

## **L'angle mort du projet de loi**

*En vertu de la jurisprudence de la CEDH, le mariage des personnes de même sexe  
emporte automatiquement l'accès à la PMA.*

---

*Par Monsieur Philippe MALAURIE, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas,  
Monsieur Javier BORREGO-BORREGO, ancien juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme,  
et Me Pierre-Olivier KOUBI-FLOTTE, docteur en Droit.*

Par le simple vote de l'Article 1er du projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », la France, sans autre article ni débat nécessaire, instaure l'adoption, simple et plénière, des enfants par des personnes de même sexe. En effet, la loi française permet l'adoption par deux époux ou l'adoption de l'enfant du conjoint, ce qui concernera automatiquement les époux et l'enfant du conjoint de même sexe.

En outre, en raison de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, accepter le mariage de deux personnes de même sexe entrainera, sans débat ni vote au Parlement, l'accès à l'assistance médicale à la procréation pour les couples de femmes mariées. La gestation pour autrui est également prévisible à court ou moyen terme.

---

La CEDH, en effet, admet que certaines prérogatives soient réservées aux couples mariés par rapport aux couples non mariés, en raison de la différence de statut.

En revanche la Cour n'accepte pas, au sein d'un même statut, de différences entre les couples de même sexe ou les couples de sexe différent. Cela signifie que, dès lors que deux femmes seront mariées, elles devront avoir accès à la PMA comme les couples mariés homme/femme.

Les arrêts de la CEDH ne modifient pas directement les droits internes, mais ils s'imposent aux pays membres du Conseil de l'Europe, tels que la France, qui doivent les respecter sous peine de s'exposer à de lourdes condamnations financières à répétition.

La CEDH a établi la même obligation s'agissant des droits et facultés ouverts aux célibataires et aux couples en union libre, en particulier en matière d'adoption :

Dans l'affaire X et autres contre Autriche du 19 février 2013, la CEDH a appliqué cette obligation d'égalité aux couples non-mariés. La Cour a ainsi condamné l'Autriche en estimant que la faculté d'adopter l'enfant de son compagnon doit être garantie aux couples de même sexe dès lors qu'elle l'est au sein des couples homme-femme. En l'espèce, une femme souhaite adopter l'enfant mineur que sa compagne a eu d'une première union avec un homme et se substituer à ce dernier comme second parent. La CEDH a censuré le refus des juridictions autrichiennes de faire droit à cette demande en estimant qu'il peut être dans l'intérêt de l'enfant que la compagne de sa mère se substitue à son père dans l'exercice des droits parentaux. La CEDH a pris cette décision alors même que le père entretient des contacts réguliers avec son fils, qu'il lui a donné son nom, et lui verse une pension, et qu'il refuse de perdre ses droits parentaux.

Dans l'affaire E.B. contre France du 22 janvier 2008, la CEDH a condamné la France pour avoir refusé une demande d'agrément préalable à l'adoption d'un enfant par une femme célibataire entretenant une relation avec une autre femme, alors que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par une personne célibataire, et ouvre ainsi nécessairement, selon la CEDH, la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle.

Dans l'affaire Gas et Dubois contre France du 15 mars 2012 la Cour a jugé selon la même logique que l'impossibilité pour une femme d'adopter l'enfant de sa compagne n'est pas discriminatoire dans la mesure où cette impossibilité s'applique également aux couples hétérosexuels non mariés.

---

Voter l'Article 1er du projet de loi sur le mariage, c'est donc voter l'adoption plénière, immédiatement, la PMA, en raison de la censure de la CEDH, et très rapidement aussi la GPA. C'est la création d'une nouvelle discrimination, d'une nouvelle inégalité, entre les enfants des couples de sexe différents ou de même sexe.

Monsieur Philippe MALAURIE  
Professeur émérite  
à l'université Panthéon-Assas

Me Pierre-Olivier KOUBI-FLOTTE  
Docteur en Droit, avocat au Barreau de Marseille  
Membre du Barreau de Bruxelles en Liste E

Monsieur Javier BORREGO-BORREGO  
Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme  
au titre de l'Espagne entre 2003 et 2008

---

## Sommaire des références

---

- « PMA : la France a déjà voté... » Article du Figaro du samedi 8 février 2013,
- Automaticité de l'application des arrêts de la CEDH,
- Mme Poivey-Leclercq, ancien membre du Conseil national des barreaux, avocat à Paris au Sénat, lors de l'audition des professions juridiques, le 21 février 2013,
- Synthèse et analyse de l'arrêt X contre Autriche du 19 février 2013,
- Synthèse et analyse de l'arrêt Gas et Dubois contre France du 14 mars 2012.

---

## PMA : la France a déjà voté...

---

Publié sur *Le Figaro.fr* le 08/02/2013 à 13:01 et le samedi 09/02/2013 en édition papier.

**TRIBUNE - Anna Záborská et Grégor Puppinck\* expliquent pourquoi le vote du mariage pour tous en France entraînera automatiquement l'adoption de la PMA, conformément aux juridictions européennes.**

Nos responsabilités au Parlement européen ou nos relations avec l'Union européenne et le Conseil de l'Europe nous conduisent à regarder avec intérêt le débat français en cours. Et nous ne nous lassons pas de nous étonner à plusieurs titres.

Deux décideurs clés sont totalement omis du débat français :

Le premier est la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), organe du Conseil de l'Europe rassemblant 47 Etats. Elle veille au respect de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a créé un droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en vertu duquel il faut un motif particulièrement grave pour justifier une différence de traitement entre un couple de même sexe et un couple de sexe opposé. Sur ce point, la Cour ne laisse guère de marge d'appréciation aux Etats.

Le second acteur est l'Union européenne regroupant 27 Etats. Sa Charte des droits fondamentaux a déjà renoncé à l'altérité sexuelle tant dans la définition du mariage que dans celle des droits de l'enfant qui sont rangées au chapitre "Egalité", sans mention du père ou de la mère. Le terrain est préparé de longue date. La Commission européenne, qui exerce le pouvoir exécutif, déclare vouloir faire disparaître toute *discrimination* à l'encontre des homosexuels, c'est-à-dire en fait, toute *distinction* entre les personnes et entre les couples. Elle a déjà mis en place un important arsenal d'instruments politiques et juridiques à cette fin.

Le Parlement européen qui lui, exerce le pouvoir législatif, demande régulièrement aux Etats membres de redéfinir le mariage pour l'ouvrir aux personnes de même sexe.

En étudiant les enjeux portés par ces grands absents du débat en France, plusieurs points sont dignes d'intérêt.

