

Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants

(Cour EDH 3e sect. *Fretté c/France*, 26 févr. 2002)

Jean-Pierre Marguénaud, Professeur de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Limoges ; Membre de l'observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (Limoges)

La Cour européenne des droits de l'homme vient de rendre, le 26 février 2002, un arrêt très attendu dont la solution confortera la France profonde dans son conformisme béat tout en plongeant le commentateur débonnaire dans un océan de perplexité. Elle a en effet estimé que le rejet, par l'arrêt *Fretté* rendu par le Conseil d'Etat le 9 octobre 1996 (D. 1997.117, note Ph. Malaurie, RTD civ. 1997.409, note J. Hauser), de la demande d'agrément aux fins d'adoption présentée par un requérant qui avait courageusement déclaré son homosexualité au cours des enquêtes, était fondé sur le critère déterminant, quoiqu'implicite, de son orientation sexuelle, mais que cette différence de traitement n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention car elle avait une justification objective et raisonnable. Les éléments de cette justification tiennent à l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes, aux profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales mais d'abord et surtout à la division de la communauté scientifique sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels. Pour tirer de cette incertitude des scientifiques - au rang desquels sont peut-être un peu généreusement promus les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues - la conclusion suivant laquelle les autorités peuvent légitimement et raisonnablement considérer que le droit de pouvoir adopter résultant de l'article 343-1 du code civil trouve sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, la Cour aurait peut-être pu innover en faisant explicitement bénéficier les adoptés potentiels d'une application atypique du principe de précaution (cf. l'opinion séparée du juge Costa). Elle a préféré rester sur le terrain plus exploré de « la ... marge d'appréciation à laisser ici aux Etats », qui lui est si utile quand elle se résout à prendre des décisions ne brillant pas par leur courage. On relèvera d'ailleurs que, pour masquer son embarras, la Cour ne qualifie pas la marge d'appréciation de « certaine » ou de « large » comme elle le fait d'ordinaire (cf. rapp. très critique de P. Lambert, Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité, in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, dir. F. Sudre, Bruylant, 1998, p. 63) mais de « grande ». C'est peut-être une manière détournée de confesser que l'arrêt *Fretté* manque précisément de grandeur. Il semble bien en effet que, à s'en tenir aux seuls aspects techniques d'une question dont il ne faut pas se dissimuler l'ampleur à beaucoup d'autres points de vue, l'arrêt du 26 février 2002 mérite d'être rangé parmi les petits arrêts de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme.

On doit déjà remarquer que la décision suivant laquelle il n'y a pas eu de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 a été prise à la plus petite majorité de 4 voix contre 3. Sur le plan purement arithmétique, on doit surtout constater avec le plus vif étonnement que le juge français J.-P. Costa a rallié la majorité de cette majorité à une opinion partiellement concordante aboutissant à un constat de non-violation pour une raison autre que celle qui a été officiellement retenue. En définitive, le raisonnement de l'arrêt *Fretté* exprime donc « l'opinion majoritaire » d'un juge sur sept ! Au moins sur ce point, il sera difficile de contester le qualificatif de petit arrêt. Sur le fond, il s'agira d'essayer de convaincre que le terme est également approprié en démontrant les incohérences de l'arrêt. Pour y parvenir, il faut commencer par préciser les données originales du problème. Contrairement à ce qui était advenu dans l'affaire *Salguero Da Silva Mouta c/ Portugal* jugée le 21 décembre 1999 (cf. RTD civ. 2000.433) où l'attribution de l'autorité parentale avait été refusée à un père en raison de son homosexualité, il n'existait, en l'espèce, aucune vie familiale préalable et

