de point de comparaison en l'espèce seraient ceux qui ouvrent l'adoption coparentale à d'autres couples, notamment aux couples homosexuels (mariés, partenaires enregistrés ou vivant ensemble) ou aux couples hétérosexuels non mariés. Parmi ce groupe d'États, quatorze auraient étendu l'adoption coparentale aux couples homosexuels ou envisageraient de le faire et cinq seulement (dont l'Autriche) ouvriraient cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés tout en l'interdisant aux couples homosexuels.

80. Enfin, l'article 7 de la Convention de 2008 reconnaîtrait la diversité des législations sur l'adoption, mais il n'en demeurerait pas moins que les

articles 14 et 8 de la Convention interdisent aux États membres de se fonder sur des motifs discriminatoires pour étendre le droit d'adopter à un groupe de personnes mais non à un autre.

ii. Le Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ)

81. L'ECLJ estime qu'il n'y a pas eu d'ingérence dans la vie familiale *de facto* des requérants et que l'article 8 n'est donc pas applicable en l'espèce. Il soutient en outre qu'il n'existe pas un droit à l'adoption, ni un droit à être adopté. Selon lui, les intéressés revendiquent en substance un droit à la reconnaissance de leur vie familiale. Or, comme le droit de se marier, le droit de fonder une famille consacré par l'article 12 de la Convention serait réservé aux couples hétérosexuels.

82. Pour le cas où l'affaire serait examinée sous l'angle de l'article 8, l'ECLJ soutient qu'à supposer même qu'il y ait eu ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale, force est de constater que cette ingérence était prévue par la loi, plus précisément par l'article 182 § 2 du code civil, et qu'elle poursuivait un but légitime, à savoir la protection des relations entre le deuxième requérant et son père, lequel était opposé à l'adoption envisagée. Le refus des juridictions internes d'autoriser l'adoption voulue par les intéressés viserait également, et légitimement, à préserver la famille naturelle et à garantir la sécurité juridique aux enfants. La réalité biologique serait un élément objectif, et elle constituerait à ce titre une justification raisonnable.

83. Sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, l'ECLJ expose que les première et troisième requérantes n'ont pas la capacité biologique de fonder une famille et que leur situation n'est donc pas comparable à celle d'un couple hétérosexuel. L'article 182 § 2 du code civil s'appliquant à tous les couples, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, aucune différence de traitement n'aurait été opérée en l'espèce. Le fait que cette disposition produise des effets différents selon qu'elle s'applique à un couple homosexuel ou à un couple hétérosexuel ne s'analyserait pas en une discrimination.

iii. Le procureur général de l'Irlande du Nord

84. Le procureur général de l'Irlande du Nord considère que la Convention de 2008 pourrait servir à déterminer dans quelle mesure il existe un consensus européen dans ce domaine. Il fait notamment observer que l'article 4 de cet instrument érige l'intérêt supérieur de l'enfant en principe directeur de toute adoption et considère qu'il ressort clairement de l'article 7 qu'il n'existe aucun consensus en Europe concernant l'adoption par des couples homosexuels.

85. Il indique que la compatibilité avec la Convention des articles 14 et 15 § 1 de l'ordonnance de 1987 sur l'adoption applicable en Irlande du

Nord, telle qu'amendée par la loi sur le partenariat civil, fait actuellement l'objet d'un recours en justice dans son pays au motif que ces dispositions privent les couples homosexuels, qu'ils soient ou non liés par un partenariat enregistré, de toute possibilité d'adopter et qu'elles interdisent l'adoption monoparentale aux personnes homosexuelles ayant conclu un partenariat enregistré, alors qu'une personne n'ayant pas conclu pareil partenariat peut adopter seule, quelle que soit son orientation sexuelle. Il précise qu'il est allégué dans le cadre du recours en cause que les effets cumulatifs de ces dispositions portent atteinte à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

86. Relevant que la Convention ne garantit pas un droit à l'adoption et s'appuyant sur la jurisprudence récente de la Cour (*E.B. c. France*, précité, *Gas et Dubois*, précité, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010, et *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, CEDH 2011), le procureur général de l'Irlande du Nord constate que la Cour a jusqu'à présent fait preuve de retenue judiciaire en reconnaissant que le législateur national est mieux placé que le juge européen pour apprécier les questions que posent les notions de famille et de mariage et les rapports entre parents et enfants.

iv. Amnesty International

87. Les observations d'Amnesty International fournissent un aperçu des clauses de non-discrimination figurant dans les traités régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Elles s'inspirent aussi de l'interprétation que les organes de suivi de l'Organisation des Nations unies – notamment le Comité des droits de l'homme et le Comité des droits de l'enfant – donnent des clauses en question.

88. Amnesty International considère que toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle doit être justifiée par des raisons particulièrement solides et convaincantes. Elle renvoie à cet égard à un arrêt récent de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*Atala Riffo et filles*, précité), qui indique que « l'orientation sexuelle fait partie de l'intimité d'une personne et n'a pas à entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne a les qualités requises pour être parent ».

89. Amnesty International fait par ailleurs observer que, selon l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant doit être une « considération primordiale » dans toutes les décisions qui concernent les enfants. Elle relève que l'article 21 de la même convention érige aussi l'intérêt supérieur de l'enfant en « considération primordiale » en matière d'adoption. Cet instrument apporterait donc d'importantes restrictions à la

marge d'appréciation des États, leur interdisant notamment d'appliquer des normes différentes en fonction de la composition des familles ou de l'orientation sexuelle d'un parent. Dans ces conditions, tout régime d'adoption devrait autoriser les tribunaux et les autres autorités compétentes à se fonder principalement sur l'intérêt supérieur de l'enfant pour statuer sur les demandes d'adoption.

v. *Alliance Defending Freedom*

90. Alliance Defending Freedom observe que ni la Convention ni la jurisprudence de la Cour relative à l'article 8 de la Convention ne reconnaissent un droit à l'adoption. En revanche, la Cour aurait conclu à l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 dans les affaires portant sur des allégations de discrimination en matière d'adoption et elle aurait examiné un petit nombre d'affaires de ce type (*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-1 ; et les affaires précitées *E.B. c. France* et *Gas et Dubois*). Dans l'arrêt *E.B. c. France*, la Cour aurait attaché un poids décisif notamment au fait que le droit français autorisait l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne homosexuelle célibataire. Le cas d'espèce se distinguerait de l'affaire en question et pour Alliance Defending Freedom un constat de violation équivaldrait à une tentative de réécriture du droit des États qui réservent l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels. Au surplus, cette question ne ferait pas consensus en Europe.

91. Par ailleurs, la thèse répandue de « l'indifférenciation », c'est-à-dire l'idée, émise dans diverses études, selon laquelle les enfants qui grandissent dans des familles homoparentales ne se trouvent pas dans une situation de net désavantage par rapport aux enfants élevés par des familles hétéroparentales, aurait été remise en question par des travaux sociologiques récents menés notamment aux États-Unis. Compte tenu du caractère peu concluant des résultats des études scientifiques réalisées en la matière et de l'ample marge d'appréciation dont les États bénéficieraient dans le domaine du droit de la famille, l'intérêt de l'enfant justifierait de réserver l'adoption, y compris l'adoption coparentale, aux couples hétérosexuels.

2. *Appréciation de la Cour*

a) **Applicabilité de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8**

92. La Cour a eu à connaître de plusieurs affaires où était alléguée une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la vie privée et familiale. Elle en a examiné certaines sur le terrain de l'article 8 pris isolément. Ces affaires concernaient la répression pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos*

c. *Clypre*, 22 avril 1993, série A n° 259) ou la révocation d'homosexuels des forces armées (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). Elle en a considéré d'autres sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Celles-ci se rapportaient à la fixation, en matière pénale, d'un âge de consentement différent pour les rapports homosexuels d'une part et pour les relations hétérosexuelles d'autre part (*L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), à l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta*, précité), à l'agrément des postulants à l'adoption d'un enfant (*Fretté, E.B. c. France*, et *Gas et Dubois*, précités), au droit du partenaire survivant à la transmission du bail contracté par le défunt (*Karner*, précité, et *Kozak c. Pologne*, n° 13102/02, 2 mars 2010), au droit à une couverture sociale (*P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010) ou à l'accès des couples homosexuels au mariage ou à une autre forme de reconnaissance juridique (*Schalk et Kopf*, précité).

93. En l'espèce, les requérants invoquent l'article 14 combiné avec l'article 8 et soutiennent qu'ils vivent ensemble une vie familiale. Le Gouvernement ne conteste pas que l'article 14 combiné avec l'article 8 soit applicable en l'espèce. La Cour n'aperçoit aucune raison de s'écarter de l'avis des parties sur ce point, pour les motifs exposés ci-après.

94. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la « jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins de ces clauses (voir, par exemple, *Schalk et Kopf*, précité, § 89, *E.B. c. France*, précité, § 47, *Karner*, précité, § 32, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II).

95. La Cour rappelle que la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation (*Schalk et Kopf*, précité, § 94). En outre, dans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* ((déc.), n° 25951/07, 31 août 2010), la Cour a déclaré que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du pacte civil de solidarité (PACS) et l'enfant que la seconde d'entre elles avait conçu par procréation médicalement assistée et qu'elle élevait conjointement avec sa compagne s'analysait en une « vie familiale » au regard de l'article 8 de la Convention.

96. En l'espèce, les première et troisième requérantes forment un couple homosexuel stable menant une vie commune depuis de nombreuses années. Le deuxième requérant, dont elles s'occupent toutes les deux, vit avec elles. Dans ces conditions, la Cour estime que la relation qui unit les trois

requérants relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention.

97. En conséquence, la Cour conclut que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce.

b) Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

i. Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour

98. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'une question se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différenciation dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle différenciation est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Schalk et Kopf*, précité, § 96, et *Burden c. Royaume-Uni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008).

99. L'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14. La Cour a maintes fois déclaré que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des « raisons particulièrement solides et convaincantes » (voir, par exemple, *E.B. c. France*, précité, § 91, *Kozak*, précité, § 92, *Karner*, précité, §§ 37 et 42, *L. et V. c. Autriche*, précité, § 45, et *Smith et Grady*, précité, § 90). S'agissant de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des États est étroite (*Kozak*, précité, § 92, et *Karner*, précité, § 41). Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention (*E.B. c. France*, précité, §§ 93 et 96, et *Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 36).

100. Avant d'en venir à l'examen du grief des requérants, la Cour précise que, d'une manière générale, l'adoption d'un enfant par des homosexuels peut revêtir trois formes distinctes. La première est celle de l'adoption par une seule personne (adoption monoparentale) ; la deuxième est celle de l'adoption coparentale, par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, le but étant que chacun des membres du couple ait le statut de parent légal ; et la troisième est celle de l'adoption conjointe par les deux membres du couple (voir l'étude du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe citée au paragraphe 55 ci-dessus et *E.B. c. France*, précité, § 33).

101. Jusqu'à présent, la Cour a eu à connaître de deux affaires concernant des demandes d'adoption monoparentales émanant

d'homosexuels (*Pretté* et *E.B. c. France*, précitées) et d'une affaire portant sur une demande d'adoption coparentale par un couple homosexuel (*Gas et Dubois*, précitée).

102. Dans l'affaire *Pretté* précitée, les autorités françaises avaient rejeté la demande d'agrément d'un postulant à l'adoption au motif que les « choix de vie » (autrement dit l'homosexualité) de l'intéressé ne présentaient pas des garanties suffisantes pour l'adoption d'un enfant. Se plaçant sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, la Cour a relevé que la législation française reconnaissait à tout célibataire – homme ou femme – le droit de déposer une demande d'adoption, et que les autorités françaises avaient rejeté la demande d'agrément préalable présentée par le requérant en se fondant – certes implicitement – sur son orientation sexuelle, et elle a donc conclu à l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (*Pretté*, précité, § 32). Toutefois, elle a estimé que les décisions adoptées par les autorités internes poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption. Quant au point de savoir si cette différence de traitement était justifiée, la Cour a notamment observé qu'il n'y avait guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe dans ce domaine, où le droit paraissait traverser une phase de transition, et elle a jugé que les autorités nationales devaient se voir reconnaître une marge d'appréciation étendue pour se prononcer en la matière. En ce qui concerne les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés, la Cour a relevé que la communauté scientifique était divisée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, compte tenu notamment du nombre restreint d'études scientifiques sur la question qui étaient disponibles à l'époque. En définitive, elle a reconnu que le refus d'agrément opposé à l'adoption envisagée n'avait pas porté atteinte au principe de proportionnalité et que la différence de traitement dénoncée n'était donc pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention (*ibidem*, §§ 37-43).

103. Dans l'arrêt de Grande Chambre qu'elle a rendu dans l'affaire *E.B. c. France* (précitée), elle aussi examinée sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, la Cour est revenue sur cette position. Après avoir procédé à une analyse approfondie des raisons invoquées par les autorités françaises pour justifier leur refus d'autoriser l'adoption envisagée par la requérante, qui vivait avec une autre femme une relation stable, la Cour a relevé que les autorités avaient retenu deux motifs principaux, à savoir l'absence de « référent paternel » dans le foyer de la requérante ou son entourage proche et le manque d'investissement de la compagne de celle-ci. Elle a considéré que ces deux motifs avaient émergé dans le cadre d'une appréciation globale de la situation de la requérante et que le caractère illégitime de l'un d'eux avait eu pour effet de contaminer l'ensemble de la décision. Elle a estimé que le second de ces motifs n'était pas critiquable,

mais que le premier était implicitement lié à l'homosexualité de la requérante et que les autorités l'avaient abusivement invoqué dans un contexte où la demande d'agrément en vue d'une adoption émanait d'une personne célibataire. En définitive, elle a considéré que l'orientation sexuelle de la requérante n'avait cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elle avait revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus de l'agrément sollicité (*E.B. c. France*, précité, §§ 72-89). Elle a précisé que lorsqu'une différence de traitement est justifiée uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de la personne concernée, elle doit être réputée discriminatoire au regard de la Convention (*ibidem*, § 93). Elle a ensuite relevé que le droit français autorisait l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'était pas contesté. Au vu de son analyse des motifs avancés par les autorités françaises, elle a jugé que, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, celles-ci avaient opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de l'intéressée, distinction que l'on ne pouvait tolérer d'après la Convention. En conséquence, elle a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, §§ 94-98).

104. L'affaire *Gas et Dubois* (précitée) concernait deux femmes vivant en couple sous le régime du PACS de droit français. L'une des deux requérantes était la mère d'un enfant conçu par procréation médicalement assistée. Au regard du droit français, elle en était la seule parente. Les intéressées se plaignaient, sur le terrain de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, que l'enfant de l'une ne pouvait être adopté par l'autre. Plus précisément, elles souhaitaient être autorisées à adopter l'enfant sous le régime de l'adoption simple en vue de la création d'un lien de filiation entre l'enfant et la compagne de sa mère, ce qui leur aurait permis d'exercer conjointement l'autorité parentale sur celui-ci. Les autorités internes avaient refusé de donner leur agrément à ce projet d'adoption au motif que celle-ci aurait entraîné, au profit de la compagne de la mère de l'enfant, un transfert des droits d'autorité parentale non conforme à l'intérêt de l'enfant (*Gas et Dubois*, précité, § 62). La Cour a examiné la situation des intéressées en la comparant à celle d'un couple marié. Elle a relevé qu'en droit français seuls les couples mariés pouvaient exercer l'autorité parentale conjointe en cas d'adoption simple. Observant que les États contractants n'étaient pas tenus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et que le mariage conférait un statut particulier à ceux s'y engageant, elle a jugé que les requérantes ne se trouvaient pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés (*ibidem*, § 68). Relevant que l'adoption coparentale n'était pas non plus ouverte aux couples hétérosexuels non mariés qui, comme les requérantes, avaient conclu un PACS (*ibidem*, § 69), la Cour a conclu à l'absence de différence

de traitement fondée sur l'orientation sexuelle et à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

ii. *Application en l'espèce des principes susmentionnés*

- α) Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre

105. La première question qui se pose à la Cour est celle de savoir si la situation des requérants – les première et troisième requérantes, qui forment un couple homosexuel, et le fils de cette dernière – était comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

106. La Cour a récemment répondu à cette question par la négative dans l'affaire *Gas et Dubois*, pour des raisons qu'elle estime utile de rappeler et de réaffirmer ici. Il convient d'abord de garder à l'esprit que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 54-64), que le droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibidem*, § 101) et que, lorsque les États décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré (*ibidem*, § 108, *Gas et Dubois*, précité, § 66). Par ailleurs, la Cour a déclaré à maintes reprises que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent, que l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et qu'il emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (voir, parmi d'autres, *Gas et Dubois*, précité, § 68, et *Burden*, précité, § 63).

107. Or le droit autrichien de l'adoption prévoit un régime spécifique pour les couples mariés. L'article 179 § 2 du code civil énonce en effet que l'adoption conjointe leur est réservée et qu'elle est en principe la seule forme d'adoption qui leur soit ouverte. Par exception à ce principe, la même disposition autorise un époux à adopter l'enfant de son conjoint (adoption coparentale).