Par le vote, samedi dernier, de l'Article 1 de la Loi, la France a redéfini le mariage pour créer une nouvelle institution qui réunit dans une commune institution juridique l'union de deux personnes de sexes différents ou de deux personnes de même sexe. Un statut unique de mariage « pour tous » implique que les droits et obligations liés à ce statut sont les mêmes « pour tous ». Cela vaut aussi pour l'accès à l'adoption et à la procréation artificielle (PMA). Il n'y a plus de motif valable de discriminer entre les couples dès lors que le motif sexuel a été écarté.

La procréation artificielle (PMA) est proposée à tout ménage marié afin « de remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté » selon le Code de la santé publique français. Faire valoir que les couples de même sexe ne souffrent pas d'une infertilité pathologique est un bien faible argument face au discours de non-discrimination et à l'évolution de la médecine. Dans ce cas, la France devrait se justifier de sa décision « d'interdire » l'accès à la PMA aux couples de même sexe alors qu'elle l'autorise aux couples homme-femme.

Ce raisonnement risque fort de s'appliquer par propagation à la gestation pour un tiers (GPA ou mères porteuses) qui sera réclamée au nom du droit à l'enfant et à la non-discrimination entre

couples homme-homme et couples femme-femme. Les principes juridiques sont déjà en place pour neutraliser son interdiction en droit français. En effet, la CEDH trouve de plus en plus que les « considérations morales » ne peuvent pas justifier à elles-seules la limitation de la liberté et de l'épanouissement individuels, lesquels incluent, selon la Cour, le droit d'avoir recours à la PMA. La seule question résiduelle, pratique, vise la définition des droits des mères porteuses.

Il faut donc restituer la loi française dans son contexte juridique européen. Pour la CEDH, le législateur ne doit pas rester au milieu du gué. S'il choisit d'autoriser le mariage homosexuel, tout doit suivre au nom d'une exigence de cohérence interne du droit national. Ainsi, si le gouvernement n'a pas l'audace politique d'aller au bout de ses réformes de société, il peut espérer que la Cour européenne le fera pour lui. Nous comprenons maintenant l'insistance des promoteurs de cette loi pour le « mariage » et non pour une « union civile ». Le « mariage » permet automatiquement de bénéficier de l'arsenal juridique européen pour imposer « de l'extérieur » la révolution sociétale recherchée.

Il est ainsi vain de souhaiter le mariage sans la PMA, ou avec la PMA mais sans la GPA. C'est tout ou rien : qui dit mariage dit adoption, PMA et peut-être aussi la GPA, car la finalité du mariage est la fondation d'une famille, il en est le cadre institutionnel.

Dès lors que le mariage a été ouvert aux couples de même sexe par le simple vote de l'Article 1, la portée des débats en cours à l'Assemblée ou futurs, au Comité Consultatif National d'Ethique sur la PMA, est surtout d'ordre « spectaculaire ».

Nous nous interrogeons sur les Français et leurs représentants : sont-ils conscients de perdre le pouvoir de se déterminer librement sur ces questions ? Que désormais une juridiction européenne peut condamner les choix éthiques du législateur français et l'obliger à adopter son propre point de vue?

Nous appelons de nos vœux les Français et leurs représentants, mieux informés, à recouvrer leur liberté de conscience et leur pouvoir de décision.

Car il semble certain qu'ils n'ont pas tous compris que, par le simple vote de l'Article 1 le samedi 2 février 2013, si cette loi devait être promulguée, le « mariage pour tous » incluait de facto l'adoption, la PMA et ouvrirait la voie aux mères porteuses.

*\* Anna Záborská est députée slovaque au Parlement européen, présidente de l'intergroupe « Famille, droits de l'enfant et justice entre les générations ». Grégor Puppink, docteur en droit, est expert auprès du Conseil de l'Europe.*

---

## Automaticité de l'application des arrêts de la CEDH

---

### *Henri Daudet \* démontre l'obligation faite aux Etats de se conformer aux décisions et arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*

Le Traité de Londres ratifié le 5 mai 1949 crée le Conseil de l'Europe, qui adopte le 4 novembre 1950 la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH), puis met en place en 1959 la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Le litige ne concerne pas la conformité des juridictions internes à la CESDH, mais celle aux arrêts et décisions de la CEDH, qui interprètent et adaptent la Convention, dont l'article 46 §1 énonce que « **les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties** ».

Le 5 mai 1949, la ratification par dix Etats (Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège et Suède) du Traité de Londres, entré en vigueur le 3 août 1949, crée le Conseil de l'Europe, la plus ancienne des organisations politiques européennes, qui recense désormais 47 Etats-membres. Ses objectifs, clairement définis dans le chapitre premier du traité l'instituant, sont de « réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social », union organisée autour de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu. Adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la CESDH énonce une liste de droits et libertés fondamentaux auxquels d'autres ont été adjoints par quatorze protocoles additionnels successifs.

Mise en place en 1959, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) siège à Strasbourg et se compose d'autant de juges que d'Etats parties. L'importance de la Convention provient de la possibilité pour les particuliers de saisir les instances européennes. Elle est d'applicabilité directe, ce qui signifie que « les particuliers peuvent utilement s'en prévaloir devant le juge national, non seulement à l'encontre des dispositions normatives de droit interne, mais aussi directement à l'encontre des actes individuels ». Pour cela, les normes internationales doivent néanmoins répondre à certaines exigences de clarté et de précision. L'article 46 de la Convention énonce en son premier paragraphe que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Il consacre donc une autorité relative de la chose jugée : les Etats ne doivent se conformer qu'aux décisions dans lesquelles ils sont parties. Mais ces décisions ont une vocation universelle, dans la mesure où elles doivent être prises en compte par tous les Etats-membres. La Cour a d'ailleurs précisé qu'elles ont un effet direct, et qu'elles « servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, et plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la CEDH et à contribuer de la sorte au respect par les Etats des engagements qu'ils ont assumé, en leur qualité de partie contractante ». L'enjeu central de l'autorité des arrêts et décisions rendus par la CEDH au sein des ordres juridiques internes apparaît-il limpide, dès lors que l'on considère leur rôle d'interprétation et d'adaptation de la Convention.

## **La CEDH : une reconnaissance nécessaire de l'effet obligatoire de ses arrêts et décisions**

On peut trouver une telle formulation dans l'arrêt Vermeire c/ Belgique du 29 novembre 1991 : « **La liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979** » (§26).