l'applicabilité de l'article 8 était d'autant plus hypothétique que, comme en avait déjà décidé la Commission européenne des droits de l'homme notamment dans une affaire *Dallila Di Lazzaro c/ Italie* du 10 juillet 1997 (DR 90, p. 134), il ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter. L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait donc être envisagée qu'au seul titre du rôle dit autonome de l'article 14 résultant de sa combinaison avec un autre article de la Convention. On sait en effet que, en vertu de cette technique interprétative mise en oeuvre dans de nombreux arrêts au premier rang desquels on peut placer l'arrêt *Burghartz c/ Suisse* du 22 février 1994 relatif au nom, le principe de non-discrimination permet d'étendre la protection de la Convention européenne des droits de l'homme à des hypothèses qui n'avaient pas été spécialement retenues dans la mesure où la différence de traitement affecte un droit qui, sans avoir été consacré en lui-même, peut néanmoins être placé sous le parrainage d'un des articles de la Convention. L'existence d'une discrimination permet donc à l'article 14 de servir de levier pour aider des droits qui se trouvaient à la périphérie d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme à se faufiler dans son champ d'application. La question revenait donc à se demander : d'abord si le droit d'obtenir un agrément aux fins d'adoption, qui n'est évidemment pas garanti par l'article 8, pouvait être rattaché à un des droits consacrés par ce texte en raison du contexte discriminatoire présidant à sa mise en oeuvre ; ensuite si l'article 14 ainsi combiné avec l'article 8 avait été ou non violé. Dès lors, trois séries de réponses étaient théoriquement concevables. La première conduisait à dénier toute applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 et à conclure qu'il n'y avait, par conséquent, aucune prise à la condamnation d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle que l'on pouvait, par ailleurs, estimer choquante. Telle a été l'opinion du juge Costa et de ses deux adeptes. La seconde consistait à admettre l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 et à conclure qu'il avait été violé car la différence de traitement frappant les homosexuels manque de justification objective et raisonnable. C'est à ce point de vue que se sont rangés les trois juges dissidents Bratza, Fuhrmann et Tulkens. La troisième aboutissait à admettre l'applicabilité des deux articles combinés puis à juger qu'ils n'avaient pas été violés car la différence était justifiée. C'est l'idée qui a prévalu et qui était pourtant la seule à manquer de cohérence. On pouvait parfaitement soutenir, comme l'a fait le juge Costa, que, en attendant l'hypothétique entrée en vigueur du protocole n° 12 étendant l'application du principe de non-discrimination même aux droits et libertés qui ne sont pas garantis par la Convention, que l'article 14 utilisé dans son rôle autonome n'est pas suffisamment puissant pour attirer dans l'orbite de l'article 8 le droit découlant de l'article 343-1 du code civil. Il est vrai, en effet, que cet article se borne à prévoir que l'adoption peut être demandée et que la possibilité de demander quelque chose ne fonde pas un droit de l'obtenir. On pourrait d'ailleurs renforcer cet argument en faisant observer qu'il s'agissait seulement en l'occurrence d'obtenir l'agrément exigé par l'article 63 du code de la famille et de l'aide sociale pour pouvoir demander l'adoption de pupilles de l'Etat et d'enfants étrangers. Cette double distance entre la demande formulée et le droit d'adopter était sans doute suffisante pour fonder un refus de condamnation de la France. A tout le moins, elle aurait dû appeler un raisonnement implacable pour justifier un arrimage à l'article 8. Or, la Cour se borne à affirmer que le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention sans même préciser si c'est au titre de la vie privée, de la vie familiale ou de la vie privée et familiale. De ce point de vue, on ne peut que regretter l'insigne faiblesse de l'arrêt *Fretté* par rapport à ses prédécesseurs qui avaient déjà fait jouer à l'article 14 son rôle autonome pour étendre le champ d'application de l'article 8. Ainsi l'arrêt *Burghartz* avait-il pris soin de relever que, en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins sa vie privée et familiale. Quant à l'arrêt *Petrovic c/ Autriche* du 27 mars 1998, il avait rigoureusement affirmé que le versement de l'allocation de congé parental vise à favoriser la vie familiale et a nécessairement une incidence sur son organisation. Il eût donc été beaucoup plus satisfaisant d'affirmer, comme l'ont fait les juges dissidents, que la situation litigieuse entraine en l'occurrence dans le champ d'application ou sous l'empire de l'article 8 parce que le concept de vie privée au sens de cette disposition comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables. Jusque là, il s'agit d'une faiblesse du raisonnement mais pas encore d'incohérence, laquelle apparaît seulement lorsque, après avoir sommairement admis l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8, la Cour estime qu'il n'a pas été violé.