108. S'appuyant sur l'arrêt *Gas et Dubois*, le Gouvernement avance que la situation des première et troisième requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple marié. Pour leur part, les requérantes soulignent qu'elles n'entendent pas revendiquer un droit qui serait réservé aux couples mariés. La Cour n'aperçoit pas de raison de s'écarter de sa jurisprudence sur ce point.

109. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la situation des première et troisième requérantes au regard de l'adoption coparentale n'est pas comparable à celle d'un couple marié.

110. En conséquence, il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef des intéressés pour autant

que l'on compare leur situation avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

β) Comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre

111. La Cour relève que les observations des requérants portent essentiellement sur la comparaison de leur situation avec celle d'un couple hétérosexuel non marié. Les intéressés soulignent qu'en droit autrichien l'adoption coparentale est ouverte non seulement aux couples mariés, mais aussi aux couples hétérosexuels non mariés, alors qu'elle est juridiquement impossible pour les couples homosexuels.

– *Situation comparable*

112. La Cour observe qu'aucune des parties n'avance que la loi distingue les couples homosexuels des couples hétérosexuels non mariés par un statut juridique particulier analogue à celui qui différencie les premiers et les seconds des couples mariés. D'ailleurs, le Gouvernement ne conteste pas que la situation des couples hétérosexuels non mariés soit comparable à celle des couples homosexuels, concédant que, en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier. La Cour constate que la situation des requérants, désireux d'établir un lien juridique entre le premier et le deuxième d'entre eux, est comparable à celle d'un couple hétérosexuel dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

– *Différence de traitement*

113. La Cour doit maintenant rechercher s'il y a eu une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes.

114. Le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. L'article 179 du code civil autorise de manière générale l'adoption monoparentale, et aucune disposition de l'article 182 § 2 du même code, qui régit les effets de l'adoption, ne s'oppose à ce que l'un des membres d'un couple hétérosexuel non marié adopte l'enfant de l'autre sans qu'il y ait rupture des liens entre ce dernier et son enfant. En revanche, il est juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder à une adoption coparentale car ce même article 182 § 2 énonce que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui. En l'espèce, la première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle du deuxième requérant, seuls les liens entre celui-ci et sa mère, compagne de la première requérante, pourraient être rompus. Les

intéressés ne peuvent donc pas recourir à l'adoption en vue de créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien de filiation qui s'ajouterait à celui qui existe entre le deuxième requérant et sa mère. Quoique neutre de prime abord, l'article 182 § 2 exclut les couples homosexuels de l'adoption coparentale.

115. Dans un souci d'exhaustivité, la Cour précise que depuis le 1^{er} janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, les couples homosexuels ont la possibilité de conclure un partenariat enregistré. Les première et troisième requérantes n'ont pas usé de cette faculté. En tout état de cause, la conclusion d'un tel partenariat ne leur aurait pas permis de procéder à une adoption coparentale, l'article 8 § 4 de la dite loi interdisant expressément l'adoption par l'un des partenaires de l'enfant de l'autre.

116. Cela étant, il ne fait aucun doute que la législation applicable opère une distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale. En l'état actuel du droit autrichien, l'adoption coparentale est inaccessible aux requérants, et il en serait ainsi même si le père biologique du deuxième requérant était décédé ou inconnu, ou s'il existait des motifs de passer outre à son refus de consentir à l'adoption. Le Gouvernement ne le conteste pas.

117. Toutefois, il soutient que les faits de la cause ne révèlent aucune forme de discrimination. À cet égard, il assure que la demande d'homologation de la convention d'adoption présentée par les intéressés a été rejetée pour des motifs étrangers à l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes. Il précise d'abord que les tribunaux, et en particulier le tribunal régional, se sont opposés à l'adoption envisagée parce qu'elle ne servait pas l'intérêt de l'enfant. Il fait ensuite valoir que toute adoption requiert le consentement des parents biologiques de l'enfant à adopter. Observant que le père du deuxième requérant n'avait pas donné son consentement, le Gouvernement avance que les tribunaux n'avaient d'autre choix que de rejeter la demande d'adoption litigieuse et qu'ils auraient dû se prononcer exactement de la même façon si la première requérante avait été le compagnon et non la compagne de la troisième requérante. Autrement dit, la distinction juridique opérée par l'article 182 § 2 du code civil ne serait pas entrée en ligne de compte dans la présente affaire. Ce serait ainsi à un contrôle abstrait de la législation applicable que les requérants inviteraient la Cour à se livrer.

118. Au vu des décisions rendues par les juridictions internes (paragraphe 15, 18 et 20 ci-dessus), la Cour n'est pas convaincue par la thèse du Gouvernement. Elle observe d'emblée que ces juridictions ont clairement dit que l'article 182 § 2 du code civil s'opposait en toutes circonstances à une adoption qui produirait les effets désirés par les intéressés, à savoir l'établissement entre la première requérante et le

deuxième requérant d'un lien de filiation venant s'ajouter à celui existant entre ce dernier et sa mère.

119. C'est sur ce seul motif que le tribunal de district a fondé sa décision. Il ne s'est pas arrêté sur les circonstances particulières de l'affaire, n'abordant à aucun moment la question de savoir si le père du deuxième requérant consentait ou non à l'adoption ou s'il existait des raisons de passer outre à son opposition comme le prétendaient les intéressés.

120. Le tribunal régional a lui aussi conclu que l'adoption souhaitée par les requérants était juridiquement impossible, mais il a évoqué d'autres aspects de l'affaire. Il a exprimé des doutes sur la capacité de la troisième requérante à représenter son fils dans la procédure d'adoption, estimant que cette situation pouvait donner lieu à un conflit d'intérêts. Il a toutefois jugé inutile de statuer sur cette question au motif que le tribunal de district avait à juste titre opposé une fin de non-recevoir à la demande d'adoption. D'après les informations dont la Cour dispose, il semble que le tribunal régional n'ait pas entendu les personnes concernées, à savoir les trois requérants et le père du deuxième requérant. Concernant le père de l'enfant et le rôle joué par lui, le tribunal s'est borné à constater, au vu du dossier, qu'il entretenait des contacts réguliers avec son fils. Il n'a pas recherché s'il existait, comme l'avançaient les intéressés, des raisons justifiant de faire application de l'article 181 § 3 du code civil pour passer outre à son refus de consentir à l'adoption. En revanche, il s'est longuement arrêté sur le fait que la notion de « parents » telle que la conçoit le droit autrichien de la famille renvoie à deux personnes de sexe opposé. Il a en outre tenu compte de l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec ses deux parents de sexe opposé, considération qui, à ses yeux, excluait clairement l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents. Par ailleurs, il a recherché, à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Karner* (précitée), si le droit de l'adoption en vigueur à l'époque opérait une discrimination à l'égard des couples homosexuels.

121. Il importe également de tenir compte de ce que le tribunal régional a conclu à l'admissibilité d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême au motif qu'il n'existait pas de jurisprudence sur « la question (...) en débat, à savoir celle de la licéité de l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents ». Aux yeux de la Cour, cela contredit catégoriquement la thèse du Gouvernement selon laquelle le fait qu'il soit juridiquement impossible aux couples homosexuels d'avoir accès à l'adoption coparentale n'a joué aucun rôle dans la solution donnée à la présente affaire.

122. Pour sa part, la Cour suprême a confirmé que l'adoption d'un enfant par la compagne de sa mère biologique était juridiquement impossible au regard de l'article 182 § 2 du code civil et a estimé que cette disposition n'outrepassait pas la marge d'appréciation reconnue aux États et qu'elle se conciliait donc avec l'article 14 de la Convention combiné avec

l'article 8. Enfin, elle a également jugé que sa conclusion selon laquelle l'adoption envisagée était juridiquement impossible la dispensait de rechercher si les conditions dans lesquelles il pouvait être passé outre au refus de consentement du père de l'enfant, mesure exceptionnelle prévue par l'article 181 § 3 du code civil, étaient réunies.

123. Au vu de ce qui précède, la Cour rejette la thèse du Gouvernement selon laquelle les requérants n'ont pas été touchés par la différence de régime juridique découlant de l'article 182 § 2 du code civil. Elle estime que le fait que l'adoption souhaitée par les intéressés était juridiquement impossible n'a cessé d'être au centre de l'examen de l'affaire par les juridictions nationales (voir, *mutatis mutandis*, *E.B. c. France*, précité, § 88).

124. C'est en effet cet obstacle juridique qui a empêché les juridictions internes de rechercher concrètement, en application de l'article 180a du code civil, si l'adoption envisagée était dans l'intérêt du deuxième requérant. Elles n'ont ainsi pas examiné dans le détail les circonstances de la cause. Elles n'ont pas davantage vérifié s'il y avait des raisons de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à l'adoption, comme le leur permettait l'article 181 § 3 du code civil. Le Gouvernement soutient que les intéressés n'ont pas suffisamment étayé leur thèse selon laquelle il existait de telles raisons et qu'ils n'ont pas demandé aux tribunaux de statuer expressément sur ce point. La Cour se bornera à constater que les tribunaux internes ne se sont fondés sur aucun de ces deux motifs pour rejeter la demande des requérants. Comme indiqué ci-dessus, le tribunal de district et le tribunal régional n'ont pas abordé cette question, et la Cour suprême a expressément confirmé qu'il n'y avait pas lieu de s'y arrêter compte tenu de l'obstacle juridique absolu auquel se heurtait l'adoption envisagée.

125. Si la demande d'adoption introduite par les première et troisième requérantes avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt du deuxième requérant. Et si le père de l'enfant avait refusé de consentir à l'adoption, ils auraient dû rechercher s'il existait des circonstances exceptionnelles justifiant qu'ils passent outre à ce refus comme le leur permettait l'article 181 § 3 du code civil (pour un exemple d'application de cette procédure, voir l'arrêt *Eski*, précité, §§ 39-42, rendu dans une affaire où était en cause une adoption coparentale par un couple hétérosexuel marié et dans laquelle les juridictions autrichiennes avaient longuement analysé cette question en mettant en balance les intérêts de toutes les personnes concernées – ceux du couple, ceux de l'enfant et ceux de son père biologique – après avoir dûment entendu chacune d'elles et établi les faits pertinents).

126. En conséquence, la Cour estime que le grief des intéressés ne relève nullement de l'*actio popularis*. Comme elle l'a indiqué au paragraphe 123

ci-dessus, les requérants ont été directement touchés par la législation litigieuse, car, en interdisant de manière absolue l'adoption coparentale aux couples homosexuels, l'article 182 § 2 du code civil ôtait toute utilité et toute pertinence à l'examen des circonstances propres à leur affaire et obligeait les autorités internes à opposer une fin de non-recevoir automatique à leur demande d'adoption. Partant, on ne peut pas dire que la Cour soit appelée à examiner *in abstracto* la législation critiquée : par sa nature même, l'interdiction absolue dont il est ici question a soustrait les faits de l'espèce à l'appréciation des juridictions internes et à celle de la Cour (voir, *mutatis mutandis*, *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, § 72, CEDH 2005-IX).

127. De plus, s'il peut de prime abord sembler que la différence de traitement litigieuse concerne surtout la première requérante, qui n'a pas été traitée de la même manière que l'aurait été un membre d'un couple hétérosexuel non marié désireux d'adopter l'enfant de l'autre, la Cour observe que les trois requérants vivent ensemble une vie familiale (paragraphe 96 ci-dessus) et qu'ils ont présenté leur demande d'adoption en vue d'obtenir la reconnaissance juridique de cette vie familiale. Dans ces conditions, la Cour estime que les trois requérants ont été directement affectés par la différence de traitement en question et qu'ils peuvent donc tous se prétendre victimes de la violation alléguée.

128. Le Gouvernement avance enfin que l'obstacle juridique s'opposant à la demande d'adoption présentée par les intéressés n'était pas fondé sur l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes et qu'il n'était donc pas discriminatoire. Il fait valoir que l'article 182 § 2 du code civil, qui interdit à une femme d'adopter un enfant tant qu'il subsiste des liens de droit entre celui-ci et sa mère, est une disposition d'application générale qui ferait aussi échec au projet d'une tante d'adopter son neveu tant que subsisteraient des liens entre celui-ci et sa mère.

129. Cet argument ne convainc pas la Cour. Les requérants se plaignent de ne pas avoir été traités de la même façon que l'aurait été un couple hétérosexuel non marié en ce qu'ils n'ont pas pu obtenir la reconnaissance juridique de leur vie familiale par le biais d'une adoption coparentale. En premier lieu, la Cour observe que les liens qu'entretiennent deux sœurs adultes ou une tante et son neveu échappent en principe à la sphère de la « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention. En second lieu, quand bien même les liens en question relèveraient de cette notion, la Cour rappelle avoir déjà jugé que, sur le plan qualitatif, la relation entre deux sœurs vivant ensemble est différente par nature de celle qui lie les deux membres d'un couple, fût-il homosexuel (voir, *mutatis mutandis*, *Burden*, précité, § 62). Il s'ensuit que l'article 182 § 2 du code civil n'a pas les mêmes effets sur d'autres personnes que sur les requérants, dont la vie familiale s'est construite autour d'un couple homosexuel.

130. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour conclut que les requérants n'ont pas été traités comme l'aurait été un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Dès lors que le traitement différent qui leur fut réservé était indissociablement lié au fait que les première et troisième requérantes formaient un couple homosexuel, il était fondé sur l'orientation sexuelle des intéressées.

131. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois* (précitée, § 69), dans laquelle la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds.

– *But légitime et proportionnalité*

132. La Cour juge utile de préciser, bien que cela résulte de ce qui précède (voir, notamment, les paragraphes 116 et 126 ci-dessus), que la présente affaire ne concerne pas la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie. La Cour n'a donc pas à se pencher sur le rôle que jouait le père du deuxième requérant ni sur le point de savoir s'il y avait ou non des raisons de passer outre à son refus de consentir à l'adoption envisagée. Il aurait appartenu aux tribunaux internes de statuer sur toutes ces questions s'ils avaient été en mesure d'examiner au fond la demande d'adoption.

133. Ce qui est en débat devant la Cour, c'est précisément le fait que ces juridictions se trouvaient dans l'incapacité de procéder à pareil examen dès lors que l'adoption du deuxième requérant par la compagne de sa mère était en tout état de cause impossible en vertu de l'article 182 § 2 du code civil. Si une demande d'adoption identique avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux autrichiens auraient au contraire été tenus d'en examiner le bien-fondé.

134. Bien que la présente affaire puisse être considérée dans le cadre de la problématique plus large des droits parentaux des couples homosexuels, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général. Il s'agit pour elle de statuer sur un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale.

135. La Cour rappelle que l'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse la jouissance des droits et libertés que la

Convention et ses Protocoles imposent à chaque État de garantir. Cette interdiction s'applique aussi aux droits additionnels, pour autant qu'ils relèvent du champ d'application général de l'un des articles de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger. Si l'article 8 ne garantit pas le droit d'adopter, la Cour a déjà déclaré, à propos d'une adoption par une personne homosexuelle célibataire, qu'un État qui est allé au-delà de ses obligations au titre de l'article 8 en créant un droit ne peut, dans la mise en application de ce dernier, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (*E.B. c. France*, précité, § 49).

136. Se tournant vers la présente espèce, la Cour relève que l'article 8 de la Convention n'impose pas aux États contractants d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés (*Gas et Dubois*, précité, §§ 66-69, et *Emonet et autres*, précité, §§ 79-88). Toutefois, la législation autrichienne ouvre cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés. En conséquence, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels (non mariés) poursuit un but légitime et est proportionné à ce but.

137. Il ressort des décisions rendues par les juridictions internes et des observations du Gouvernement que le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique. Dans son arrêt du 21 février 2006, le tribunal régional a précisé que les dispositions litigieuses visaient à préserver la « famille traditionnelle » et que le droit autrichien reposait sur le principe selon lequel un enfant mineur devait avoir pour parents deux personnes de sexe opposé, conformément à la réalité biologique. Il a jugé que la décision du législateur de ne pas prévoir l'adoption d'un enfant par le partenaire homosexuel de l'un de ses parents, opération qui romprait le lien de l'enfant avec son parent du sexe opposé, poursuivait un but légitime. De la même manière, la Cour suprême a déclaré, dans son arrêt du 27 septembre 2006, que l'adoption avait pour objectif principal de confier à des individus aptes et responsables l'éducation d'enfants privés de parents ou de la possibilité de recevoir une éducation correcte de leurs parents. Elle a jugé que cet objectif ne pouvait être atteint que si l'adoption permettait de recréer autant que possible la situation que l'on trouve dans une famille biologique. En résumé, les juridictions internes et le Gouvernement ont mis en avant le souci de protéger la famille traditionnelle, lui-même fondé sur le postulat tacite selon lequel seules les familles composées de parents de sexe opposé sont capables d'élever convenablement des enfants.