Selon la CEDH, lorsque le dispositif de l'arrêt européen est précis et complet, il est d'exécution directe dans les ordres juridiques internes. Il incombe donc au juge national d'appliquer directement les exigences de l'arrêt, en considérant inapplicable le droit interne à lui contraire, dans l'attente d'une modification législative. L'obligation à la charge des Etats découlant de l'article 46 implique deux prises de mesures. D'une part, des mesures en faveur des requérants pour faire cesser l'acte illicite et en effacer les conséquences, et d'autre part des mesures évitant de nouvelles violations. Ainsi, le paiement de la « satisfaction équitable » (article 41, CESDH), c'est-à-dire une somme d'argent – éventuellement- accordée par la Cour au requérant constitue une obligation stricte et clairement définie dans l'arrêt. Mais l'exécution de l'arrêt peut aussi nécessiter l'adoption par l'Etat de mesures individuelles en faveur du requérant, qui est en droit d'exiger des mesures législatives, réglementaires ou jurisprudentielles, afin d'éviter de nouvelles violations semblables. Ces obligations, car non précisément définies dans le texte de la Convention, ont été illustrées à plusieurs reprises par la Cour ainsi que par le Comité des Ministres.

Ainsi, l'arrêt Scozzari et Giunta c/ Italie du 30 juillet 2000 énonce en son § 249 que « **L'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences** ».

De même, le règlement adopté le 10 mai 2006 par le Comité des Ministres pour l'application de l'article 46 § 2 énonce que « dans le cadre de la surveillance de l'exécution d'un arrêt (...), le Comité des Ministres examine si la satisfaction équitable octroyée par la Cour a été payée (...), et, le cas échéant, (...) si des mesures individuelles ont été prises pour assurer que la violation a cessé et que la partie lésée est placée, dans la mesure du possible, dans la situation qui était la sienne avant la violation de la Convention, et si des mesures générales ont été adoptées, afin de prévenir de nouvelles violations similaires à celles constatées (...) ». Selon qu'il s'agisse de la « satisfaction équitable » ou des « mesures », les pratiques de la Cour diffèrent : contrairement à la compensation pécuniaire, l'arrêt de la Cour n'ordonne généralement aucune mesure précise à l'Etat défendeur pour rectifier la situation du requérant et prévenir de nouvelles violations. Les Etats demeurent libres dans le choix des mesures à caractère individuel et général, même si le Comité des Ministres veille à ce que lesdites mesures permettent de pleinement atteindre le résultat requis par l'arrêt de la Cour.

Telle est l'application, souhaitée par la CEDH, de ses arrêts et décisions au sein des divers ordres juridiques des Etats membres. Au travers des exemples de la France et de l'Allemagne, force sera de constater dans une deuxième et une troisième parties que les réalités juridiques internes ne sont pas entièrement unanimes.

## La reconnaissance de l'effet immédiat des décisions et arrêts de la CEDH par le juge interne français

La France ratifia la CESDH le 3 mai 1974. Elle y trouvera toute son importance avec la possibilité accordée aux particuliers de saisir les instances européennes, grâce à la ratification du protocole reconnaissant ce droit le 2 octobre 1981. Même si elle refusa d'abord de ratifier le protocole n° 9 permettant aux individus de saisir directement la Cour, le protocole n° 11, entré en vigueur le 1er novembre 1998, pallie désormais ce manque.

Rappelons brièvement en premier lieu la place des traités internationaux -et donc de la CESDH- dans l'ordonnement juridique français, et référons-nous à **l'article 55 de la Constitution**, qui détermine la valeur du droit international écrit. Bien que persiste encore une controverse sur ce point, la jurisprudence et la doctrine majoritaire optent pour une valeur supra-législative et infra-constitutionnelle.

En effet, dans sa décision IVG de 1975, le Conseil Constitutionnel refusa d'intégrer les traités et accords internationaux au bloc de constitutionnalité, et donc de leur accorder une valeur constitutionnelle. Par sa décision Sarran, Levacher et autres du 30 octobre 1998, le Conseil d'Etat confirma cette solution, de même que la Cour de Cassation par sa décision Fraisse en 2000. Enfin, la supériorité du traité sur les lois est assurée par les juges judiciaires et administratifs, le juge constitutionnel s'y refusant et déléguant cette mission aux juges ordinaires. La Cour de Cassation fait primer le traité depuis sa décision Cafés Jacques Vabre du 24 mai 1975, ainsi que le Conseil d'Etat depuis son arrêt Nicolo du 20 octobre 1989.

En droit français, la Convention - et ses protocoles additionnels - sont pleinement applicables ; néanmoins, les juges européens laissent libres les instances nationales dans le choix des modalités de leur application. Cependant, l'article 55 semble exclure le droit international non écrit. Se pose dès lors le problème de l'autorité des arrêts de la CEDH, qui interprètent, complètent, adaptent la Convention.

La Cour de Cassation n'a opposé aucune résistance à la jurisprudence européenne. Dépassant la solution de son arrêt Jacques Vabre dans laquelle elle avait très tôt reconnu la supériorité du droit international sur le droit interne, **elle ira encore plus loin dans son arrêt Renneman de 1984, en se pliant à la chose jugée et interprétée par la Cour Européenne. Ce faisant, elle accepte donc d'appliquer la jurisprudence de la CEDH.**

Le Conseil d'Etat s'est quant à lui montré beaucoup plus réticent que la Cour de Cassation, défendant sa position face à la juridiction supranationale. La décision Debout de 1978 réaffirme la position de l'autorité administrative, à la fois désireuse de ne pas réduire le champ d'application du droit interne au profit du droit européen et de protéger le droit français d'une trop grande ingérence du droit international. L'arrêt Subrini marque à plusieurs égards une rupture nette avec la CEDH. Rendu 7 mois après l'arrêt Renneman de la Cour de Cassation qui se conforme à la jurisprudence européenne, cet arrêt marque clairement une volonté du Conseil d'Etat de conserver sa jurisprudence et surtout de ne pas se plier aux instances supra-étatiques. Ces deux arrêts Debout et Renneman vont être maintes fois réaffirmés. Le commissaire du Gouvernement Genevois afficha clairement dans ses conclusions sa volonté de concilier droit interne et Convention Européenne, en tentant de déterminer l'autorité des arrêts de la CEDH dans lesquels elle interprète les dispositions de la Convention. Selon ses conclusions, les arrêts de la CEDH interprétant la Convention s'imposent aux juridictions nationales, car ils ont pour but l'unification de son application dans les ordres juridiques internes des Etats membres. Ces arrêts ont donc une autorité morale. Selon les dispositions de la Convention, la CEDH étant compétente pour l'interpréter, les Etats doivent donc s'y conformer. Il apparaît donc relever du devoir même du Conseil d'Etat que

de se conformer à la position européenne. M. Genevois offrait dans ses conclusions la possibilité au juge administratif d'effectuer un revirement de jurisprudence. Il ne sera pas suivi.

Néanmoins, le Conseil d'Etat va rompre avec sa jurisprudence classique qui prônait une interprétation autonome de la CEDH. Deux arrêts vont annoncer ce revirement, les arrêts **Nicolo** de 1989 et **Département de l'Indre** de 1994. **L'arrêt Nicolo constitue une ouverture du Conseil d'Etat au droit international, en ce qu'il rompt avec sa jurisprudence antérieure selon laquelle le droit international prime sur la loi antérieure, mais pas sur la loi postérieure. Le juge administratif rallia ainsi la position de la Cour de Cassation.**

De plus, dans sa décision **Sarran, Levacher et autres** de 1998, **il précisa la position dans l'ordonnancement juridique du droit international écrit, en lui accordant une valeur supralégislative et infraconstitutionnelle.** Dans l'arrêt **Département de l'Indre** il se prononça en faveur de l'applicabilité de l'article 6§1 de la Convention, suivant en cela la jurisprudence européenne. Dans l'arrêt d'Assemblée **Maubleu** du 14 février 1996 était requise l'annulation de certaines dispositions d'un décret, considérées, entre autres, contraires à l'article 6 §1 de la Convention. Le juge administratif va reconnaître l'applicabilité de cet article, mais surtout tel qu'interprété par la CEDH. L'arrêt **L'Hermite** du 30 décembre 1996 confirme la jurisprudence **Maubleu**, en ce qu'il reconnaît la violation de l'article 6§1 et adhère explicitement à la jurisprudence dégagée par la CEDH sur le sujet.

*\* Henri Daudet, Avocat à la Cour*

---

## Auditions au Sénat

---

*Jeudi 21 février 2013 : Auditions des professions juridiques intervenant auprès des familles  
Audition du Conseil national des barreaux : Mme Hélène Poivey-Leclercq, ancien membre du  
Conseil national des barreaux, avocat à Paris – Extrait.*

### Mme Hélène Poivey-Leclercq

Je voudrais faire une remarque en ce qui concerne la PMA. Je crois que nous ne devrions pas avoir à légiférer. **La PMA devrait être d'entrée de jeu ouverte à tous les couples mariés.**

**Car si elle n'est ouverte qu'aux couples mariés hétérosexuels, on va tomber sous le coup de la CEDH, qui va considérer que nous faisons un statut différent aux gens mariés selon qu'ils sont hétérosexuels ou homosexuels.**

**La CEDH dans l'article 8 ni l'article 14 ne permet de condamner un Etat qui refuserait un mariage homosexuel. En revanche, nous serons condamnés, la France sera condamnée si elle n'aligne pas le droit de ces couples sans tenir compte du fait qu'ils sont seulement mariés.**

Je me permets d'attirer l'attention de tout le monde sur un arrêt de la CEDH qui s'appelle Gas et Dubois du 15 mars 2012. Que j'ai apporté et que je vous laisserai si vous voulez. Je pense que c'est une question intéressante. Ce qui fait qu'en réalité l'ouverture de la PMA, elle est une conséquence nécessaire du mariage pour tous. Voilà. Ca c'est un point qui me paraît important.

### M. Jean-Pierre Michel, rapporteur

Ce qui veut dire qu'il ne faut plus dire que c'est médical.

### Mme Hélène Poivey-Leclercq

Mais oui, c'est ça, de toute façon c'est nécessairement... sinon on va avoir un statut de... on va être discriminant par rapport aux couples qui sont homosexuels

**Deuxièmement, si la PMA ne s'accompagne pas d'une loi sur la GPA, on va assister à ce qui se passe au Canada, c'est à dire à une féminisation de la filiation.** Car il n'y aura pas de filiation paternelle possible en dehors d'une hétérosexualité. C'est à dire un homme qui arrivera dans un mariage homosexuel pourvu d'enfants d'une relation antérieure hétérosexuelle. Mais si on est dans une relation purement homosexuelle, ça veut dire que ces hommes qui se marient, qui vivent ensemble, ne peuvent pas pour le moment avoir d'enfant. Et ça veut dire que la seule filiation qui va exister, ça va être une filiation qui va être essentiellement féminine.

Le Canada connaît cet inconvénient, puisqu'il n'a pas admis la GPA pour le moment. Ce qui fait qu'actuellement il y a des GPA qui se font aux Etats-Unis, qui ne sont pas loin, ils s'en vont à San Francisco ou à Los Angeles. Voilà. Donc, ça se sont deux axes sur la PMA et la GPA qui me paraissent importants.

Je voudrais parler de l'intérêt de l'enfant. Parce que je pense que cet enfant, qui est l'objet de toutes les convoitises, de tous les désirs, de toutes les préoccupations, on ne s'en préoccupe pas beaucoup.

**On nous parle du désir d'enfant, du besoin d'enfant, de la nécessaire possibilité d'accéder à une Procréation Médicalement Assistée. La stérilité, c'est quelque chose d'impossible. C'est comme une forme de cécité reproductive, que plus personne n'admet. Moi, je veux bien, mais l'intérêt de l'enfant. Quand on me parle de l'intérêt supérieur de l'enfant, je m'aperçois que c'est une espèce de fourre-tout qui comprend, en réalité, tout ce qu'on a envie d'y mettre. Mais rien qui ne soit vraiment dans la ligne de l'intérêt spécifique et exclusif de l'enfant.**

Je m'explique : lorsque une femme, et je reviens sur le problème des recherches en paternité, lorsque une femme est enceinte, le père sera père quand la mère le décide. Que ce soit dans le mariage ou hors mariage. Parce que nous savons tous que les systèmes de contraception sont occultes. Donc le mari peut ne pas savoir si sa femme prend une contraception, quelle qu'elle soit. Deuxièmement, l'avortement, on n'a pas besoin d'être deux pour le décider. Ce qui veut dire que l'interruption de grossesse est un acte unilatéralement décidé, par la mère.

L'enfant qui va naître du désir unilatéral d'une femme, parce que c'est de plus en plus comme ça, est un enfant pour lequel on va pouvoir agir en recherche de paternité. Et quand on agit en recherche de paternité, on agit toujours au nom de l'intérêt de l'enfant.

[...]

Donc au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, je suis régulièrement débouté de mes demandes de dommages et intérêts. Parce qu'on me dit que l'enfant a besoin d'avoir un père. Il a besoin d'avoir une filiation. Il a besoin d'avoir accès à ses origines.

Peut-on soutenir dans la main droite des conclusions, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi, et dans la main gauche avoir des adoptions plénières qui sont un mensonge juridique et judiciaire et qui procèdent à une éradication légale de tout accès aux origines ?