138. La Cour reconnaît que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement (*Karner*, précité, § 40, et *Kozak*, précité, § 98). Il va sans dire que la protection de l'intérêt de l'enfant est aussi un but légitime. Reste à savoir si le principe de proportionnalité a été respecté en l'espèce.

139. La Cour rappelle les principes qui se dégagent de sa jurisprudence. Le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait, et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 98). En outre, étant donné que la Convention est un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles, l'État doit choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 pour protéger la famille et garantir le respect de la vie familiale en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale (*Kozak*, précité, § 98).

140. Lorsque la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit (*Karner*, précité, § 41, et *Kozak*, précité, § 99).

141. En vertu de la jurisprudence précitée, la charge de cette preuve incombe au gouvernement défendeur. C'est donc au gouvernement autrichien qu'il revient en l'espèce de démontrer que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés.

142. La Cour rappelle que l'article 182 § 2 du code civil interdit de manière absolue – quoiqu'implicitement – l'adoption coparentale aux couples homosexuels. Le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant. Il concède au contraire que, en termes de personnes, les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption. En outre, il déclare que le code civil ne vise pas à priver les couples homosexuels de toute possibilité d'accéder à l'adoption coparentale, tout en soulignant que le législateur a voulu empêcher qu'un enfant puisse avoir, du point de vue juridique, deux pères ou deux mères. Il précise que l'interdiction expresse faite aux couples homosexuels de procéder à une adoption coparentale n'a été introduite qu'en 2010, lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, ajoutant que celle-ci n'est pas pertinente en l'espèce faute d'avoir été applicable au moment de l'examen de la présente affaire par les juridictions internes.

143. La Cour a déjà répondu à l'argument selon lequel le code civil ne vise pas spécifiquement à exclure les homosexuels (paragraphe 128 et 129 ci-dessus). Par ailleurs, elle reconnaît que la loi sur le partenariat enregistré n'est pas directement en cause en l'espèce mais estime que ce texte peut permettre de comprendre pourquoi l'adoption coparentale est interdite aux couples homosexuels. Cela dit, l'exposé des motifs du projet de loi (paragraphe 42 ci-dessus) se borne à énoncer que l'article 8 § 4 a été inséré dans la loi en réponse à des demandes réitérées formulées au cours de la procédure de consultation. En d'autres termes, cette disposition ne fait que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels.

144. En outre, le droit autrichien paraît manquer de cohérence. Il autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis en vertu de l'alinéa 2 de l'article 181 § 1 du code civil, tel que modifié par la loi sur le partenariat enregistré (paragraphe 40 ci-dessus). Par conséquent, le législateur admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant. Néanmoins, le droit autrichien prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères (voir, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 78, CEDH 2002-VI, où la Cour a également tenu compte du manque de cohérence de l'ordre juridique interne).

145. La Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît pas ni ne protège. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 119, 28 juin 2007 ; voir aussi, en matière d'adoption coparentale, *Eski*, précité, § 39, et *Emonet et autres*, précité, §§ 63-64).

146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale – suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale qui résulte pour les couples homosexuels de l'article 182 § 2 du code civil. En l'absence d'autres raisons

particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents (voir, en particulier, le paragraphe 49 ci-dessus et l'arrêt *E.B. c. France*, précité, § 95).

147. Pour justifier la différence de traitement litigieuse, le Gouvernement avance un autre argument. S'appuyant sur l'article 8 de la Convention, il soutient que les États bénéficient d'une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption, où la recherche d'un équilibre entre les intérêts de toutes les personnes concernées est selon lui un exercice délicat. Cette latitude serait d'autant plus étendue en l'espèce que la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels ne fait pas l'objet d'un consensus européen.

148. La Cour observe que l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposent les États au titre de l'article 8 de la Convention dépend d'un certain nombre de facteurs. Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large (voir, pour des exemples récents, *S.H. et autres c. Autriche*, précité, § 94, et *A, B et C c. Irlande* [GC], n° 25579/05, § 232, CEDH 2010). Toutefois, la Cour rappelle que, dans le cas d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle à examiner sous l'angle de l'article 14, la marge d'appréciation des États est étroite (paragraphe 99 ci-dessus).

149. En outre, et dans le seul but de répondre à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existe pas de consensus européen en la matière, il convient de garder à l'esprit que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question générale de l'accès des homosexuels à l'adoption coparentale, mais sur celle d'une différence de traitement alléguée entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels dans ce domaine (paragraphe 134 ci-dessus). Dans ces conditions, seuls les dix États membres du Conseil de l'Europe qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés peuvent servir de point de comparaison. Six d'entre eux traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard. Ils sont quatre à avoir adopté la même position que l'Autriche (voir les éléments de droit comparé exposés au paragraphe 57 ci-dessus). La Cour est d'avis que l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe.

150. La Cour estime que la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 2008 ne peut non plus être utilement invoquée à cette fin, d'abord parce qu'elle n'a pas été ratifiée par l'Autriche, ensuite parce que l'on peut douter qu'elle reflète une communauté de vues actuelle entre les États européens compte tenu du faible nombre de ratifications dont elle a fait l'objet jusqu'à présent. En tout état de cause, la Cour relève que, d'après l'article 7 § 1 de cet instrument, les États doivent permettre l'adoption par deux personnes de sexe différent (qui sont mariés ensemble ou, lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré) ou par une seule personne. L'article 7 § 2 dispose que les États ont la possibilité d'étendre la portée de cette convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble, ainsi qu'« aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable ». Il ne ressort donc pas de cette disposition que les États soient libres de traiter différemment les couples hétérosexuels et les couples homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable. Il apparaît que la Recommandation CM/Rec(2010)5 adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres va dans le même sens puisque son paragraphe 23 invite les États membres à garantir l'application des droits et obligations conférés aux couples non mariés sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexe différent. Quoi qu'il en soit, quand bien même l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 recevrait une interprétation conduisant à un résultat différent, la Cour rappelle que les États demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*Al-Saadoun et Mijāhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010).

151. La Cour a conscience que la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les États à concilier des vues et des intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant fondamentalement antagonistes (*Kozak*, précité, § 99). Toutefois, eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant. Partant, la distinction opérée par le droit autrichien est incompatible avec la Convention.

152. La Cour rappelle à nouveau qu'il ne s'agit pas pour elle en l'espèce de déterminer si la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie. Le litige dont elle est saisie porte sur le point de savoir si les intéressés ont été victimes d'une discrimination du fait que,

l'adoption envisagée se heurtant à un obstacle juridique absolu, les tribunaux internes n'ont pas eu la possibilité de rechercher concrètement si elle servait ou non l'intérêt du deuxième requérant. À cet égard, la Cour renvoie à deux arrêts récents où elle a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que les requérants, pères d'enfants nés hors mariage, n'avaient pu faire examiner par les juridictions internes si l'intérêt des enfants commandait une attribution de l'autorité parentale exclusive à leur père ou plutôt un partage de l'autorité parentale entre leurs parents (*Zawnegger c. Allemagne*, n° 22028/04, §§ 61-63, 3 décembre 2009, et *Sporer c. Autriche*, n° 35637/03, §§ 88-90, 3 février 2011).

153. En conclusion, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

154. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. **Domage**

155. Les requérants réclament chacun 50 000 euros (EUR) pour le préjudice moral qu'ils disent avoir subi.

156. Le Gouvernement soutient qu'il ne se justifie pas d'accorder aux intéressés une indemnité pour préjudice moral, notamment parce qu'ils n'ont pas été empêchés de vivre comme ils l'entendaient. En tout état de cause, les sommes réclamées par les requérants ne correspondraient pas à celles allouées dans des affaires analogues.

157. La Cour estime que les requérants doivent avoir subi un dommage moral qui ne serait pas suffisamment réparé par le seul constat d'une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Considérant par ailleurs que l'atteinte découlant de la violation constatée a été portée à la famille qu'ils constituent, elle juge approprié de leur allouer conjointement la somme destinée à réparer leur dommage moral. Statuant en équité et se fondant sur la somme accordée dans une affaire analogue (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 102, 22 janvier 2008), la Cour octroie conjointement aux intéressés 10 000 EUR pour préjudice moral.

B. Frais et dépens

158. Les requérants réclament 49 680,94 EUR au total en remboursement de leurs frais et dépens, soit 6 156,59 EUR pour ceux engagés devant les juridictions internes et 43 524,35 EUR pour ceux exposés devant la Cour, taxe sur la valeur ajoutée (TVA) comprise.

159. Ils précisent que les frais et dépens encourus dans le cadre de la procédure suivie devant la Cour constitutionnelle d'une part et les juridictions civiles d'autre part s'élèvent respectivement à 2 735,71 EUR et 3 420,88 EUR. Ils soutiennent que la saisine de la Cour constitutionnelle était nécessaire, expliquant que c'est l'arrêt rendu par cette juridiction qui leur a permis de s'assurer que l'introduction d'une requête en homologation de leur convention d'adoption devant les tribunaux n'entraînerait pas la perte des droits parentaux de la troisième requérante.

160. Ils indiquent que les frais et dépens encourus pour les besoins de la procédure suivie devant la Cour comprennent les frais de déplacement et d'hébergement exposés par leur avocat pour assister à l'audience tenue par la première section, soit 889,08 EUR, puis à celle devant la Grande Chambre, soit 913,22 EUR, auxquels il convient selon eux d'ajouter une indemnité de 1 832,30 EUR censée couvrir le manque à gagner que leur avocat aurait subi du fait de ses déplacements et de sa présence à Strasbourg en vue de leur représentation devant la Cour. Ils précisent que le reste de la somme dont ils réclament le remboursement correspond aux honoraires de leur avocat. Ils considèrent que la procédure suivie devant la Grande Chambre ne se résume pas à une simple répétition de celle suivie devant la chambre, la Cour ayant posé des questions supplémentaires aux parties et un certain nombre d'observations de tiers intervenants ayant dû être analysées avant d'être évoquées à l'audience.

161. Le Gouvernement estime que les frais et dépens exposés pour les besoins de la procédure suivie devant la Cour constitutionnelle n'étaient pas nécessaires. Il soutient à cet égard que, d'après la jurisprudence de cette juridiction relative à l'article 140 de la Constitution fédérale, un justiciable ne peut saisir directement la Cour constitutionnelle que si la violation dont il se plaint résulte de l'application directe de la loi et que, en l'espèce, les requérants avaient la possibilité de s'adresser aux juridictions civiles.

162. En ce qui concerne la procédure suivie à Strasbourg, le Gouvernement trouve que les frais dont le remboursement est réclamé sont globalement excessifs. Il considère par ailleurs que les requérants ont pu s'inspirer dans une large mesure des moyens qu'ils avaient déjà soulevés dans le cadre de la procédure interne et, devant la Grande Chambre, sur les observations qu'ils avaient soumises à la chambre.

163. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En

ce qui concerne la procédure interne, la Cour considère que les frais exposés pour les besoins de la procédure devant la Cour constitutionnelle n'étaient pas nécessaires, relevant en particulier que le recours des intéressés a été jugé irrecevable par cette juridiction. En conséquence, seuls les frais afférents à la procédure suivie devant les juridictions civiles, à savoir 3 420,88 EUR, peuvent être remboursés aux requérants. Quant aux frais et dépens encourus dans le cadre de la procédure suivie à Strasbourg, la Cour estime, au vu des pièces dont elle dispose et des critères susmentionnés, qu'il y a lieu d'accorder 25 000 EUR aux intéressés. Au total, la Cour alloue donc 28 420,88 EUR aux requérants pour frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

164. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre ;
3. *Dit*, par dix voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre ;
4. *Dit*, par onze voix contre six,
 - a) que l'État défendeur doit verser, dans les trois mois, les sommes suivantes :
 - i. 10 000 EUR (dix mille euros) conjointement aux requérants, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt ou de taxe, pour dommage moral,
 - ii. 28 420,88 EUR (vingt-huit mille quatre cent vingt euros quatre-vingt-huit centimes) aux requérants, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt ou de taxe, pour frais et dépens ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la

facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

5. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg le 19 février 2013, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Johan Callewaert
Greffier adjoint

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Spielmann ;
- opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano et Sicilianos.

D.S.
J.C.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE SPIELMANN

1. Concernant le point 2 du dispositif de l'arrêt, je suis d'avis que la situation des requérants – les première et troisième requérantes, qui forment un couple homosexuel, et le fils de cette dernière – était comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

2. Sur ce point, je réitère mon opinion concordante jointe à l'arrêt *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, CEDH 2012) du 15 mars 2012, à laquelle s'est ralliée ma collègue Isabelle Berro-Lefèvre. Comme dans l'affaire *Gas et Dubois*, l'on est en présence d'un couple homosexuel stable. Pour ce qui est de la question examinée par la Cour, les première et troisième requérantes se trouvent à mon avis dans une situation comparable à celle d'un couple marié. Le fait que la Convention n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels ou que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent est sans rapport avec le problème posé en l'espèce.

3. La raison pour laquelle je n'ai pas voté en faveur d'un constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 tient à ce qu'il n'était à mon avis pas nécessaire d'examiner cette question. D'ailleurs, les requérants ont eux-mêmes souligné qu'ils n'entendaient pas revendiquer un droit réservé aux couples mariés. Même si leur position sur cette question n'était pas dénuée d'une certaine ambiguïté, ils ont principalement soutenu qu'aucun motif objectif et raisonnable ne justifiait que la première requérante se soit vu refuser le droit d'adopter l'enfant de sa partenaire alors qu'un tel droit aurait été accordé à un membre d'un couple hétérosexuel non marié. Certes, dans l'exposé initial de leur grief, les intéressés avaient comparé leur situation avec celle d'un couple marié. Mais dans leurs observations du 31 juillet 2012, reçues au greffe le 1^{er} août 2012, ils se sont exprimés comme suit :

« 34. La question dont la Cour est saisie ne concerne PAS un privilège lié au mariage. Les requérantes ne revendiquent pas un droit réservé aux familles mariées pour l'adoption par le second parent (c'est là la différence essentielle entre l'affaire *Gas et Dubois* et la présente affaire !).

35. L'Autriche accorde également aux couples non mariés l'accès à l'adoption par le second parent.

36. Mais alors que les couples hétérosexuels non mariés peuvent pleinement bénéficier de cette possibilité, les couples homosexuels non mariés et leurs beaux-enfants en sont exclus. Cette situation est identique à celle qui caractérisait l'affaire *Karner* (*Karner c. Autriche* 2003, *Kozak c. Pologne* 2010, *P.B. et J.S. c. Autriche* 2010, *J.M. c. Royaume-Uni* 2010). »

4. C'est ainsi que le débat devant la Cour a été circonscrit par les requérants eux-mêmes. Dans ces conditions, il me semble qu'il n'était pas nécessaire pour la Cour d'examiner la question de la comparaison de la situation des requérantes avec celle d'un couple marié, d'autant moins qu'il n'y a pas eu de vrai débat sur l'existence possible de justifications à la différence de traitement, à la lumière d'un éventuel but légitime et à l'aune du principe de proportionnalité.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE
AUX JUGES CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER,
JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO ET SICILIANOS

1. Avec tout le respect dû à l'approche suivie par la majorité, nous ne sommes pas en mesure de souscrire au point 3 du dispositif, lequel constate une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre, ni aux arguments étayant cette conclusion. En effet, les spécificités factuelles de l'affaire, combinées au contenu du droit autrichien, d'une part, et une série de considérations de droit comparé et de droit international, d'autre part, nous conduisent à conclure qu'il n'y a eu de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 dans le chef d'aucun des trois requérants.

I. Les spécificités de l'affaire et le droit autrichien

Les circonstances de l'espèce

2. Elles différaient de celles qui étaient en cause dans de précédentes affaires portant sur des questions d'adoption dont notre Cour a eu à connaître. En effet, quatre personnes étaient concernées en l'espèce : une mère biologique, un père biologique, la compagne de la mère et l'enfant à adopter (fils des deux premiers). La compagne de la mère, en accord avec celle-ci, souhaitait adopter l'enfant. Bien que l'enfant se trouvât sous l'autorité parentale de sa mère, il avait gardé des liens affectifs solides avec son père, qu'il voyait régulièrement et qui lui versait une pension alimentaire, tout aussi régulièrement d'après le dossier. Le père avait légitimement refusé de consentir à l'adoption. Il n'était pas contesté que l'enfant recevait une éducation correcte au sein du foyer familial composé de sa mère et de la compagne de celle-ci. Nous souscrivons sans aucune difficulté à l'idée selon laquelle la relation entre les trois requérants relevait de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention.

3. Sachant que l'article 8 de la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter (voir, parmi d'autres, *E.E. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008), ni le droit à l'enfant, ni le droit d'être adopté, on peut se poser la question de savoir quelle était la prétendue ingérence des autorités nationales dans la vie privée ou familiale des requérants. En effet, la première requérante, compagne de la mère de l'enfant, ne pouvait pas se prévaloir d'un droit à adopter l'enfant de cette dernière. À supposer qu'il ait souhaité être adopté, le deuxième requérant n'aurait pas davantage pu revendiquer un tel droit ; d'ailleurs, il avait déjà un père et une mère. La troisième requérante, mère de l'enfant, n'a subi

aucune atteinte à ses droits. Bien au contraire, la législation litigieuse n'a fait que préserver ses droits parentaux, auxquels elle n'entendait pas renoncer. En tout état de cause, même à supposer qu'il y ait eu ingérence, elle était prévue par la loi et poursuivait le but légitime de protéger les relations familiales entre le deuxième requérant et son père, lequel était opposé au projet d'adoption. Mais nous ne nous étendrons pas davantage sur ce point.

La législation litigieuse

4. Contrairement à l'avis de la majorité (paragraphe 126 de l'arrêt), nous estimons que la Cour aurait dû examiner la question en partant de cette situation précise et non en se livrant à une analyse abstraite de la disposition juridique applicable et appliquée par les juridictions internes, à savoir l'article 182 § 2 du code civil autrichien. Ainsi, « (...) dans des affaires issues d'une requête individuelle, la Cour n'a point pour tâche de contrôler dans l'abstrait la législation litigieuse. Elle doit au contraire se limiter autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas dont elle est saisie » (*Tarquët c. Belgique* [GC], n° 926/05, § 83 *in fine*, CEDH 2010).

5. Suivant la même ligne de raisonnement que celle du tribunal de district et du tribunal régional, la Cour suprême autrichienne a débouté les requérants de leur pourvoi en cassation. Parmi les motifs exposés dans son arrêt, elle a précisé que l'article 182 § 2 du code civil autrichien régissait les effets de l'adoption monoparentale et qu'il convenait d'en tirer les conclusions suivantes :

– si l'enfant n'était adopté que par un adoptant (ou une adoptante) seuls les liens familiaux qui l'unissaient à son père biologique (ou sa mère biologique) et aux parents de celui-ci (ou de celle-ci) étaient rompus ;

– cela signifiait notamment que l'adoption d'un enfant par une femme ne pouvait priver celui-ci de son père biologique ;

– l'article 182 § 2 du code civil interdisait de manière générale (et pas seulement aux couples homosexuels) tant l'adoption d'un enfant par un homme, aussi longtemps que subsistait le lien de filiation entre l'enfant à adopter et son père biologique, que l'adoption d'un enfant par une femme, aussi longtemps que subsistait le lien de filiation entre celui-ci et sa mère biologique ;

– il résultait donc de l'article 182 § 2 que la personne qui adoptait seule un enfant ne se substituait pas indifféremment à l'un ou à l'autre des parents, mais seulement au parent du même sexe qu'elle.

6. L'article 182 § 2 est une disposition de caractère général, absolument neutre, applicable dans toutes les situations et sans aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des adoptants. Il arrive qu'une même disposition législative produise des effets différents selon les situations auxquelles elle s'applique. « La simple différence des effets ne constitue pas et n'implique pas une différence de traitement, dès lors qu'une seule et

même règle produit des effets différents» (observations du tiers intervenant le Centre européen pour le droit et la justice). On retrouve dans la législation de beaucoup d'autres États membres du Conseil de l'Europe (voir, entre autres, les articles 360 et suivants du code civil français) les effets résultant de l'application des dispositions pertinentes du droit autrichien (rupture du lien de filiation entre l'enfant adopté et son père ou sa mère biologique), effets qui sont la conséquence juridique et logique du fait de l'adoption. Notre Cour a déjà reconnu « (...) que la logique de la conception de l'adoption litigieuse, qui entraî[ait] la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel [était] valable pour les personnes mineures» et que « (...) compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil [français] (...) l'on ne [pouvait], en se fondant sur la remise en cause de l'application de cette seule disposition, légitimer la mise en place d'un double lien de filiation» (*Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, § 72, CEDH 2012). Cela est valable, *mutatis mutandis*, dans le cas d'espèce. Le changement des acteurs est sans incidence sur les effets produits, qui resteront toujours les mêmes : l'enfant ne pourra pas être adopté sans le consentement exprès du père ou de la mère avec lequel il garde un lien de filiation. Partant, que l'adoptant soit un homme ou une femme, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, l'adoption est par principe impossible dans tous les cas.

La position du père de l'enfant

7. Les requérantes alléguaient à juste titre que l'homologation de l'adoption aurait conduit à la rupture du lien entre la mère et son fils en application de la disposition légale pertinente, tout en revendiquant la rupture judiciaire des liens unissant l'enfant et son père (c'est-à-dire la substitution de la compagne de la mère au père biologique). Ce faisant, elles oublièrent le droit légitime du père au respect de sa vie privée et familiale, également protégé par l'article 8. En dépit de la position de la majorité sur ce point (paragraphe 120 et 124 de l'arrêt), nous estimons que la faculté reconnue au juge par le code civil de passer outre à la volonté du père constitue une mesure exceptionnelle qui ne saurait être imposée que dans des situations graves et avérées de manquement flagrant aux obligations parentales, ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce. Un père n'a pas à se justifier de vouloir rester le père de son fils et encore moins lorsque, comme en l'espèce, il assume pleinement ses responsabilités parentales.

L'intérêt supérieur de l'enfant

8. Il reste à examiner l'élément qui est au cœur de toute procédure d'adoption : l'intérêt supérieur de l'enfant (le grand oublié de ce dossier). Abstraction faite d'un éventuel conflit d'intérêts entre la mère représentante et son fils (question soulevée mais non tranchée par les autorités internes,

paragraphe 18 de l'arrêt), il aurait fallu rechercher quelle était la position de l'enfant. Il avait entre onze et douze ans au moment de la procédure interne. Aujourd'hui, il approche de la majorité. Il a une mère et un père : au nom de quel intérêt supérieur la substitution de son père par la compagne de sa mère aurait-elle été justifiée ? Unies par des liens affectifs, les deux requérantes ont marqué leur intérêt pour l'adoption, mais rien ne démontrait l'existence d'un « intérêt supérieur » pour l'enfant. L'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » (*Hyetté c. France*, n° 36515/97, § 42, CEDH 2002-I). Or force est de constater que le deuxième requérant a toujours eu une famille. L'arrêt est muet sur ce point essentiel.

L'adoption coparentale par des couples de même sexe

9. Après avoir rappelé que la présente affaire ne portait pas sur la question de savoir si, eu égard aux circonstances, la demande d'adoption des requérants aurait dû ou non être accueillie (paragraphe 132 et 152 de l'arrêt), la majorité a précisé à deux reprises que « (...) la Cour n'[était] pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général » (paragraphe 134 et 149 de l'arrêt). Elle a ensuite ajouté – sans plus de précisions – que le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme était « assez abstrait » et qu'une grande variété de mesures concrètes pouvaient être utilisées pour le réaliser (paragraphe 139 de l'arrêt). Concernant l'article 8 § 4 de la loi sur le partenariat enregistré, la majorité a constaté que « (...) cette disposition ne fai[sait] que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels » (paragraphe 143 de l'arrêt) mais sans formuler d'autres considérations sur cette réalité objective, valable peut-être pour l'Autriche, mais aussi, le cas échéant, pour d'autres pays parties à la Convention.

10. Enfin, nous ne comprenons guère pourquoi la majorité a reproché au Gouvernement de ne pas avoir présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne pouvaient s'occuper convenablement d'un enfant (paragraphe 142 et 146 de l'arrêt). Pourquoi le Gouvernement aurait-il dû présenter pareils éléments ? La question ne se posait pas dans les circonstances spécifiques de cette affaire. Elle était hors sujet. Le fait que le deuxième requérant semblait recevoir une éducation correcte de sa mère et de la compagne de celle-ci ne prêtait pas à controverse.

11. À notre avis, et avec tout le respect dû à la majorité, celle-ci en a dit trop ou trop peu sur cette question de l'adoption coparentale par des couples du même sexe.

II. Le droit comparé et le droit international

Le droit comparé et la question du « consensus »

12. Dans le paragraphe 149 de l'arrêt, et en réponse à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existait pas de consensus européen en la matière, la Cour a relevé que « seuls les dix États membres du Conseil de l'Europe qui ouvr[ai]ent l'adoption coparentale aux couples non mariés [pouvaient] servir de point de comparaison », que « six d'entre eux trait[ai]ent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard » et qu'ils étaient « quatre à avoir adopté la même position que l'Autriche (...) », puis elle a estimé que « l'étroitesse de cet échantillon ne permet[tait] de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe ».

13. Cette manière de voir soulève avant tout une question d'ordre méthodologique, à savoir celle de l'« échantillon » des États membres à prendre en considération. Fallait-il se limiter aux seuls États dont l'ordre juridique se prêtait à une comparaison quasi automatique avec celui de l'État défendeur ou bien fallait-il aussi prendre en compte les législations qui s'inscrivaient dans le contexte plus large de l'affaire ? Si l'on retient la première solution, la majorité a eu raison de ne tenir compte que des législations des dix États parties qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés.

14. Mais, à supposer que cette solution soit effectivement la bonne, la conclusion que la Cour en a tirée est pour le moins curieuse. En effet, dès lors que six de ces dix États ont emprunté une voie tandis que les quatre autres en ont choisi une autre, il semble évident que les États en question sont fortement divisés et qu'il n'existe donc aucun consensus. Dans ces conditions, il paraît bien artificiel de s'abriter derrière l'« étroitesse de cet échantillon » pour esquiver la question en déclarant qu'aucune conclusion ne peut être tirée « sur un éventuel consensus ». Ce raisonnement quelque peu étrange s'explique, en réalité, par le fait que la méthode retenue n'est peut-être pas la bonne.

15. En effet, la méthode en question conduit inexorablement à faire abstraction d'une tendance claire, selon laquelle la grande majorité des États parties refusent pour l'instant l'adoption coparentale aux couples non mariés en général, et *a fortiori* aux couples non mariés de même sexe. Dire que cela n'est aucunement pertinent au regard de la présente affaire procède à notre sens d'une vision trop technique – et par conséquent réductrice – des réalités qui prévalent sur le plan paneuropéen. Si la Cour est et doit être une bonne technicienne, elle ne doit pas pour autant perdre de vue les grandes tendances qui se dessinent clairement sur l'horizon de notre continent, du moins dans les circonstances actuelles. Par ailleurs, et en passant de la méthodologie à la terminologie, faut-il s'en tenir toujours à la notion plutôt restrictive du « consensus », que l'on retrouve très rarement dans la réalité ?

Ne serait-il pas plus opportun et plus simple de parler de « tendance » ? Ces observations conduisent à examiner plus avant l'état actuel du droit international pertinent en la matière.

Le droit international et la tendance au « laissez-faire »

16. On constate que l'absence d'un quelconque « consensus » et la diversité des approches en matière d'adoption coparentale par des couples non mariés se reflètent clairement dans l'article 7 § 2 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants révisée en 2008 et entrée en vigueur en 2011 (« la Convention de 2008 »). Selon cette disposition : « Les États ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable. » En d'autres termes, la disposition précitée laisse les États libres de légiférer comme ils l'entendent en la matière.

17. La Convention en question est traitée de façon plutôt ambivalente dans l'arrêt. Certains de ses articles – y compris la disposition précitée – et les passages correspondants de son rapport explicatif sont reproduits aux paragraphes 51 à 53 de l'arrêt, sous la rubrique « Conventions internationales et documents du Conseil de l'Europe », ce qui donne à penser qu'il s'agit là d'un instrument à prendre en considération, conformément à la pratique devenue habituelle de la Cour. On sait, en effet, que la Cour en appelle souvent à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités pour s'inspirer d'autres instruments internationaux pertinents au regard de l'interprétation de la Convention (voir I. Ziemele, *“Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights: A Question of a Simple Collateral Benefit?”*, in *The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, D. Spielmann, M. Tsirli, P. Vovatzis (eds.), Brussels, Bruylant, 2011, pp. 741-758).

18. Or le paragraphe 150 de l'arrêt semble se distancier soudainement de cette pratique. Dans un premier temps, il paraît vouloir écarter d'emblée la Convention de 2008 « parce qu'elle n'a pas été ratifiée par l'Autriche ». L'argument semble étrange si l'on garde à l'esprit que la Cour a pour pratique courante de s'inspirer de plusieurs instruments internationaux, qu'ils aient ou non été ratifiés par l'État défendeur, dès lors qu'ils reflètent l'état actuel du droit international général (voir, parmi beaucoup d'autres, *Cudak c. Lituanie* [GC], n° 15869/02, § 66, CEDH 2010). Afin de justifier ce changement de cap, la Cour s'est hâtée de déclarer, précisément, que « l'on peut douter [que la Convention de 2008] reflète une communauté de vues actuelle entre les États européens compte tenu du faible nombre de ratifications dont elle a fait l'objet jusqu'à présent ». Pour pertinent qu'il

puisse sembler *prima facie* du point de vue du droit international, cet argument constitue en réalité une sorte de *petitio principii*. En effet, la seule disposition de la Convention de 2008 susceptible d'entrer en ligne de compte en l'espèce est l'article 7 § 2 (précité). Or, la disposition en question ne fait que cristalliser, on le répète, l'absence de « communauté de vues actuelle entre les États européens ». Autrement dit, les rédacteurs de la Convention de 2008 ont voulu exprimer dans cette disposition, de manière implicite mais claire, leur désaccord en matière d'adoption coparentale hors mariage et s'accorder une liberté totale de légiférer en la matière. Faute de vouloir admettre cette situation – et par là même l'argument du gouvernement autrichien sur l'absence de consensus – la Cour a préféré mettre en doute la pertinence de la Convention de 2008 dans son ensemble.

19. Pourtant, aussitôt après avoir tenté d'écarter la Convention de 2008, la majorité l'a invoquée pour en tirer argument à l'appui de sa thèse principale concernant la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Après avoir rappelé le contenu de l'article 7 § 2 de la Convention de 2008, l'arrêt ajoute qu'« [i]l ne ressort donc pas de cette disposition que les États soient libres de traiter différemment les couples hétérosexuels et les couple homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable » (paragraphe 150 de l'arrêt). Outre le fait que, à nos yeux, cette interprétation ne respecte pas la lettre de l'article 7 § 2, elle semble contrevenir également à son objet et à son but, tels qu'explicités dans le rapport explicatif cité au paragraphe 53 de l'arrêt. Retraçant l'historique de cette disposition et le cheminement logique qui a abouti à son adoption, le rapport explicatif énonce en effet que :

« 45. Concernant le paragraphe 2 [de l'article 7], il a été relevé que deux États parties (la Suède en 2002 et le Royaume-Uni en 2005) ont dénoncé la Convention au motif que les partenaires enregistrés de même sexe, conformément à leur législation nationale, pouvaient faire une demande conjointe pour devenir parents adoptifs, ce qui contrevient à la Convention. Des situations analogues dans d'autres pays pourraient également déboucher sur la dénonciation de la Convention de 1967. Néanmoins, il a aussi été relevé que le droit pour des partenaires enregistrés de même sexe d'adopter conjointement un enfant n'était pas une solution qu'un grand nombre d'États parties étaient prêts à accepter à l'heure actuelle.

46. Dans ces conditions, le paragraphe 2 permet aux États qui le souhaitent d'étendre la portée de la Convention révisée à l'adoption par des couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou partenaires enregistrés. À cet égard, il n'est pas rare que des instruments du Conseil de l'Europe introduisent des dispositions novatrices tout en laissant la liberté aux États parties de décider d'appliquer les dites dispositions (voir paragraphe 2 de l'article 5 de la Convention de 2003 sur les relations personnelles concernant les enfants, STE n° 192).

47. Les États ont également toute latitude pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent ou de même sexe vivant ensemble dans une relation stable. Il appartient aux États parties d'établir les critères d'évaluation de la stabilité d'une telle relation. »

20. Force est de constater que les passages précités soulignent tout d'abord les différences d'approches des États européens en matière d'adoption par des couples de même sexe, qu'ils mettent ensuite en exergue le caractère « novateur » de l'article 7 § 2, et qu'ils insistent enfin sur le fait qu'en vertu de cette disposition les États ont « également *toute latitude* pour étendre la portée de la Convention aux couples de sexe différent ou de même sexe vivant ensemble dans une relation stable » (italiques ajoutés). Les mots en italiques dénotent clairement la liberté totale des États de légiférer en la matière. Dédire de l'article 7 § 2 que les États contractants ont voulu limiter d'une quelconque manière la latitude de leurs législateurs respectifs constitue, à notre sens, une interprétation erronée de cette disposition.

21. Des remarques analogues pourraient être faites au sujet de la Recommandation CM/Rec(2010)5 adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des Ministres. Le paragraphe 23 de ladite recommandation énonce en effet que « [l]orsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les États membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents » ; et le même paragraphe d'ajouter « y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs ». Ce dernier membre de phrase – qui est omis de la citation faite au paragraphe 150 de l'arrêt – est visiblement inspiré de l'arrêt *Karner c. Autriche* (n° 40016/98, en particulier §§ 34 et suivants, CEDH 2003-IX) et semble vouloir situer le paragraphe 23 de la recommandation précitée notamment dans le champ patrimonial – voire successoral – et non pas dans celui de l'adoption. Cette manière de voir est corroborée par le fait que la même recommandation contient un paragraphe spécifique, le paragraphe 27, qui est consacré, lui, à l'adoption. Cette disposition – omise du paragraphe 150 de l'arrêt – se lit comme suit : « Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les États membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. » Ce paragraphe fait écho à la situation examinée par la Grande Chambre de la Cour dans l'arrêt *E.B. c. France*, précité (voir, notamment, §§ 70 et suivants). Il ne concerne pas l'adoption coparentale.