C'est vraiment une question qui est tellement choquante. Ça veut dire quoi, ça veut dire que, là maintenant, on va avoir des mariages homosexuels, où il y a forcément un mensonge quelque part ou un silence gardé quelque part. Un mensonge si on ne veut pas dire ou un silence gardé, ça revient au même.

**Ca veut dire que ceux qui auront trente ans dans trente ans et qui seront nés dans ces conditions là, est-ce que quelqu'un ici peut dire ce qui sera son trouble ? Dans cette inaccessibilité à ses origines. Je crois que personne ne peut le dire. Personne ne peut dire si ça sera un trouble ou pas un trouble, si ça sera un droit, une revendication. Personne ne peut le dire. Je crois que là nous sommes en train de construire une espèce de monstruosité et que ce qu'il faut vraiment réformer c'est la filiation. On est dans une société qui prône la transparence. C'est une société qui ne permet plus le mensonge.**

[...]

*Référence :*

A 1:30:00 : <http://www.youtube.com/watch?v=7Jrd97MHWt8>

### **Synthèse de l'arrêt X contre Autriche : La CEDH donne gain de cause à un couple de lesbiennes sur un dossier d'adoption biologique.**

*L'Autriche doit réformer sa législation à la suite de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme établissant que l'État avait soumis une femme à un traitement discriminatoire en refusant de prendre en compte sa demande d'adoption de l'enfant biologique de sa compagne, a déclaré Amnesty International \*.*

« Cette décision importante doit inciter le gouvernement autrichien à revoir son point de vue et réviser sa législation », a indiqué John Dalhuisen, le directeur du programme Europe et Asie centrale de l'organisation.

Dans son arrêt du 19 février dans l'affaire X et autres c. Autriche, la Cour estime que les deux requérantes ont été victimes d'un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle, dans la mesure où les couples hétérosexuels ne sont pas soumis aux mêmes restrictions en Autriche.

L'affaire a porté sur les dispositions législatives autrichiennes qui ont conduit les tribunaux nationaux à rejeter spécifiquement les demandes émanant de personnes voulant adopter l'enfant de leur partenaire de même sexe, alors que ce type d'adoption est possible dans le cas de couples hétérosexuels non mariés (par exemple, un homme peut adopter l'enfant biologique de sa concubine).

Le gouvernement autrichien a fait valoir devant la Cour que le droit national était conçu pour préserver le modèle traditionnel de la famille.

La Cour a toutefois estimé, dans sa décision obtenue à la majorité, qu'il n'y a pas qu'une seule voie ou un seul choix dans la façon de mener et de vivre sa vie privée et familiale. Elle a relevé que le gouvernement autrichien n'avait pas fourni d'éléments de preuve ni même d'arguments à l'appui de la position selon laquelle un couple LGBTI ne pourrait pas satisfaire de manière appropriée aux besoins d'un enfant.

Dix autres pays membres du Conseil de l'Europe autorisent l'adoption coparentale pour les couples non mariés. Dans six d'entre eux (Belgique, Espagne, Islande, Pays-Bas, Slovaquie et Royaume-Uni), l'adoption est possible aussi bien pour les couples de même sexe que pour les couples hétérosexuels. Les quatre autres (Portugal, Roumanie, Russie et Ukraine) restreignent ce droit aux couples hétérosexuels.

« Toute personne a le droit de se marier et de fonder une famille, a poursuivi John Dalhuisen. Il est temps maintenant pour certains États européens de comprendre que les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres ou intersexuées ne doivent pas être empêchées de se marier et d'adopter, et que le droit en Europe est amené à évoluer, inévitablement, dans le sens du progrès social. »

\* <http://www.amnesty.org/fr/news/austria-reform-needed-after-european-court-adoption-victory-lesbian-couple-2013-02-19>

## **Analyse de l'arrêt X contre Autriche : La Cour européenne des Droits de l'Homme impose l'adoption homosexuelle.**

*Par Grégor Puppinck, Directeur de l'European Centre for Law and Justice, Docteur en droit, expert auprès du Conseil de l'Europe*

La Cour pose le principe que l'adoption des enfants du partenaire de même sexe doit être possible lorsqu'elle l'est au sein des couples de sexes différents, quitte à évincer le parent biologique. Son raisonnement peut être ainsi synthétisé : *Si la femme avait été un homme, l'adoption n'aurait pas été impossible, donc elle doit être possible au nom de la non-discrimination selon l'orientation sexuelle lorsque la femme n'est pas un homme.*

Le 19 février, par un arrêt fleuve de plus de 50 pages, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rendu public un arrêt condamnant l'Autriche dans une affaire *X et autres c. Autriche* (n° 19010/07) mettant en cause l'impossibilité pour une femme d'adopter le fils que sa compagne a eu d'une union antérieure avec un homme (ce que la Cour désigne « adoption coparentale »). **Cet arrêt a établi le principe suivant lequel l'adoption des enfants du partenaire de même sexe doit être possible lorsqu'elle l'est au sein des couples de sexe différents.**

Les deux femmes (non mariée) qui agissaient en leur nom et au nom de l'enfant mineur, se plaignaient de subir une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle et invoquent le droit au respect de leur vie privée et familiale (art.8) ainsi que l'interdiction des discriminations (art. 14). Elles estimaient « qu'aucun élément ne justifie de manière raisonnable et objective que l'on autorise l'adoption de l'enfant de l'un des partenaires par l'autre partenaire dans le cas d'un couple hétérosexuel, marié ou non marié, tout en interdisant pareille adoption dans le cas d'un couple homosexuel » (présentation des faits réalisée par la Cour).

Une courte majorité des juges (10 sur 17) a adopté le raisonnement des organisations LGBT qui portaient cette affaire (*ILGA, ECSOL FIDH, etc.*). A l'opposé, l'opinion publiée en annexe par les sept juges dissidents cite et reprend largement les observations écrites soumises par l'ECLJ à la Grande Chambre. Selon le droit autrichien, une telle adoption n'est pas possible car un enfant ne peut pas avoir sa filiation établie envers plus de deux parents qui doivent être un homme et une femme, et l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui (Art. 182 § 2 du code civil autrichien). Ainsi, son adoption par une femme romprait le lien avec sa mère biologique.