22. Le paragraphe 150 de l'arrêt contient un dernier argument, suivant lequel « (...) quand bien même l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 recevrait une interprétation conduisant à un résultat différent, la Cour rappelle que les États demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention (*Al-Sadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010) ». Cela est certainement correct du point

de vue de la responsabilité internationale des États. Cependant, l'article 7 § 2 de la Convention de 2008 ne crée aucun engagement. Au contraire, il laisse les États libres de légiférer comme ils l'entendent. Par conséquent, le passage précité ne semble pas pertinent en l'espèce. Il faudrait rappeler, par ailleurs, que dans son arrêt récent *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, § 170, CEDH 2012), la Grande Chambre a confirmé l'approche qu'elle avait déjà suivie, selon laquelle lorsque « plusieurs instruments apparemment contradictoires sont simultanément applicables, la jurisprudence et la doctrine internationales s'efforcent de les interpréter de manière à coordonner leurs effets, tout en évitant de les opposer entre eux. Il en découle que deux engagements divergents doivent être autant que possible harmonisés de manière à leur conférer des effets en tous points conformes au droit en vigueur (voir, dans ce sens, *Al-Saadoun et Musfâhi*, précité, § 126, et *Al-Adsani* [c. Royaume-Uni] [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI], ainsi que *Banković [et autres c. Belgique et autres (déc.)]* [GC], n° 52207/99, §§ 55-57, CEDH 2001-XII) ; voir également les références citées dans le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international intitulé « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » (...) ». Cette approche fondée sur l'harmonisation – plutôt que sur l'opposition – des instruments conventionnels pertinents nous semble d'autant plus préférable en l'occurrence que la Convention de 2008 est un instrument récent du Conseil de l'Europe.

Les limites de l'interprétation évolutive : les « conditions de vie actuelles » ou celles de demain ?

23. Les développements précédents nous conduisent à conclure par quelques brèves considérations sur la méthode d'interprétation dite évolutive. On sait, en effet, que depuis l'arrêt *Tyrer*, la Cour rappelle fréquemment que la Convention est un instrument vivant qu'il faut interpréter « à la lumière des conditions de vie actuelles » (*Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26). En d'autres termes, le sens de l'interprétation évolutive, telle que conçue par la Cour, est d'accompagner, voire de canaliser les changements (voir Ch. Rozakis, *The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe*, in *European Court of Human Rights 50 Years, Nomiko Vima*, Athens Bar Association, Athens, 2010, pp. 20-30, notamment pp. 25 et suiv.), non pas de les précéder et encore moins d'essayer de les imposer. Sans aucunement exclure que les conditions qui prévaudront en Europe à l'avenir puissent aller dans le sens apparemment voulu par la majorité, tel ne semble pas être le cas, on l'a vu, à l'heure actuelle. Nous estimons en conséquence que la majorité est allée au-delà des limites habituelles de la méthode d'interprétation évolutive.

Demandeur : Mme Cécile X...

Défendeur : Mme Catherine Y... ; et autre

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 24 novembre 2016), que Mme X..., qui a vécu en concubinage avec Mme Y..., a présenté une requête en adoption plénière de la fille de celle-ci, Marie Y..., née le [...], sans filiation paternelle établie ;

Attendu qu'elle fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande alors, selon le moyen, *que l'intérêt supérieur de l'enfant doit guider toute décision le concernant ; que l'État doit permettre à un lien familial établi de se développer ; qu'en se bornant à relever que la requête en adoption de Marie Y... présentée par Mme X... conduirait à rompre le lien de filiation avec Mme Y..., sa mère biologique, et que la séparation de Mmes Y... et X... présentait un obstacle majeur à l'adoption, sans rechercher si l'intérêt supérieur de l'enfant n'imposait pas de faire droit à la requête tout en écartant les textes nationaux limitant l'adoption aux enfants accueillis au foyer de l'adoptant et entraînant la rupture du lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique, et ainsi de permettre l'établissement d'une filiation de l'enfant avec Mme X..., correspondant à un lien affectif existant, tout en conservant celle existant avec Mme Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;*

Mais attendu que, si l'adoption plénière d'un enfant, par une personne âgée de plus de vingt-huit ans, est autorisée par l'article 343-1 du code civil, elle a pour effet, aux termes de l'article 356 du même code, de conférer à cet enfant une filiation se substituant à sa filiation d'origine et de le priver de toute appartenance à sa famille par le sang ; que, seule l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, permise par l'article 345-1, laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille ; que le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas de consacrer, par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et établis ;

Attendu qu'après avoir relevé que, Mme X... et Mme Y... n'étant pas mariées, l'adoption plénière de Marie par Mme X... mettrait fin au lien de filiation de celle-ci avec sa mère, qui n'y avait pas renoncé, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel résidait dans le maintien des liens avec sa mère biologique, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(...)

Demandeur(s) : Mme Sophie X...

Défendeur(s) : Mme Laurence Y...

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Besançon, 1^{er} septembre 2016), qu'Alice X... est née en 2011 de Mme X..., sans filiation paternelle déclarée ; que, lors de sa naissance, sa mère partageait la vie de Mme Y... ; que, les deux femmes s'étant séparées le 30 avril 2013, Mme Y... a saisi le juge aux affaires familiales afin de se voir attribuer un droit de visite et d'hébergement sur l'enfant ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de dire que Mme Y... bénéficiera sur Alice d'un droit de visite, puis d'un droit d'hébergement, alors, selon le moyen :

1°/ 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, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables ; qu'en l'état du droit positif, l'existence d'un projet parental commun, qui plus est lorsqu'elle est contestée par la mère biologique, ne saurait suffire à permettre au juge aux affaires familiales d'accorder un droit de visite ou d'hébergement à l'ancienne compagne de cette dernière ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 371-4 du code civil ;

2°/ que dans toutes les décisions qui le concernent, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que ce n'est que si tel est l'intérêt de l'enfant que le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables ; qu'en accordant un droit de visite et d'hébergement à Mme Y..., sans rechercher si l'enfant, âgée de 5 ans, et ne l'ayant pas revue depuis l'âge de 2 ans ne l'avait pas oubliée, un enfant de cet âge ne pouvant avoir de souvenir des deux premières années de sa vie, si Mme Y... n'était pas ainsi devenue une étrangère pour elle, et si, dans ce contexte, un droit de visite, et plus encore d'hébergement, ne serait pas contraire à l'intérêt d'Alice, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 371-4 du code civil ensemble l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ;

3°/ que dans toutes les décisions qui le concernent, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que ce n'est que si tel est l'intérêt de l'enfant que le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation et a noué avec lui des liens affectifs durables ; que la circonstance que le parent biologique ait mis un terme à la relation entre un tiers et l'enfant ne saurait suffire à écarter toute recherche sur l'intérêt de ce dernier à ce

qu'un droit de visite et d'hébergement soit reconnu à ce tiers ; qu'en considérant toutefois, pour accorder un droit de visite et d'hébergement à Mme Y..., que dans la mesure où la mère était directement à l'origine de l'arrêt des rencontres entre sa fille et son ancienne compagne, elle était mal fondée à soutenir qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de renouer des liens avec celle qui se considérait comme sa seconde mère, la cour d'appel a violé les articles 371-4 du code civil ensemble l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ;

Mais attendu que, selon l'article 371-4, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que les parties vivaient en couple au moment de la naissance d'Alice et qu'il existait un projet parental commun au moment de la conception de l'enfant, que Mme Y... a résidé durant plus de deux ans avec Mme X... et Alice, qu'elle considérait comme sa fille, et qu'il existait un lien affectif durable entre elles, dont la rupture n'est due qu'au refus de Mme X... de maintenir cette relation ;

Que l'arrêt énonce, ensuite, que l'intérêt de l'enfant commande qu'elle ait accès aux circonstances exactes de sa conception, de sa naissance, ainsi que des premiers temps de son existence, sans que cela n'empêche une relation affective de qualité avec l'actuel compagnon de sa mère, et que l'existence de relations conflictuelles entre les parties n'est pas un obstacle suffisant pour justifier le rejet de la demande formée par Mme Y..., dès lors qu'Alice, décrite comme une enfant épanouie et équilibrée, est en mesure de renouer des liens affectifs avec cette dernière ;

Qu'il constate, enfin, que la demande présentée par Mme Y..., qui ne sollicite qu'un simple droit de visite, en proposant de se déplacer pour voir l'enfant, témoigne de l'intérêt qu'elle porte à Alice et de son désir de ne pas brusquer la mineure en reprenant de manière progressive et adaptée des contacts avec elle, avant de pouvoir à nouveau la recevoir à son domicile ;

Que la cour d'appel, qui a ainsi statué en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'elle a souverainement apprécié, a fait une exacte application du texte susvisé et de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(...)

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 27 octobre 2017 par le tribunal d'instance de Saint-Germain-en-Laye, reçue le 8 décembre 2017, dans une instance concernant Mmes X... et Y..., en présence du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Versailles, et ainsi libellée « Les articles 317 et 320 du code civil autorisent-ils la délivrance d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie ?

En cas de réponse négative, l'impossibilité de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie méconnaît-elle l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant ? Et peut-elle constituer, au regard des circonstances de fait appréciées concrètement par le juge d'instance, une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard du but légitime poursuivi ? »

Vu les observations écrites de Me Occhipinti pour Mme X... ; Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Sassoust, avocat général, entendu en ses observations orales ;

MOTIFS :

En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi no 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption.

Ainsi, l'article 6-1 du code civil, issu de ce texte, dispose que le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe.

Les modes d'établissement du lien de filiation prévus au titre VII du livre Ier du code civil, tels que la reconnaissance ou la présomption de paternité, ou encore la possession d'état, n'ont donc pas été ouverts aux époux de même sexe, *a fortiori* aux concubins de même sexe.

En toute hypothèse, l'article 320 du code civil dispose que, tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait.

Ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant.

Il en résulte qu'un lien de filiation ne peut être établi, par la possession d'état, à l'égard du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie.

Le contrôle de conventionnalité, au regard de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis.

En conséquence,

LA COUR EST D'AVIS QUE :

1. Le juge d'instance ne peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie.
2. La seconde question relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis.

Vu les articles L.441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile,

Vu la demande d'avis formulée le 23 juin 2014 par le tribunal de grande instance de Poitiers, reçue le 27 juin 2014, dans une instance introduite par Mme X... épouse Y... aux fins d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe, et ainsi libellée :

“Le recours à la procréation médicalement assistée, sous forme d'un recours à une insémination artificielle avec donneur inconnu à l'étranger par un couple de femmes, dans la mesure où cette assistance ne leur est pas ouverte en France, conformément à l'article L.2141-2 du code de la santé publique, est-il de nature à constituer une fraude à la loi empêchant que soit prononcée une adoption de l'enfant né de cette procréation par l'épouse de la mère ?

L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale exigent-ils au contraire de faire droit à la demande d'adoption formulée par l'épouse de la mère de l'enfant ?”

Vu les observations écrites déposées par Me Corlay pour les associations Juristes pour l'enfance et l'Agence européenne des adoptés ;

Sur le rapport de Mme Le Cotty, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Sarcelet, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

EST D'AVIS QUE :

Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que Mme X... et Mme Y... vivent en couple depuis 1989 et ont conclu le 21 mai 2002 un pacte civil de solidarité ; que le 5 octobre 1998, Mme X... a mis au monde une fille, A... X..., qu'elle a seule reconnue ; que le 10 novembre 2003, Mme Y... a mis au monde un garçon, B... Y..., qu'elle a seule reconnu ; que par requête conjointe du 28 juin 2006, Mme X... a saisi le juge aux affaires familiales d'une demande de délégation d'autorité parentale sur A... au profit de Mme Y... et celle-ci d'une demande aux mêmes fins sur B... au profit de Mme X... ; qu'un jugement du 11 décembre 2007 a accueilli cette requête et dit que Mmes X... et Y... partageront l'exercice de l'autorité parentale sur les deux enfants A... et B... ;

Attendu que Mmes X... et Y... font grief à l'arrêt attaqué (Douai, 11 décembre 2008), d'avoir infirmé ce jugement alors, selon le moyen :

1°/ qu' une mère seule titulaire de l'autorité parentale peut en déléguer une partie de l'exercice à la femme avec laquelle elle vit en union stable et continue, dès lors que les "circonstances" l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ; que le premier de ces deux critères est suffisamment caractérisé lorsque l'absence de filiation paternelle laisse craindre qu'en cas d'événement accidentel plaçant la mère dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, sa compagne se heurte à une impossibilité juridique de tenir le rôle éducatif qu'elle a toujours eu aux yeux de l'enfant, une telle impossibilité pouvant survenir quand bien même nul n'aurait tenté jusqu'alors de s'opposer à ce qu'elle tienne ce rôle ; qu'en décidant que la délégation d'autorité parentale n'était pas justifiée si la mère ne démontrait pas être exposée à un risque d'accident supérieur à la moyenne et, en outre, avoir rencontré des difficultés pour imposer aux tiers le rôle éducatif joué par sa compagne, la cour d'appel a violé l'article 377 alinéa 1^{er} du code civil, ensemble les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 3.1 de la convention internationale des droits de l'enfant ;

2°/ que si l'enfant s'épanouit pleinement au sein du foyer harmonieux que sa mère biologique a construit depuis de nombreuses années avec une autre femme, et si des liens fraternels l'unissent avec le propre enfant de cette dernière, la délégation partielle d'autorité parentale, en ce qu'elle permet de préserver ce bénéfice, sert nécessairement l'intérêt de l'enfant ; qu'en l'espèce, pour refuser de prononcer la délégation partielle d'autorité parentale, la cour d'appel a retenu que chacun des deux enfants était déjà pleinement épanoui au sein du foyer commun ; qu'en s'abstenant de rechercher si, précisément, la délégation parentale n'était pas justifiée par la nécessité de consolider ce bénéfice, et plus particulièrement encore par la nécessité de préserver la fratrie en cas d'impossibilité pour l'une des deux mères de s'exprimer, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 377 alinéa 1^{er} du code civil, ensemble les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 3.1 de la convention internationale des droits de l'enfant ;

Mais attendu que si l'article 377, alinéa 1^{er}, du code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère seule titulaire de l'autorité parentale en délègue tout ou partie de l'exercice à la femme avec

laquelle elle vit en union stable et continue, c'est à la condition que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ; qu'ayant relevé, d'une part, que si Mmes X... et Y... démontraient qu'elles avaient une vie commune stable depuis 1989 et que les enfants étaient bien intégrés dans leur couple et dans la famille de chacune d'elles et qu'elles s'occupaient aussi bien de leur propre enfant que de celui de l'autre sans faire de différence entre eux, elles ne rapportaient pas la preuve de circonstances particulières qui imposeraient une délégation d'autorité parentale dès lors que les déplacements professionnels qu'elles invoquaient n'étaient qu'exceptionnels, que le risque d'accidents n'était qu'hypothétique et semblable à celui auquel se trouvait confronté tout parent qui exerçait seul l'autorité parentale, d'autre part, que les requérantes admettaient elles-mêmes qu'elles ne s'étaient pas heurtées à des difficultés particulières pour pouvoir jouer auprès des tiers ou de leur entourage familial le rôle de parents qu'elles entendaient se reconnaître mutuellement, assistant indifféremment l'une ou l'autre, voire toutes les deux, aux réunions d'école et allant l'une ou l'autre chercher les enfants après la classe et, enfin, que Mmes X... et Y... ne démontraient pas en quoi l'intérêt supérieur des enfants exigeait que l'exercice de l'autorité parentale soit partagé entre elles et permettrait aux enfants d'avoir de meilleures conditions de vie ou une meilleure protection quand les attestations établissaient que les enfants étaient épanouis, la cour d'appel a pu déduire de ces énonciations et constatations qu'il n'y avait pas lieu d'accueillir la demande dont elle était saisie ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

(...)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, qui est recevable :

Vu l'article 346 du code civil ;

Attendu que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ;

Attendu que M. L... Y...-Z... est né en 1968, du mariage de J... Y... et de Mme M... A..., dissout par divorce quelques années après sa naissance ; que sa mère, Mme A..., a épousé en secondes noces M. Z... ; qu'un jugement du 27 mai 2002 du tribunal de grande instance de Béziers a prononcé l'adoption simple de M. L... Y... par M. Z... et dit que l'adopté se nommerait à l'avenir Y...-Z... ; que, par requête du 1^{er} février 2007, Mme X..., épouse en secondes noces depuis 1972 de J... Y..., décédé en cours d'instance, a sollicité l'adoption simple de M. L... Y...-Z... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, la cour d'appel a décidé qu'il convenait d'écarter l'application de l'article 346 du code civil non conforme en l'espèce aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'il s'agissait d'officialiser et de conforter juridiquement une situation familiale et des liens affectifs anciens et bien établis et que le refus de cette deuxième adoption aboutirait à une discrimination entre les deux "beaux-parents" ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du premier moyen et le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mai 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Et statuant à nouveau :

Réforme le jugement ;

(...)

Rapport n° 437 (2012-2013) fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet
de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe
par M. Jean-Pierre Michel, sénateur (*extraits*)

N° 437

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2012-2013

Enregistré à la Présidence du Sénat le 20 mars 2013

RAPPORT

FAIT

au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe,

Par M. Jean-Pierre MICHEL,

Sénateur

Tome 1 : Rapport

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Pierre Suzur, président ; MM. Jean-Pierre Michel, Patrice Gélard, Mme Catherine Tasca, M. Bernard Saugoy, Mme Esther Benbassa, MM. François Pillet, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi, M. Nicolas Alfonsi, Mlle Sophie Joissains, vice-présidents ; Mme Nicole Bonnefoy, MM. Christian Coizat, Christophe-André Frassa, Mme Virginie Elès, secrétaires ; MM. Alain Anziani, Philippe Bas, Christophe Béchu, François-Noël Buffet, Gérard Collomb, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Cécile Cukiersman, MM. Michel Delebarre, Felix Desplan, Christian Favier, Louis-Constant Fleming, René Garrec, Gaston Gorce, Mme Jacqueline Gourault, MM. Jean-Jacques Hyest, Philippe Kaltenbach, Jean-René Lecerf, Jean-Yves Leconte, Antoine Lefèvre, Mme Hélène Lipietz, MM. Roger Madec, Jean Louis Masson, Michel Marcier, Jacques Mazard, Thani Mohamed Soilihi, Hugues Portelli, André Reichardt, Alain Richard, Simon Sutour, Mme Catherine Troendle, MM. René Vandierendonck, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto.

Voir le(s) numéro(s) :

Assemblée nationale (14^{ème} légis.) : 344, 581, 628 et T.A. 84

Sénat : 349, 435 et 438 (2012-2013)

CHAPITRE I^{ER} BIS
DISPOSITIONS RELATIVES
À LA FILIATION ADOPTIVE ET
AU MAINTIEN DES LIENS AVEC L'ENFANT

L'Assemblée nationale a introduit cette nouvelle division et trois des articles qu'elle contient à l'initiative de sa commission des lois, le dernier résultant d'un amendement du rapporteur adopté en séance publique.

Bien que consacré aux dispositions relatives à la filiation adoptive et au maintien des liens avec l'enfant, ce nouveau chapitre n'inclut pas d'article ouvrant expressément l'accès à l'adoption conjointe aux époux de même sexe. En effet, comme on l'a vu précédemment, cet accès découle implicitement, mais nécessairement, de l'article 1^{er}, au même titre que tous les autres droits et obligations afférents au mariage¹.

Article 1^{er} bis
(art. 345-1 du code civil)

**Autorisation de l'adoption plénière de l'enfant du conjoint,
antérieurement adopté par lui**

Cet article, introduit en commission des lois à l'Assemblée nationale, à l'initiative de son rapporteur, M. Erwann Binet, vise à autoriser l'adoption

¹ Sur le régime juridique de l'adoption plénière et de l'adoption simple, cf. infra, le commentaire de l'article 1^{er}.

plénière de l'enfant du conjoint, lorsqu'il a déjà fait l'objet d'une adoption plénière par ce dernier.

L'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est en effet permise que dans trois cas, afin d'éviter de priver l'enfant d'une filiation antérieure, sauf circonstance qui le justifie :

- lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;
- lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;
- lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

En outre, afin d'éviter de soumettre l'enfant à des adoptions plénières successives ou multiples, l'article 359 du code civil rend l'adoption plénière irrévocable et l'article 346 interdit qu'un enfant puisse être adopté par plusieurs personnes, exception faite de deux époux.

Appliquée strictement, cette règle interdirait au conjoint d'une personne qui aurait précédemment adopté un enfant, en la forme plénière, de l'adopter à son tour.

Or, une telle situation se trouvera fréquemment au sein des familles homoparentales actuelles, puisque jusqu'à présent, seule la voie de l'adoption par un célibataire leur ouverte pour accueillir un enfant dans leur famille. La régularisation de leur situation filiative passe alors par l'adoption de cet enfant par l'autre conjoint : il est nécessaire d'en réserver la possibilité.

La circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation¹ propose, à cet égard, une interprétation souple de la règle.

Elle défend que, dans la mesure où l'article 343 du code civil ne précise pas que l'adoption conjointe par deux époux soit effectuée simultanément, elle autorise implicitement que l'adoption par les conjoints puisse avoir lieu successivement. À l'appui de cette interprétation, le ministère de la justice fait valoir que, dans le cas de l'adoption par le conjoint, il n'y a pas infraction à la règle de l'irrévocabilité de l'adoption plénière, puisque la filiation à l'égard du conjoint s'ajoute à la filiation antérieure.

¹ *Circ. NOR : JUSC1119808C du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, BOMJL n° 2011-11 du 30 novembre 2011.*

Cette interprétation libérale ne paraît toutefois pas conforme à la jurisprudence plus restrictive de la Cour de cassation¹.

Sans remettre en cause la pertinence de l'argumentation de la Chancellerie, les commissaires des lois de l'Assemblée nationale ont d'ailleurs préféré, à l'invitation du rapporteur, M. Erwann Binet, poser une règle explicite, en ajoutant, aux trois cas dans lesquels l'adoption de l'enfant du conjoint est autorisée, un cas supplémentaire : lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint.

Votre rapporteur partage la préoccupation exprimée par les députés, et juge comme eux souhaitable que la règle soit rendue plus explicite : il s'agit de prémunir les familles homoparentales, qui seront nombreuses dans ce cas, de tout risque d'interprétation divergente par les tribunaux.

Toutefois, le dispositif proposé par l'Assemblée nationale pose une difficulté. Son effet dépasse le strict objet qui le motive, puisqu'en ne précisant pas que la filiation de l'enfant doit être établie à l'égard du seul conjoint l'ayant adopté la première fois, il autoriserait une adoption par l'autre conjoint d'un enfant ayant déjà un autre parent par le sang.

Le cas serait par exemple celui d'un enfant à la filiation biologique établie à l'égard d'un seul parent, qui serait une première fois adopté par le conjoint de ce dernier, puis, une seconde fois, après la séparation du premier couple, par le nouveau conjoint du parent adoptif.

Il n'est pas acquis que l'article 346 du code civil, selon lequel, nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, si ce n'est deux époux, serait susceptible, sur ce point, de tenir en échec la règle spéciale ainsi ajoutée à l'article 345-1 du même code, puisque la seconde adoption serait bien une adoption entre époux.

Certes cette seconde adoption ne serait possible qu'avec le consentement du parent biologique évincé², mais elle s'écarte du droit en vigueur, qui n'autorise une telle adoption que si le parent biologique s'est vu retiré l'autorité parentale ou s'il est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Le dispositif ainsi adopté en 1993, puis en 1996, l'avait justement été pour remédier à des cas difficiles d'éviction de la famille par le sang³.

¹ Cf., *Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 12 janvier 2011, req. n° 09-16.527, qui censure une cour d'appel ayant autorisé l'adoption simple, par l'épouse du père, d'un enfant adopté précédemment par le mari de la mère, au motif que « que le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis ».*

² Art. 348 du code civil.

³ Cf. sur ce point, le rapport de notre regretté collègue, Luc Dejoie, sur la proposition de loi relative à l'adoption à l'origine de la loi du 5 juillet 1996 (rapport n° 295 (1995-1996), fait au nom de la commission des lois, déposé le 27 mars 1996, p. 44-45 – <http://www.senat.fr/rap/195-295/195-295.html>).

Afin de préserver l'état actuel du droit, notamment pour les couples de sexe différent, et circonscrire la règle ainsi posé aux cas où il n'y a pas de filiation concurrente, votre commission a adopté un **amendement** de son rapporteur inspiré du deuxième alinéa de l'article 346 du code civil¹, qui autorise expressément une nouvelle adoption plénière de l'enfant du conjoint, lorsque ce dernier a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint, et qu'il n'a de filiation établie qu'à son égard.

Votre commission a adopté l'article 1^{er} *bis* **ainsi modifié**.

Article 1^{er} ter
(art. 360 du code civil)

**Autorisation de l'adoption simple de l'enfant du conjoint,
antérieurement adopté par lui**

Cet article, introduit en commission, à l'Assemblée nationale, à l'initiative du rapporteur de la commission des lois et de la rapporteure pour avis de la commission des affaires sociales, tend à autoriser l'adoption simple de l'enfant du conjoint, lorsqu'il a déjà fait l'objet d'une adoption simple ou d'une adoption plénière.

Il répond à la même préoccupation que l'article précédent : rendre possible des adoptions intrafamiliales, au sein de familles homoparentales dans lesquelles la filiation des enfants n'est établie, par la voie de l'adoption, qu'à l'égard de l'un des parents.

L'adoption simple, qui conserve la filiation d'origine, pourrait paraître plus ouverte que l'adoption plénière, puisqu'elle est toujours possible, même en cas de filiation déjà établie, sous réserve du consentement des parents biologiques².

Toutefois, la même incertitude existe sur la possibilité d'adoptions simples successives³. Cette incertitude est d'autant plus préjudiciable aux intérêts des familles que plusieurs pays étrangers, source d'un nombre important d'adoption internationale n'acceptent que l'adoption simple en cette matière. Tel est notamment le cas d'Haïti : on ne peut alors exclure qu'un enfant adopté sous cette forme par une personne célibataire ne puisse l'être ensuite, si cette dernière venait à se marier, par son conjoint.

Par ailleurs, aux termes du deuxième alinéa de l'article 360 du code civil, l'adoption simple, après une adoption plénière, n'est autorisée que s'il est justifié de motifs graves : il s'agit là, selon la formule du doyen Carbonnier d'une « *solution de rebond* » : « *après une plénière qui a mal tourné, l'adopté*

¹ Cet alinéa autorise expressément une nouvelle adoption par un nouveau conjoint du parent survivant, lorsque le premier adoptant est décédé.

² Art. 348 du code civil, par renvoi de l'article 361.

³ L'article 346 du code civil, qui dispose que nul ne peut être adopté par plusieurs personnes, sauf par deux époux est en effet applicable, par renvoi de l'article 361, à l'adoption simple.

peut être admis à repartir dans une adoption simple »¹. Cette restriction exclut qu'une adoption simple succède à une adoption plénière pour un autre motif.

Dans l'intention de ses auteurs, le présent article vise à remédier à ces deux situations, d'une part, en autorisant l'adoption simple de l'enfant du conjoint déjà adopté par lui en la forme simple et, d'autre part, en permettant à une adoption simple au bénéfice du conjoint d'intervenir après une adoption plénière.

Or, il semble, comme précédemment, que le dispositif proposé dépasse largement ce simple objet.

Aujourd'hui, une adoption simple prononcée sur l'échec d'une adoption plénière est susceptible de réunir, sur la tête du même enfant, quatre liens de filiations différents : les deux premiers, résultant de l'adoption plénière, et les deux derniers, créés par l'adoption simple². Cette pluri-parentalité est toutefois justifiée par des motifs graves, qui signalent l'échec de la première adoption et montrent qu'elle n'entre pas en concurrence avec la seconde.

Dans le dispositif proposé, rien n'interdirait qu'il en aille de même : il suffirait pour cela que l'enfant ait fait l'objet d'une adoption plénière conjointe par deux époux, puis qu'après leur séparation, chacun ait réclamé, pour son nouveau conjoint, le bénéfice d'une adoption simple³.

Pourrait ainsi s'organiser, sans qu'il soit justifié de motifs graves, une pluri-filiation rassemblant autour du même enfant deux couples et quatre adultes, et provoquant un éclatement des attributaires de l'autorité parentale.

De la même manière, autoriser, sans plus de précision, l'adoption simple de l'enfant du conjoint, lorsque celui-là aurait déjà fait l'objet d'une adoption simple conjointe pourrait permettre, sans qu'il soit besoin de justifier de motifs particuliers, d'organiser autour d'un couple pivot ayant adopté l'enfant à l'origine, deux adoptions simples par les nouveaux conjoints de chacun des parents.

De telles configurations joueraient d'ailleurs indifféremment dans le cadre de couples de même sexe ou de sexe différent.

Votre rapporteur souligne que la question de la pluri-parentalité et du statut du beau-parent, qui concerne toutes les familles recomposées, est une question importante, qui mérite une réflexion approfondie sur la filiation et l'autorité parentale. L'examen prochain d'un projet de loi sur la famille en fournira l'occasion.

¹ Jean Carbonnier *Droit civil*, vol. I, PUF *Quadrige*, 1^{ère} éd., 2004, p. 1122.

² La règle spéciale posée par l'article 360 du code civil tient ainsi en échec la règle générale selon laquelle « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux » de l'article 346 du même code.

³ Pour la même raison que pour le deuxième alinéa de l'article 360 du code civil, la règle de l'article 346 du même code serait tenue en échec par cette nouvelle rédaction.

Dans le cadre de ce texte il lui semble préférable de restreindre le dispositif aux seuls cas où la première adoption a été effectuée par une personne seule, ce qui constitue la principale préoccupation à l'origine du présent article.

À son initiative, la commission des lois a par conséquent adopté un **amendement** en ce sens.

Votre commission a adopté l'article 1^{er} *ter* ainsi modifié.

Article 1^{er} quater (supprimé)
(art. 365 du code civil)

**Principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale
en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint**

Cet article, résultant d'un amendement du rapporteur, adopté par la commission des lois de l'Assemblée nationale, vise à poser le principe d'un exercice en commun de l'autorité parentale en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint.

L'article 365 du code civil pose la règle selon laquelle l'adoptant en la forme simple est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale.

Cette règle reçoit une exception pour l'adoption de l'enfant du conjoint, qui distingue entre l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale. Cette autorité appartient concurremment aux deux. Mais le parent d'origine en conserve seul l'exercice, sauf à ce que les deux époux, par une déclaration conjointe au greffier en chef du tribunal de grande instance, demandent un exercice en commun.

Le présent article supprime cette distinction et pose le principe général d'un exercice en commun de l'autorité parentale. Les époux qui souhaiteraient y déroger devraient saisir le juge aux affaires familiales aux fins d'homologation de la convention par laquelle ils organiseraient différemment les modalités d'exercice de cette autorité.

L'objet de cette modification est de faciliter l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint.

L'avantage retiré vaut-il les inconvénients éventuels de cette solution ?

Le droit en vigueur n'interdit nullement l'exercice en commun de l'autorité parentale. Il le soumet seulement à une formalité minime, puisqu'il s'agit d'une simple déclaration auprès du greffe, qui est négligeable par rapport à celles qu'engage la procédure d'adoption simple au terme de laquelle elle intervient.

À titre de comparaison, la saisine du juge aux affaires familiales, qui n'est pas le juge de l'adoption, contraindra les époux à une procédure d'homologation plus formelle et plus longue.

En outre, posant le principe d'un exercice réservé au parent d'origine, la rédaction actuelle de l'article 365 du code civil s'adapte parfaitement à la réalité de l'adoption simple d'un enfant mineur.

Les chiffres de l'adoption simple en 2007

L'enquête « *Adoption* » du ministère de la justice établissait qu'en 2007, 9 412 personnes avaient été adoptées en la forme simple

L'adoption internationale (1,7 %) et l'adoption nationale non familiale (3,4 %) représentent à peine 5 % du total.

La quasi-totalité de ces adoptions (95 %) correspondent en effet à des adoptions intrafamiliales, principalement (92 %) l'adoption de l'enfant du conjoint actuel (79,5 %) ou d'un ex-conjoint ou d'un conjoint décédé (8 %).

Les adoptés intrafamiliaux sont relativement âgés, puisque le jugement intervient en moyenne lorsqu'ils ont 33,6 ans. 13 % (environ 1160) sont mineurs, 87 % sont majeurs.

Source : Secrétariat général du ministère de la justice, Les adoptions simples et plénières en 2007, juin 2009.

Beaucoup n'interviennent que tardivement et n'ont d'autre vocation que symbolique et successorale, ni l'adoptant ni le parent d'origine ne souhaitant alors un exercice en commun de l'autorité parentale.

Ainsi, selon les chiffres fournis à votre rapporteur par le ministère de la justice, entre 2004 et 2011, le nombre de déclarations conjointes d'exercice de l'autorité parentale a oscillé entre 9 et 22 demandes par an, **ce qui représente moins de 2 % des adoptions simples de mineurs** : les demandes d'exercice conjoint de l'autorité parentale sont très faibles et ne sauraient justifier une inversion de la règle actuelle.