Les deux femmes ont argué du fait que lorsque le couple est hétérosexuel, un homme vivant avec la mère d'un enfant peut se substituer au père et adopter l'enfant (de même la femme vivant avec le père de l'enfant peut en théorie se substituer à la mère). Cependant, dans ce cas, le parent naturel perd tout lien humain et juridique avec l'enfant, même le droit de le voir. Une telle adoption par substitution requiert, si elle est estimée être dans l'intérêt de l'enfant, soit la renonciation du parent à son lien de filiation, soit une décision de justice constatant l'indignité du parent biologique à conserver ses droits parentaux (en cas de maltraitance ou de désintérêt total pour l'enfant). **En l'espèce, le père assume parfaitement ses responsabilités, il a des contacts réguliers avec son fils qui porte son nom, et il verse une pension alimentaire. Autrement dit, comme beaucoup d'autres, cet enfant vit avec sa mère et a un père qu'il continue à voir et qui s'occupe de lui.**

**Mais la mère et sa nouvelle compagne veulent évincer le père pour « fonder » une nouvelle famille.**

Afin que la compagne de la mère puisse établir des droits parentaux sur l'enfant, les deux compagnes ont demandé au père de renoncer aux siens. Face à son refus, elles ont demandé aux

juridictions autrichiennes de l'en déchoir et d'autoriser l'adoption de telle sorte que la compagne de la mère puisse se substituer au père de l'enfant. Les autorités autrichiennes ont jugé cette demande contraire à l'intérêt de l'enfant et l'ont refusée. Les deux compagnes ont alors saisi la Cour européenne invoquant une discrimination.

**Ainsi, du point de vue de l'intérêt de l'enfant, cette affaire était donc simple : l'enfant ayant déjà un père et une mère, et aucun d'eux ne souhaitant ni ne devant renoncer à ses droits parentaux, l'intérêt de l'enfant était de conserver ses liens juridiques familiaux avec ses parents. L'enfant n'est donc pas adoptable. En revanche, du point de vue des adultes, l'affaire était plus compliquée car, ce n'est plus l'intérêt de l'enfant qui était considéré, mais l'égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels. Il s'agissait d'avoir les mêmes droits sur les enfants. La différence de situation entre couples hétérosexuels et homosexuels dans leur faculté « d'avoir » des enfants était perçue comme une inégalité, une discrimination.**

**C'est sous le seul angle des droits des adultes en matière d'adoption et au seul prisme de l'égalité que la majorité des juges a tranché.** La majorité a fait abstraction des circonstances de l'affaire et s'est concentrée sur le fait que « *l'article 182 § 2 du code civil autrichien interdit de manière absolue – quoiqu'implicitement – l'adoption coparentale aux couples homosexuels* ».

La Cour a estimé que cette interdiction avait empêché les juges nationaux d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant à être adopté par la compagne de sa mère et de « *vérifier s'il y avait des raisons de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à l'adoption* » (§§ 124 et 125). Or, l'exposé des faits témoigne du contraire : les juges autrichiens ne se sont pas limités à rappeler que l'article 182 § 2 du code civil autrichien prohibait l'adoption par une femme de l'enfant de sa conjointe, ils ont également considéré que, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, une telle adoption n'aurait pas été conforme à l'intérêt de l'enfant. En revanche, ce reproche peut être retourné contre la Grande Chambre, celle-ci s'étant abstenue d'apprécier *in concreto* non seulement l'intérêt de l'enfant mais également celui du père. D'ailleurs, le père n'a pas participé à la procédure à la Cour européenne ; peut-être même n'en a-t-il pas été informé car les requérantes ont obtenu l'anonymat. Le fils non plus n'a pas été entendu par la Cour : étant mineur, sa mère a agi en son nom et il n'a pas eu d'avocat personnel.

La majorité des juges s'est cantonnée au plan des principes généraux. Elle a comparé *in abstracto* des situations différentes pour en conclure qu'elles sont différentes : elle s'est ainsi demandé si l'adoption aurait été possible dans l'hypothèse où les requérantes n'auraient pas été de même sexe. La Cour a ainsi pu constater que **si la compagne de la mère avait été un homme, il ne lui aurait pas été impossible de devenir le père adoptif<sup>1</sup>**. Cela constituerait une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle (§ 130).

Or, si l'on estime, comme l'a conclu la majorité des juges, que ni l'altérité sexuelle ni la filiation biologique ne sont déterminants pour « être le parent » de son enfant, il y a alors discrimination. C'est ce que la Cour a établi en évaluant et écartant une à une les justifications apportées par le gouvernement à l'appui de sa législation:

---

<sup>1</sup> « *Si la demande d'adoption (...) 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 [l'enfant]. 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* » (§ 125).

- La Cour reproche au Gouvernement ne pas avoir « *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.* » (§ 142).

- La Cour reproche au droit autrichien de « *manquer de cohérence* » en ce qu'il prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères mais autorise l'adoption par une seule personne, même lorsque cette personne est homosexuelle et vit en couple (§ 144). On peine à déceler l'incohérence. Notons que la Cour elle-même exige que lorsque l'adoption est ouverte aux personnes non mariées, elle le soit sans discrimination selon l'orientation sexuelle.

- La Cour déprécie ensuite et relativise la loi autrichienne en affirmant que la disposition en cause « *ne fait que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels.* » (§ 143). Ce ne serait donc pas la loi autrichienne, mais seulement la loi « *d'un pan de société* » conservateur... Où est le respect auquel la Cour est tenue envers la loi et le législateur national, au titre notamment du principe de subsidiarité ? La Cour se place au dessus de la loi au nom de sa conception idéologique du droit.

- La Cour enfin a écarté sans explication sérieuse l'observation du gouvernement par laquelle il soulignait l'absence de consensus en Europe à propos de l'adoption homosexuelle.

La Cour juge alors que le Gouvernement est dans « *l'incapacité (...) 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* » (§ 146). Dès lors, selon la Cour, on ne peut pas exclure qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant que la compagne de sa mère se substitue à son père, cette question doit alors pouvoir être tranchée en justice.

Cette conclusion pose un principe s'appliquant aux 47 Etats parties : pour ne pas permettre l'adoption homosexuelle, il faut prouver qu'elle est préjudiciable à l'enfant. Mais est-il encore permis en Europe de soutenir que le fait d'avoir deux mères ou deux pères est préjudiciable ? Il y a lieu d'en douter car cela implique un jugement sur l'homosexualité, ce qui en voie d'interdiction absolue et explicite...

**Enfin, l'Autriche a été condamnée car sa législation ne prévoit pas qu'un enfant puisse avoir deux pères ou deux mères, alors qu'elle prévoit qu'il peut avoir un père et une mère, car c'est pour ce motif qu'il est impossible d'adopter l'enfant de son partenaire de même sexe.**

**Il est difficile de mesurer l'étendue des conséquences potentielles de cet arrêt.** Même si la majorité de la Grande Chambre « *reconnait 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* » (§ 138), dans les faits, la majorité impose une conception non-biologique et asexuée de la famille, dont la famille naturelle n'est que l'une des modalités multiples. On ne sait plus ce qu'est un « parent » car la filiation biologique n'est plus la norme biologique, sociale et juridique de référence.