En outre, cette préférence donnée au parent d'origine manifeste le privilège qui lui est reconnu : il ne s'agit pas d'une adoption plénière qui supprime toute référence à la famille d'origine et traite également les deux parents adoptifs, mais bien d'une adoption simple particulière, qui, dans le cas général, conserve au parent auprès duquel l'enfant vit depuis sa naissance, une priorité sur celui qui ne le connaît que par son truchement.

D'ailleurs, ce faisant, le droit en vigueur traite de la même façon l'adoptant simple et le parent qui reconnaît tardivement son enfant : l'article 372 du code civil prévoit ainsi que le premier parent reste seul investi de l'exercice de l'autorité parentale, sauf déclaration conjointe des père et mère adressée au greffier en chef du TGI ou décision du juge aux affaires familiales. Le dispositif proposé par les députés créerait une distorsion entre ces deux régimes.

Enfin, même s'il consent à l'adoption de son enfant par son conjoint, le parent peut souhaiter, pour des raisons légitimes, s'en tenir à l'attribution en

commun de l'autorité parentale, sans son exercice en commun : l'adoption se limite alors à des obligations et des engagements envers l'enfant, pour sa protection, sans s'étendre à un pouvoir de décision sur son avenir ou son éducation. Les statistiques relatives aux demandes d'exercice en commun corroborent cette analyse.

Certains parents peuvent ainsi juger raisonnable de réserver la possibilité d'une progression dans l'accès de l'adoptant à la décision parentale, afin d'éprouver la force du lien ou éviter qu'en cas de séparation précipitée, le divorce et le conflit éventuel s'alourdissent de considérations sur la résidence de l'enfant ou les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

L'ensemble de ces raisons motivent, aux yeux de votre rapporteur, la suppression du présent article.

Votre commission a **supprimé** l'article 1^{er} *quater*.

Article 1^{er} quinquies

(art. 353-2, 371-4 et 373-3 du code civil et L. 351-4
du code de la sécurité sociale)

**Maintien des liens de l'enfant, en cas de séparation,
avec le tiers qui a résidé avec lui et l'un de ses parents
et participé à son éducation**

Cet article, adopté en séance à l'initiative de notre collègue député Erwann Binet, rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale et avec l'avis favorable du Gouvernement, vise à permettre le maintien de relations personnelles de l'enfant avec son second parent, à l'égard duquel il n'a pas de filiation établie, en cas de séparation du couple.

La préoccupation à l'origine du présent dispositif est susceptible de renvoyer à deux situations différentes : la rupture des liens de l'enfant avec celui qui l'a élevé – seule traitée par le présent article – et l'éviction du premier parent, non reconnu par la loi, par un nouveau parent légal – qui justifierait un dispositif spécifique.

• *La protection des liens de l'enfant avec celui qui l'a élevé*

La situation visée par l'auteur de l'amendement à l'origine du présent article, est celle du parent « *social* » ou « *non statutaire* ». En effet, par définition, l'adoption intrafamiliale, qui permettra de concrétiser juridiquement, au sein des familles homoparentales, les liens existants entre le deuxième parent et l'enfant du couple, ne concernera que les familles encore unies à la date d'entrée en vigueur de la loi. Le second parent des couples séparés continuera d'être juridiquement considéré comme un tiers vis-à-vis d'un enfant qui l'a pourtant traité comme un père ou une mère, à égalité avec son autre parent.

Pour remédier à cette situation, le présent article introduit à l'article 373-3 du code civil, consacré à l'intervention des tiers en cas de séparation des parents, lorsque l'un d'entre eux est privé de tout ou partie de

l'autorité parentale, un alinéa autorisant le juge à prendre les mesures susceptibles de garantir le maintien de liens personnels entre l'intéressé et l'enfant, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande¹. Il donne du parent « non statutaire » la définition suivante : « celui qui a résidé, de manière stable, avec [l'enfant] et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et avec lequel il a noué des liens affectifs durables ».

Ce dispositif appelle plusieurs observations.

La définition retenue recouvre aussi bien le parent non statutaire que le beau-parent, voire le demi-frère, la demi-sœur ou tout tiers qui, résidant au même domicile, se seraient fortement impliqués dans l'éducation de l'enfant et auraient noué avec lui une affection durable.

Ce faisant, son effet dépasse le strict objet qui motive le présent article à l'origine. Elle renvoie à une réflexion plus générale, qui devra être poursuivie dans le cadre du projet de loi sur la famille annoncé par le Gouvernement.

Par ailleurs, le dispositif proposé semble déjà largement satisfait par le droit en vigueur, à la faveur d'une jurisprudence qui prend plus nettement en compte les évolutions de la famille.

L'article 371-4 du code civil impose au juge aux affaires familiales, si tel est l'intérêt de l'enfant, de fixer les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Sur cette base, les magistrats judiciaires ont ainsi accordé à l'ex-compagne de la mère biologique un droit de visite et d'hébergement au motif qu'il était de l'intérêt de l'enfant que soit préservée une stabilité dans ses relations affectives et sociales avec ceux qui ont décidé, dès avant sa conception, d'être ses parents et qui en ont assumé les obligations et la responsabilité depuis sa naissance².

De la même manière, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Nanterre a refusé de supprimer une mesure de délégation d'autorité parentale dont bénéficie l'ex-compagne de la mère, en dépit de la séparation des parents³. De même, la cour d'appel de Paris a confirmé un jugement organisant, postérieurement à la séparation du couple, une délégation partielle de cette autorité⁴.

Votre rapporteur observe que, si la généralité des termes employés par l'article 371-4 du code civil n'apporte pas toujours une réponse

¹ La seconde modification apportée par le II. du présent article correspond à une simple coordination avec le code de la sécurité sociale.

² TGI Briey, 21 octobre 2010, Revue trimestrielle de droit civil, 2011.118, obs. Jean Hauser.

³ TGI Nanterre, 14 décembre 2010, Actualité juridique – Droit de la famille, 2011.426, obs. Siffrein-Blanc.

⁴ Cour d'appel de Paris, 1^{er} décembre 2011, Actualité juridique – Droit de la famille, 2012.146, obs. Siffrein-Blanc.

satisfaisante à ceux qui souhaiteraient pouvoir identifier la situation particulière dont ils relèvent, elle est aussi ce qui garantit que le juge puisse adapter sa décision, conformément à l'intérêt de l'enfant, à toutes les configurations familiales envisageables.

L'insertion du dispositif proposé à l'article 373-3 du code civil est-elle vraiment adaptée ? Le paragraphe 4, de la section I, du titre IX sur l'autorité parentale est certes consacré à l'intervention des tiers. Mais, cette intervention est alors conçue en suppléance de la défaillance, volontaire ou involontaire, des parents, ce qui ne correspond pas à la situation visée dans le présent article. L'article 371-4 précité, qui traite aussi du cas particulier des ascendants de l'enfant, accueillerait plus pertinemment un tel dispositif.

Pour l'ensemble de ces raisons, après avoir constaté que **le droit en vigueur, tel qu'appliqué par les tribunaux, était susceptible d'apporter une protection efficace** aux liens que les parents non statutaires, au même titre que les beaux-parents, auraient noué avec l'enfant qu'ils ont élevé jusqu'à la séparation du couple, votre rapporteur a proposé à votre commission, qui l'a adopté, un **amendement** ayant deux objets :

- **la suppression du dispositif proposé à l'article 373-3 du code civil, afin de s'en tenir au dispositif général et éprouvé de l'article 371-4 du code civil.** Toute réflexion plus poussée sur le statut du tiers non-parent mérite plutôt d'être conduite dans le cadre général du projet de loi sur la famille annoncé par le Gouvernement ;

- **la reprise, à titre de précision, à l'article 371-4, de la définition proposée par l'Assemblée nationale, qui peut s'appliquer autant au « parent social » qu'au « beau-parent ».** Cette précision imposera aux magistrats d'examiner plus particulièrement cette situation, sans lier d'aucune manière leur appréciation de ce qui est conforme à l'intérêt de l'enfant.

• ***Le risque d'éviction du parent non reconnu par la loi***

L'article 1^{er} *quinquies* ne répond pas à une des préoccupations légitimes des associations de défense des droits des familles homoparentales, sur l'un des effets indirects de la présente loi.

Lors de leur audition par votre commission, les représentants de l'association des parents et futurs parents gays et lesbiens (APGL) se sont inquiétés de **l'éviction éventuelle du parent « social », par le nouveau conjoint du parent à l'égard duquel la filiation de l'enfant est établie, grâce à l'adoption intrafamiliale.** Dans des situations de séparation conflictuelle, le seul parent reconnu par la loi aurait ainsi la faculté d'écarter son ex-compagne ou compagnon, en consentant à l'adoption de son enfant par son nouveau conjoint.

De telles situations ne seront sans doute pas majoritaires, mais l'intérêt de l'enfant et celui de son parent, qui n'aura pu, jusqu'à l'adoption de la présente loi, assurer juridiquement leur lien affectif et filiatif, appelle toute la vigilance du législateur.

Or, l'éviction du parent non reconnu par la loi procède de l'adoption. **C'est donc au moment de l'examen de la demande d'adoption ou lorsqu'elle sera contestée, que le juge pourra apprécier si celle-ci est bien conforme à l'intérêt de l'enfant, et si l'antériorité et la force des liens noués avec son premier parent n'imposent pas de la rejeter.**

Les voies de recours contre les jugements d'adoption sont limitées. L'article 353-2 dispose ainsi que la tierce opposition n'est recevable qu'en cas de fraude ou de dol imputable aux adoptants.

Cette procédure, cependant, paraît tout à fait adaptée à la situation éventuelle du second parent évincé : le risque est grand, en effet, qu'il n'ait pas été alerté du procès d'adoption et n'ait pu intervenir à ce stade. Or, justement, la tierce opposition constitue une voie de recours extraordinaire, ouverte, pendant trente ans, à celui qui n'a été ni partie, ni représenté à une instance qui lui porte préjudice. Elle lui permet d'obtenir si sa prétention est jugée fondée, l'annulation de la décision pour ce qui le concerne, voire son annulation complète si les conséquences de la décision sont jugées indivisibles de son préjudice. Tel serait le cas pour le prononcé de l'adoption.

Cette procédure a d'ailleurs été utilisée par des grands-parents qui souhaitaient maintenir de forts liens avec l'enfant pour obtenir l'annulation du jugement d'adoption. En effet, le tribunal a considéré que le fait que les adoptants lui aient sciemment caché le vœu des grands-parents de l'adopté, était constitutif d'un dol, dans la mesure où cette circonstance aurait pu influencer sur sa décision¹.

La situation d'un second parent évincé serait proche : s'il n'a pas de droit absolu à s'opposer à l'adoption par le conjoint du parent biologique, de l'enfant qu'il a élevé, il doit néanmoins avoir la certitude que le juge aura été informé de cet état de fait. La dissimulation de cette circonstance, par le parent légal, devrait pouvoir être assimilée à un dol.

Votre rapporteur souligne, toutefois, qu'il ne faut pas, pour autant, ouvrir trop largement la tierce opposition, au risque sinon de placer les adoptions dans une situation d'insécurité juridique dangereuse et contraire à l'intérêt des adoptés.

Pour cette raison, il a proposé à votre commission un **amendement** qu'elle a adopté, qui complète l'article 353-2 du code civil, afin d'établir que constitue un dol imputable aux adoptants la dissimulation au tribunal du maintien des liens entre l'enfant adopté et un tiers, conformément à une décision rendue par le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 371-4 du code civil.

En effet, cette décision du juge aux affaires familiales, matérialise et valide juridiquement, dans l'intérêt de l'enfant, la persistance des liens qu'il entretient avec un tiers. Il pourra notamment s'agir des grands-parents ou du

¹ Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 7 mars 1989, Bull. civ. I, n° 112 ; ainsi que Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 5 novembre 2008, Bull. civ. I, n° 248.

parent social ou beau-parent tel que défini par la nouvelle rédaction de l'article 371-4 proposée au présent article.

Votre rapporteur rappelle enfin que l'accès à la tierce opposition n'est pas une garantie d'obtenir l'annulation de l'adoption : celle-ci peut être maintenue par le juge, parce qu'il la jugera seule conforme à l'intérêt de l'enfant.

Votre commission a adopté l'article 1^{er} *quinquies* ainsi modifié.

(...)

Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, Conseil d'État, étude à la demande du Premier ministre, 28 juin 2018 (extrait)

(...)

2.1.1.2. Cadrage juridique des différents scénarios

Une grande variété de scénarios est envisageable, ni le maintien du modèle actuel, ni son évolution, n'étant, comme on vient de le voir, juridiquement impossibles.

1- Dans l'hypothèse d'un maintien des conditions actuelles, le droit positif n'appelle pas de modification importante. Dans le cadre des travaux qui ont été menés s'est toutefois posée la question de l'âge des demandeurs de l'AMP. Actuellement, le code de la santé publique prévoit simplement que l'homme et la femme doivent être « *en âge de procréer*⁹⁹ ». Le 8 juin 2017, le conseil d'orientation de l'agence de la biomédecine (ABM) a rendu un avis en faveur d'une limite d'âge fixée à quarante-trois ans pour les femmes, une appréciation au cas par cas étant estimée possible entre quarante-trois et quarante-cinq ans en cas d'ovocytes préalablement conservés ou de don d'ovocyte, et à soixante ans pour les hommes, dans tous les cas de figure. Cette question a fait l'objet de décisions récentes qui ont confirmé la légalité du refus d'exportation de gamètes et de tissus germinaux à deux couples dont les hommes étaient âgés de soixante-huit et soixante-neuf ans¹⁰⁰. Le Conseil d'État ne préconise pas de faire figurer ces limites d'âge, qui ne paraissent pas déraisonnables, dans la loi mais estime qu'une recommandation de l'agence de la biomédecine, dont il serait souhaitable qu'elle soit appliquée de manière homogène par l'ensemble des centres d'AMP, devrait être prise.

2- Dans l'hypothèse d'une évolution des règles d'accès à l'AMP en faveur des femmes, seules ou en couple, plusieurs lignes de partage sont possibles, chacune présentant certains avantages et certains inconvénients.

⁹⁸ Le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel de la décision du 17 mai 2013 notait : « *Le Conseil a donc jugé, en octobre 2010, qu'il en va de l'"homoparentalité" comme il en allait, en janvier 1975, de l'interruption volontaire de grossesse ou, en juillet 1994, de la sélection des embryons : cette question constitue l'archétype de la question de société dont la réponse, en France, appartient au législateur.* ».

⁹⁹ Art. L. 2141-2 du CSP.

¹⁰⁰ CAA de Versailles, 5 mars 2018, *Agence de la biomédecine*, n° 17VE00826 et 17VE00824.



■ S'agissant des techniques considérées

Il ne paraît pas pertinent de distinguer l'IAD, à laquelle il sera recouru le plus souvent, de la fécondation *in vitro*, ou même de l'accueil d'embryon. En effet, s'il est décidé d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules, il paraîtrait incohérent de leur fermer l'AMP en cas de problèmes de fertilité physiologique. Or, le recours à une technique plutôt qu'à l'autre repose sur le seul état de santé de la femme. Si sa fertilité est seulement altérée, une FIV pourra lui permettre de concevoir un enfant. Mais en cas d'incapacité à concevoir avec ses propres ovocytes, elle devra avoir recours à un accueil d'embryon, car, le double don de gamètes étant interdit¹⁰¹, elle ne pourrait bénéficier, en sus d'un don de sperme, d'un don d'ovocyte. Le CCNE¹⁰² et l'agence de la biomédecine¹⁰³ ont posé la question de la pertinence du maintien de l'interdiction du double don de gamètes, d'ailleurs indépendamment de la question de l'ouverture de l'AMP. Il appartient au législateur de trancher en tenant compte du contexte de pénurie de gamètes, des risques attachés à la stimulation ovarienne et de l'existence de nombreux embryons surnuméraires.

En toute circonstance, devrait être retenue la technique la plus légère possible, c'est-à-dire l'IAD si elle est possible, le recours à la FIV devant être médicalement justifié par l'impossibilité de concevoir à l'aide d'une technique moins invasive.

■ S'agissant des bénéficiaires

S'agissant des bénéficiaires de l'AMP, aucun principe juridique n'interdit d'ouvrir l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules et rien ne s'oppose à faire une éventuelle distinction entre ces deux publics.

Du point de vue de l'enfant, une telle distinction **entre la situation des couples de femmes et celle des femmes seules** a pu, pour certains, sembler pertinente. Il peut en effet paraître préférable que l'enfant puisse bénéficier d'une double filiation, fût-elle dans la seule branche maternelle, et d'une prise en charge par deux parents. La sécurité affective et juridique de l'enfant qui, issu de deux parents, bénéficie d'un double lignage, s'inscrit dans deux familles et grandit entouré de deux parents, concourrait *a priori* à un moindre risque de situation de fusion à l'égard du seul parent ainsi qu'à une plus grande sécurité sur le plan socio-économique.