En outre, cet arrêt a vocation à s'appliquer au-delà des faits de l'espèce : en affirmant qu'il n'est pas préjudiciable pour un enfant d'avoir deux mères ou deux pères, la Cour justifie globalement la revendication du droit à l'enfant des binômes de même sexe, que ce soit par adoption ou par procréation artificielle.

**Pour exécuter cet arrêt, l'Autriche pourrait adopter une loi déclarant qu'un enfant peut avoir plus de deux parents en même temps. Rien n'est impossible à la loi quand elle prime sur la réalité.**

L'Autriche pourrait aussi adopter une loi spéciale déclarant –tout aussi fictivement- qu'un enfant peut avoir deux mères ou deux pères. Dans ce cas, les deux femmes requérantes pourront faire convoquer le père devant le juge pour tenter de l'évincer. Le père devra alors prouver au juge qu'il est un meilleur « parent » pour son fils que la nouvelle compagne de son ex-femme, même s'il ne vit plus avec lui...

Dans les deux cas, l'exécution de cet arrêt soumettrait la réalité biologique de l'enfant à la volonté des adultes ; la fiction juridique établissant la nouvelle filiation n'étant qu'un mensonge envers l'enfant. Il faut en être conscient, cet arrêt ne changera rien à la vie quotidienne des deux femmes requérantes qui continueront à vivre avec l'enfant, c'est le père qui risque de perdre complètement son fils ; et cet arrêt bouleverse en profondeur le droit de la famille dans toute l'Europe, ce qui était son unique objectif.

*Références :*

- *Arrêt de la Grande Chambre.*
- *Exposé des faits réalisé par la Cour.*
- *Observations écrites de l'ECLJ dans l'affaire X et autres contre Autriche. (n° 19010/07)*
- *Vidéo de l'audience du 3/10/2012*

### **Synthèse de l'arrêt Gas et Dubois contre France : La CEDH rejette la demande couple de lesbiennes sur un dossier d'adoption au titre de la différence de statut juridique entre mariage et PACS.**

Madame Valérie Gas et Madame Nathalie Dubois sont deux françaises qui vivent en concubinage. Madame Nathalie Gas donne naissance à une petite fille conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. Les deux femmes concluent ensuite un pacte civil de solidarité (PACS), puis, Madame Gas forme, avec le consentement de Madame Dubois, une requête en adoption plénière de la petite fille.

Les juridictions françaises refusent cette requête au motif que pareille adoption transférerait l'intégralité de l'autorité à l'adoptante, au dépend des droits de la mère biologique, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant. En effet, l'article 365 du Code civil français réserve le partage de l'autorité parentale après adoption aux couples mariés.

Mesdames Gas et Dubois saisissent la Cour européenne des droits de l'homme en alléguant une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8. Elles allèguent avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle qui porte atteinte au respect de leur vie privée et familiale.

La Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a jugé que la France n'a pas violé la Convention européenne des droits de l'homme en refusant à une femme homosexuelle la faculté d'adopter l'enfant de sa partenaire, et en limitant l'accès à l'aide médicale à la procréation (AMP\*) avec donneur aux couples hétérosexuels, car l'AMP est toujours subordonnée à un but thérapeutique.

Elle a par ailleurs rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme n'imposait pas d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel et que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. Des personnes ayant conclu un pacte civil de solidarité social ne peuvent donc pas prétendre se trouver dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés.

*Référence : <http://www.ieb-eib.org/fr/document/affaire-gas-et-dubois-c-france-pma-et-homosexualite-284.html>*

## **Analyse de l'arrêt Gas et Dubois contre France : Un statut identique pour les couples de sexe différents et de même sexe ouvrira l'accès à l'adoption et au mariage par le principe de non-discrimination**

*Par Grégor Puppinck avec la collaboration d'Andreea Popescu – European Centre for Law and Justice*

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît à « l'homme et la femme », à « partir de l'âge nubile » « le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Se marier et fonder une famille est un seul et même droit car la famille est conçue comme la finalité du mariage. Interprétant cet article, la Cour européenne des droits de l'homme a énoncé que « le but poursuivi [par l'article 12] consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille », [2] car la famille est « la cellule fondamentale de la société » [3], « l'élément naturel et fondamental de la société » [4], l'« unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants » [5].

Plus encore, toujours selon la Cour, « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent. L'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques » [6].

Par ce statut, les couples mariés bénéficient du soutien de la société en ce qu'ils contribuent à son bien commun par la fondation d'une famille. Ce statut confère des droits et obligations spécifiques. Selon la logique de l'article 12 de la Convention, un Etat ne peut pas accorder à deux personnes le droit de se marier puis leur refuser la faculté de fonder une famille. Ce serait offrir un droit formel (la cérémonie) vidé de sa substance (la fondation d'une famille) [7].

L'obligation de l'Etat à cet égard est d'abord négative ; il ne doit pas empêcher un couple marié d'avoir des enfants selon les voies naturelles et/ou légales. Ainsi, permettre aux couples de même sexe de se marier a non seulement pour effet, mais plus encore pour finalité même de leur reconnaître ou accorder la faculté de fonder une famille. Cette faculté peut s'exprimer par l'adoption ou la procréation artificielle qui est ouverte à tout couple marié.

L'exercice de cette faculté bénéficie de la protection de la Convention, notamment contre les discriminations, en ce qu'elle constitue une composante importante de la vie privée et familiale [8].

S'agissant de l'adoption, la Cour européenne s'est prononcée dans l'affaire Gas et Dubois c. France concernant le rejet de la demande d'adoption d'un enfant mineur formée par la compagne homosexuelle de la mère de l'enfant. La Cour a alors rappelé que la Convention garantit seulement à l'homme et à la femme le droit de se marier, et « n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel » [9] et que aucun « droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 [non-discrimination] combiné avec l'article 8 [protection de la vie privée] » [10]. Elle a de plus constaté qu'un couple (homosexuel ou hétérosexuel) non marié n'est pas « dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés » [11]. C'est cette différence de statut juridique qui amène la Cour à ne pas conclure à une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, à défaut d'une telle différence de statut, c'est-à-dire en cas d'ouverture du mariage aux couples homosexuels, il serait alors discriminatoire de leur refuser par principe la faculté d'adopter.