Dans son étude de 1988, le Conseil d'État avait distingué la situation des nombreuses familles monoparentales résultant de circonstances variées (adoption, divorce, décès, absence de reconnaissance paternelle) de celle qui serait issue de l'ouverture de l'AMP aux femmes seules qui résulterait de la seule volonté de la personne. Il estimait

¹⁰¹ Le double don de gamètes est interdit par les dispositions de l'art. L. 2141-3 du CSP : « *Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple* ».

¹⁰² CCNE, avis n° 90, *Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation*, 24 novembre 2005.

¹⁰³ Agence de la biomédecine, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janvier 2018, p. 34.



« excessif de donner à une personne la puissance extrême d'imposer à une autre l'amputation de la moitié de son ascendance¹⁰⁴ ».

Aussi, le législateur pourrait craindre de créer des situations présentant un risque accru de vulnérabilité face aux accidents de la vie du fait mathématique de l'existence d'un seul parent. Sans aller jusqu'à créer ce qui s'apparenterait à une « police du projet parental », il pourrait, dans l'esprit de l'article L. 2141-10 du code de la santé publique précité, prévoir d'encadrer cet accès, notamment par des conditions d'âge.

Enfin, il faut avoir à l'esprit que cette ouverture ne peut se penser isolément car elle interagit automatiquement au moins sur deux autres questions relatives aux bénéficiaires de l'AMP. D'une part, pour les couples hétérosexuels, cette ouverture priverait d'une certaine forme de cohérence, les dispositions actuelles relatives à l'homme du couple bénéficiaire de l'AMP (condition d'âge¹⁰⁵, établissement d'une filiation d'une particulière solidité). En effet, dès lors que l'on autorise la conception d'un enfant par une personne seule, les règles de l'AMP visant le conjoint, partenaire ou compagnon de la mère, ou le lien de filiation établi à l'égard de ce dernier, pourraient apparaître inexplicablement contraignantes, et donc potentiellement discriminatoires. D'autre part, cette ouverture ne serait pas sans impact sur la réflexion concernant l'AMP *post mortem* : autoriser la conception d'un enfant sans père relativise les obstacles à la conception d'un enfant dont le père est décédé.

■ S'agissant de l'établissement du lien de filiation des enfants nés par AMP

L'autorisation de l'AMP pour les **femmes seules**, n'implique aucun aménagement particulier du droit de la filiation, le droit commun permettant de répondre à l'ensemble des situations envisageables. Il est logique en effet de laisser vacante la filiation dans la branche paternelle pour permettre un établissement postérieur de la filiation par un homme dépourvu de lien biologique à l'égard de l'enfant, ce dans l'intérêt de ce dernier.

L'autorisation de l'AMP aux couples de femmes conduit en revanche à s'interroger sur le **droit de la filiation**, lequel pourrait suivre plusieurs scénarios d'évolution.

Le législateur de 1994 a institué une forme particulière de filiation pour les enfants issus d'une AMP avec donneur au sein d'un couple hétérosexuel. La mère demeure celle qui accouche. Le père, s'il est marié avec la mère, bénéficie du jeu de la présomption de paternité ou, s'il ne l'est pas, doit reconnaître l'enfant devant l'officier de l'état civil. Ainsi, bien que la filiation ne soit pas biologique, elle en utilise les modes classiques d'établissement, telle une « *pseudo filiation charnelle* »¹⁰⁶. Toutefois, pour que

¹⁰⁴ Conseil d'État, *Sciences de la vie – De l'éthique au droit*, 1988, op. cit., p. 58.

¹⁰⁵ Outre le fait que la loi impose d'être « en âge de procréer » ([art. L. 2141-2](#) du CSP), le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine émet des avis : celui du 8 juin 2017 fixe cette limite à 43 ans pour les femmes et à 60 ans pour les hommes.

¹⁰⁶ I. Théry et A.-M. Leroyer, *op. cit.*, p. 183.



l'absence de caractère biologique ne fragilise pas le lien ainsi institué, puisqu'une action en contestation de la filiation paternelle aboutirait nécessairement¹⁰⁷, le code civil prévoit que la filiation établie à l'égard du père qui a consenti à l'AMP avec tiers-donneur est la seule à ne pas pouvoir être contestée, ni par le père, qui s'engage devant le juge à reconnaître l'enfant sous peine de se voir exposer à une action en responsabilité engagée par la mère ou l'enfant, ni par le donneur, ni par un quelconque tiers, sauf à prouver que l'enfant n'est pas issu de l'AMP avec tiers donneur¹⁰⁸. Ainsi, cette filiation par nature plus fragile que les autres nécessite un lien juridiquement plus solide, dans le souci de la protection de la famille ainsi constituée.

Dans l'hypothèse de l'autorisation d'accès à l'AMP des couples de femmes, **quatre options** semblent pouvoir se dégager. Elles conduisent nécessairement, à l'inverse du choix fait jusqu'à présent par le législateur pour l'AMP, à donner à l'enfant un état civil qui manifeste, par la référence à des parents de même sexe, la fiction juridique sur laquelle repose sa filiation. **À l'exception de la première d'entre elles, ces options conduisent, pour la première fois en droit français, à dissocier radicalement les fondements biologique et juridique de la filiation d'origine, en prévoyant une double filiation maternelle.**

1- L'absence d'aménagement du droit de la filiation

Le maintien du droit actuel conduirait à l'établissement du lien de filiation de la mère qui donne naissance à l'enfant par la seule mention de son nom sur l'acte de naissance¹⁰⁹ et de celui de la mère d'intention par la voie de l'adoption de l'enfant de sa conjointe, qui a fait l'objet des deux avis de la Cour de cassation du 22 septembre 2014 mentionnés plus haut.

Cette option aurait eu le mérite d'une certaine cohérence si elle avait été retenue *ab initio* par le législateur de 1994 pour les couples hétérosexuels bénéficiant d'une IAD. En effet, plusieurs auteurs soutenaient à l'époque que la filiation adoptive, lien électif, paraissait plus adaptée pour établir un lien de filiation non biologique. Aujourd'hui, une telle option, réservée au demeurant aux seuls couples de femmes, présenterait des inconvénients non négligeables, outre qu'elle serait en rupture totale avec le mode d'établissement de la filiation prévue pour les couples hétérosexuels bénéficiant d'une IAD.

D'abord, elle imposerait à ces femmes de se marier, seule l'adoption de l'enfant de la conjointe étant autorisée, ce qui semblerait constituer une atteinte à leur liberté

¹⁰⁷ Art. 332 du code civil : « La maternité peut être contestée en rapportant la preuve que la mère n'a pas accouché de l'enfant. / La paternité peut être contestée en rapportant la preuve que le mari ou l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père. »

¹⁰⁸ V. Art. 311-19 et art. 311-20 du code civil.

¹⁰⁹ Art. 311-25 du code civil : « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. »



difficilement justifiable en cas d'ouverture de l'AMP à tous les couples de femmes, mariées ou non.

Ensuite, l'adoption exigeant le consentement de la mère, elle introduit une différence de traitement juridique assez forte entre la mère biologique et sa conjointe, pourtant toutes deux auteures du projet parental, qui peut laisser penser que « *l'inégalité des modes d'établissement de la maternité, qui implique que celle qui n'a pas accouché doit introduire une procédure judiciaire d'adoption, est critiquable.* »¹¹⁰

En outre, le temps écoulé entre la naissance de l'enfant et le prononcé de l'adoption fait perdurer une situation d'insécurité juridique au cours de laquelle, notamment en cas de séparation ou de décès, les droits de la mère d'intention, mais également ceux de l'enfant à son égard, sont inexistants. La procédure d'adoption revêt enfin une dimension parfois aléatoire et peut en outre apparaître pesante pour le couple¹¹¹.

Si, dans des situations d'achoppement du projet d'adoption en raison de la survenance d'événements postérieurs à l'AMP, un renoncement au projet de mariage par exemple, les femmes peuvent avoir recours à la délégation de l'autorité parentale¹¹² ou bénéficier d'un droit au maintien de relations avec l'enfant¹¹³, ces dispositifs ne permettent pas l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de l'enfant.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'État estime qu'il ne peut être envisagé d'étendre l'AMP aux couples de femmes sans leur permettre d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de la conjointe de la mère par d'autres voies que l'adoption.

2- L'application aux couples de femmes des dispositions aujourd'hui applicables aux couples hétérosexuels bénéficiaires d'un don de gamètes

Il a pu être envisagé d'étendre aux couples de femmes, en les adaptant, les modalités d'établissement de la filiation actuellement applicables aux couples hétérosexuels bénéficiant d'une IAD prévues par le titre VII du livre 1^{er} du code civil.

Concrètement, l'actuel consentement donné devant le juge ou le notaire¹¹⁴ avant la réalisation de l'AMP¹¹⁵ aurait alors pour effet, d'une part, de recueillir le consentement du couple et de l'informer des effets de l'AMP avec donneur sur le lien

¹¹⁰ L. Brunet, « Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi », *Ethnologie française*, XLVII, 2017, 3.

¹¹¹ Une dépêche a été diffusée le 30 juin 2015 par le ministère de la justice aux procureurs généraux afin de veiller à ce que les mesures d'instruction ordonnées par les parquets dans le cadre des demandes d'adoption d'enfants issus d'AMP par la conjointe de la mère ne portent pas atteinte au droit de chacun au respect de sa vie privée.

¹¹² Art. 377-1 du code civil.

¹¹³ Art. 371-4 du code civil.

¹¹⁴ Il pourrait au demeurant être envisagé de simplifier ce recueil de consentement en le confiant aux seuls notaires.

¹¹⁵ Art. 311-19 et art. 311-20 du code civil.



de filiation et, d'autre part, de prendre acte du projet parental formé par les deux femmes. Ensuite, la femme qui accouche serait la mère de l'enfant et son épouse deviendrait la co-parente de l'enfant par présomption de co-maternité. Hors mariage, la compagne de la mère remettrait à l'officier d'état civil une attestation du consentement préalablement reçu par le juge ou le notaire et reconnaîtrait l'enfant, avant ou après la naissance de celui-ci. La reconnaissance serait alors inscrite ou portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Il ne s'agit pas d'une extension exacte des dispositions applicables aux couples hétérosexuels, puisqu'il faudrait notamment, au moment de la reconnaissance, apporter à l'officier d'état civil l'attestation de consentement, preuve de l'existence du projet parental.

Sous réserve de tels aménagements, cette option créerait un mode d'établissement unique de la filiation pour tous les couples bénéficiaires d'une IAD, reproduirait le système actuel sans rien modifier pour les couples hétérosexuels et présenterait l'avantage de l'égalité entre les mères, toutes deux le devenant dès la naissance.

Toutefois, cette solution apparaît en contradiction avec la philosophie des modes d'établissement classiques de la filiation qui reposent sur la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique¹¹⁶. Le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'elle conduirait à une remise en cause des principes fondateurs du droit de la filiation fixés par le titre VII du livre 1^{er} du code civil qui régit l'ensemble des situations.

3 - La création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation applicable à tous les couples bénéficiaires d'un don de gamètes

Une troisième option consisterait à créer un mode d'établissement du lien de filiation unique pour tous les couples ayant recours à une AMP avec tiers donneur, qu'ils soient de sexes différents ou de même sexe (création d'un titre VII bis dans le livre 1er du code civil). Il s'agirait de demander au couple de procéder à une déclaration commune anticipée de filiation devant le juge ou le notaire, avant la réalisation de l'assistance médicale à la procréation. Elle aurait pour effet à la fois de recueillir le consentement du couple à l'AMP avec tiers donneur et de prendre acte de l'engagement de chacun de ses membres à faire établir son lien de filiation à l'égard de l'enfant. S'agissant de la femme qui accouche, il conviendrait de maintenir la règle selon laquelle la mère est toujours certaine (*mater certa est*) en n'imposant pas à cette dernière de présenter cette déclaration à l'officier de l'état civil pour obtenir l'établissement de son lien de filiation à l'égard de l'enfant, le simple fait qu'elle ait donné naissance à l'enfant devant demeurer suffisant pour l'établir. En revanche, l'un ou l'autre des membres du couple devra transmettre la déclaration commune anticipée

¹¹⁶ Par la reconnaissance, le père déclare que l'enfant est issu de sa relation charnelle avec la mère et par le jeu de la présomption, la filiation se déduit de la preuve du mariage, cadre dans lequel s'inscrit la procréation charnelle.



à l'officier de l'état civil au moment de la déclaration de la naissance de l'enfant afin d'établir simultanément la filiation à l'égard des deux membres du couple.

Cette option donnerait toute sa portée à la volonté tout en créant une sécurité juridique qui apparaît suffisante, la déclaration commune anticipée consolidant le lien de filiation établi, sur le modèle de ce qui existe actuellement pour les couples hétérosexuels ayant recours au don. En outre, elle est simple et juridiquement cohérente puisqu'à un même mode de procréation, que le couple soit hétérosexuel ou homosexuel, répond un même mode d'établissement de la filiation. Elle apparaît en outre plus conforme au recours au don dès lors qu'elle abandonne le détour par la présomption et la reconnaissance qui ressortissent davantage du modèle de procréation charnelle.

Elle a pour inconvénient majeur cependant de supprimer la possibilité, pour les couples de personnes de sexes différents ayant eu recours au don, d'établir leur lien de filiation selon les modes traditionnels, la présomption de paternité notamment (*pater is est*), ce qui peut avoir un impact symbolique d'autant plus important que cela distingue les couples hétérosexuels ayant eu besoin d'un don de gamètes des autres couples hétérosexuels dont la pathologie est surmontable par des techniques d'AMP endogènes, la FIV ICSI notamment.

En outre, la déclaration commune anticipée de filiation apparaîtrait sur l'acte de naissance de l'enfant, comme c'est le cas de tous les modes d'établissement de la filiation, qu'ils figurent dans le corps de l'acte (mariage des parents qui emporte présomption de filiation, reconnaissance *ante* natale) ou en marge de l'acte (reconnaissance *post* natale, adoption, établissement judiciaire de paternité ou de maternité). Il est toutefois envisageable de ne la faire figurer que sur la copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant dont l'accès pourrait être réservé aux seuls parents et à l'enfant, les tiers en étant exclus. Pour autant, cela impliquerait de faire perdre aux couples hétérosexuels la possibilité de ne pas révéler à leur enfant son mode de conception¹¹⁷, ce qui viendrait fragiliser le droit des parents au respect de leur vie privée.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il convient de signaler qu'une telle option pourrait être vécue comme un recul par les couples hétérosexuels infertiles, voire comme une discrimination au sein des couples hétérosexuels selon la nature de leur pathologie.

4- La création d'un mode d'établissement de la filiation ad hoc pour les seuls couples de femmes

La dernière solution consiste à créer un mode d'établissement de la filiation *ad hoc* réservé aux couples de femmes bénéficiant d'une AMP avec donneur. Le mécanisme serait identique à celui décrit dans l'option précédente (transmission à

¹¹⁷ Actuellement l'[art. 311-20](#) du code civil rappelle que les couples consentent au don « *dans des conditions garantissant le secret* ».



l'officier de l'état civil d'une déclaration commune anticipée notariée au moment de la déclaration de naissance de l'enfant qui figurerait en marge de la copie intégrale de son acte de naissance).

La mention de la déclaration commune anticipée ne semble pas soulever les mêmes difficultés dès lors que la question du secret de la conception ne se pose pas dans les mêmes termes s'agissant des couples de femmes.

Cette solution, qui fait coexister deux modes d'établissement de la filiation distincts traduit deux philosophies différentes selon que le couple ayant recours au don est de même sexe ou non, la première reposant sur le rôle accru de la volonté, la seconde sur le mimétisme avec la procréation charnelle.

Elle préserve un traitement égal des couples hétérosexuels, qu'ils aient recours au don ou non, ce qui permet d'éviter d'opérer une distinction selon les causes médicales de leur infertilité. Elle ménage en outre la possibilité de préserver le secret sur le mode de conception d'un enfant issu d'un don au sein d'un couple hétérosexuel, dès lors qu'il est vraisemblable, conformément au droit au respect de la vie privée des parents.

À l'égard des couples de femmes, cette option permet un établissement simple et simultané des deux filiations maternelles de l'enfant à la naissance de ce dernier qui apparaît sécurisé par l'exigence d'un projet parental antérieur à l'AMP revêtant la forme d'un acte authentique.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'État privilégie cette option.

En tout état de cause, quelle que soit l'option retenue, il pourrait être envisagé de rendre les nouveaux modes d'établissement de la filiation applicables aux grossesses en cours, y compris si elles ont été obtenues par AMP à l'étranger. En revanche, le formalisme de la déclaration commune anticipée, qui devrait se faire devant le notaire, avant la réalisation de l'AMP, rend difficile de permettre un établissement rétroactif de la filiation sur ce modèle pour les enfants déjà nés. Au cours des auditions menées, la question des enfants nés d'AMP pratiquées à l'étranger qui n'ont pas pu faire l'objet d'une adoption a souvent été évoquée. Certains projets d'adoption n'ont pu aboutir parce que le couple de mères s'est séparé après la naissance et a ainsi renoncé à son projet de mariage. Il paraît toutefois difficile de permettre l'établissement *a posteriori* d'une déclaration commune anticipée de filiation.