S'agissant de la procréation artificielle, l'arrêt Gas et Dubois est aussi important. Dans cette affaire, la Cour a jugé que réserver l'insémination artificielle avec donneur anonyme de sperme (IAD) aux couples hétérosexuels infertiles n'est pas discriminatoire car, d'une part les couples hétérosexuels et homosexuels ne sont pas en tout comparables, et d'autre part, parce que l'accès à cette technique est en France « subordonné à l'existence d'un but thérapeutique » (§63). Or, en

droit français, ce but thérapeutique doit viser notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave. Or, l'infertilité des couples homosexuels n'est pas causée par une telle pathologie physique. Il s'agit ici d'une prise de position très importante, car la stratégie des militants homosexuels est de se placer sur le terrain du droit à l'accès aux soins de santé. Or, leur infertilité n'a pas une cause physiologique, et la fonction de la médecine n'est pas d'exaucer artificiellement les désirs d'enfants, ou de mettre en œuvre un droit à l'enfant que les couples auraient acquis envers la société.

**Cela étant, dès lors que l'Etat s'engage à aider les couples stériles et infertiles [12] à fonder une famille par la procréation artificielle ou médicalement assistée, il lui sera très difficile dans les faits de le refuser aux couples mariés de même sexe en raison du caractère extensif du principe de « non-discrimination » et de l'évolution de la médecine au-delà de sa finalité thérapeutique.**

Ainsi, bien que « l'orientation sexuelle » ne figure pas parmi les motifs interdits de discrimination définis dans la Convention (art.14), la Cour l'a progressivement introduit et a élevé à un degré très élevé de protection, au point de le faire prévaloir parfois sur des droits garantis explicitement par la Convention [13]. Ainsi, à ce jour, « comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves » [14] en outre, la marge d'appréciation laissée à l'Etat par la Cour à cet égard est restreinte [15]. Pour la Cour, « discriminer c'est traiter différemment, sans aucune justification objective et raisonnable, des personnes se trouvant objectivement dans la même situation ou dans une situation similaire » [16]. Pour pouvoir traiter différemment les couples hétérosexuels et homosexuels, les Etats doivent prouver que cela est absolument nécessaire pour la préservation de la famille « au sens traditionnel du terme » ; cela n'est possible qu'à la condition que l'Etat ait la volonté de préserver la famille traditionnelle comme fondement de la société, et de la distinguer des autres formes de vie familiale.

Si l'Etat y a renoncé en permettant le mariage homosexuel, la différence de traitement peut alors sembler discriminatoire aux yeux (de la plupart) des juges de Strasbourg, en tout cas en l'état actuel des rapports de force au sein de la Cour. La construction jurisprudentielle des droits familiaux des personnes et couples homosexuelles a été réalisée par la déconstruction puis par la reconstruction du « droit de se marier et de fonder une famille ».

Ce droit a d'abord été déconstruit en deux droits distincts par la séparation du mariage et de la procréation. A l'occasion d'une affaire de transsexualisme, il y a dix ans, la Cour a estimé que les couples transsexuels doivent pouvoir se marier car « l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit [de se marier] » [17].

**Pour cela, la Cour a déclaré n'être « pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes [l'homme et la femme] impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société... »** [18].

Dans un second temps, actuellement, le mouvement est au réassemblage du droit dans sa forme initiale (unité entre le mariage et la procréation) afin de permettre à tout couple marié de fonder une famille par l'accès à l'adoption et/ou aux techniques de procréation médicale assistés.

Le droit de se marier et de fonder une famille est redevenu un droit naturel, il en a recouvré toute la puissance normative, mais entre temps, c'est la réalité naturelle qui a changé pour inclure les couples de même sexe, naturellement infertiles, mais artificiellement susceptibles « d'avoir » des enfants.

Ainsi, finalement, on constate la puissance acquise par la loi, qui, par sa capacité juridique, a le pouvoir de créer un « droit naturel à la procréation artificielle » et « d'égaliser » toutes les différences.

[1] Grégor Puppink est docteur en droit, directeur de l'European Centre for Law and Justice (ECLJ), Andreea Popescu est juriste à l'ECLJ après avoir occupé ces mêmes fonctions à la Cour européenne des droits de l'homme. *European Centre for Law and Justice 01/2013 3*

[2] *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, nos 22985/93 et 23390/94, [GC] arrêt du 30 juillet 1998, § 66 ;

[3] *Charte Sociale européenne de 1961* ;

[4] Article 16 § 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948*, article 23 §§ 1 et 2 du *Pacte International sur les droits civils et politiques de 1966*, article 10 § 1 du *Pacte International sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966*, 5ème et 6ème considérants du *Préambule de la Convention sur les droits de l'enfant*, article 16 de la *Charte Sociale européenne (révisée) de 1996*, article 33 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 1989*, les *Résolutions 1720 (2010)1864(2012) de l'APCE des 19 janvier 2010 et 27 janvier 2012 respectivement* ;

[5] *La Convention internationale des droits de l'enfant* ;

[6] *B. et L. c. Royaume-Uni*, 36536/02, 13 septembre 2005, § 34 ;

[7] *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A no 106, p. 19, § 50 ; *F. c. Suisse*, n° 11329/85, 18 décembre 1987, A-128 § 32, *Sheffield and Horsham c. Royaume-Uni*, n° 22985/93 et 23390/94, [GC] 30 juillet 1998, § 66 ; *B et L c. Royaume-Uni*, § 34

[8] Voir notamment *Costa et Pavan c. Italie*, n° 54270/10, du 28 août 2012.

[9] *Schalk et Kopf*, précité, §§ 49 à 64

[10] *ibid.*, § 101

[11] *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, arrêt du 15 mars 2012, § 68 ; *Burden*, § 63 ; *Joanna Shackell c. Royaume-Uni (déc.)*, no 45851/99, 27 avril 2000 ; *Nylund c. Finlande (déc.)*, no 27110/95, CEDH 1999-VI, *Lindsay c. Royaume-Uni (déc.)*, no 11089/84, 11 novembre 1986 ; et *Şerife Yiğit c. Turquie [GC]*, no 3976/05, 2 novembre 2010 ;

[12] *Les articles L. 2141-1 et suivants du code de la santé publique ; Aux termes de l'article L. 2141-2 du même code, la PMA n'est autorisée en France que dans un but thérapeutique en vue de « remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué » ou « d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité ». La PMA est autorisée au profit d'un homme et d'une femme formant un couple, en âge de procréer, mariés ou justifiant d'une vie commune.*

[13] *Eweida et autres c. Royaume Uni*, 15 janvier 2013, no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

[14] *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, arrêt du 24 juillet 2003, § 37

[15] *Karner c. Autriche*, § 41 ;

[16] *Gas et Dubois c. France*, n° 25951/07, arrêt du 15 mars 2012, § 58 ;

[17] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni, [GC]*, no 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, § 98.

[18] *Christine Goodwin c. Royaume-Uni, [GC]*, § 100.