Il est en effet difficile, sinon impossible, de concilier la solution de l'arrêt *Fretté* avec les principes dégagés par la Cour dans ses courageuses décisions de 1999 relatives à la vie privée de militaires britanniques révoqués en raison de leur orientation sexuelle (arrêt *Smith et Grady* ; arrêt *Lustig-Prean et Beckett* du 27 sept. 1999, RTD civ. 1999.917) et au refus d'attribuer l'autorité parentale à un père parce qu'il vivait avec un autre homme (arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta*, préc.). Comme l'avait reconnu le requérant lui-même, dans la mesure où ses qualités humaines et éducatrices avaient été plusieurs fois soulignées, le seul risque indiscutable inhérent à un éventuel succès de sa démarche tenait à ce que l'enfant aurait souffert à court terme d'une stigmatisation due aux préjugés homophobes des tiers envers leur père adoptif. Quelle que soit la pertinence des explications scientifiques avancées, il ne faut sans doute pas oublier que, en la matière, le problème principal n'est pas celui de l'aptitude des homosexuels à aimer et à éduquer un enfant, ni celui de l'absence de référence paternelle ou maternelle - car alors le droit reconnu à toute personne, même hétérosexuelle, âgée de plus de 28 ans consacré par l'article 343-1 du code civil devrait être aussi rudement critiqué - : c'est encore et toujours celui des lazzis et des quolibets dont parlait Charles Aznavour dans son admirable chanson qui en dit peut-être plus en 4 minutes que le nombre restreint d'études scientifiques réalisées à ce jour que déplore ici la Cour de Strasbourg. Or, dans les affaires britanniques où des militaires homosexuels, exemplaires dans leurs conduites, leurs capacités physiques et morales et leurs états de service, avaient néanmoins fait l'objet d'une révocation administrative parce que leur orientation sexuelle, révélée par une enquête, se heurtait aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels, la Cour avait dignement et clairement proclamé que, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les expriment, ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle qu'elle « ne saurait considérer en soi comme une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits ... des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes » (§ 90 de l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett*, § 97 de l'arrêt *Smith et Grady*). Il est au moins regrettable que cette forte affirmation, à laquelle se référait M. Fretté qui contestait que les préjugés des tiers puissent leur conférer un droit de veto entraînant l'exclusion de l'adoption, n'ait pas été intégrée au raisonnement de la Cour. Peut-être le risque d'une flagrante contradiction explique-t-il ce silence pesant. On peut d'ailleurs relever une autre difficulté de conciliation de l'arrêt *Fretté* avec ce qui avait été précédemment jugé quand on se souvient que, dans l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta*, la Cour européenne des droits de l'homme avait énoncé qu'« on ne saurait tolérer d'après la Convention » une « distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle » (§ 36). L'affirmation était si énergique qu'elle pouvait autoriser à conclure qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne pourrait jamais plus avoir de justification objective et raisonnable même en présence d'un « besoin social impérieux » ou « de raisons particulièrement graves » dont les arrêts britanniques du 27 septembre 1999 admettaient explicitement la pertinence. En l'occurrence, la Cour juge non seulement tolérable une discrimination qu'elle avait déjà annoncé ne plus pouvoir tolérer, mais elle ne se donne même pas la peine de vérifier si elle est justifiée par des raisons particulièrement graves ou si elle répond à un besoin social impérieux. Il est vrai que ce changement d'attitude à l'égard des homosexuels semble pouvoir s'expliquer par la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au nom duquel on peut être tenté de justifier toutes les ingérences dans les droits garantis par la Convention. Or, même sur ce terrain particulièrement propice, le raisonnement de l'arrêt *Fretté* n'est pas convaincant.

Il n'est pas question bien sûr de lui reprocher d'attacher une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, comme elle le fait depuis un arrêt *Johansen c/ Norvège* du 7 août 1996 (cf. RTD civ. 1997.541) alors pourtant que la Convention européenne des droits de l'homme, à la différence de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (art. 3 § 1) ou de la future charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 24), n'y fait guère qu'une référence indirecte au titre de l'égalité entre époux (art. 5 du protocole n° 7). Il faut néanmoins faire observer que, dans l'affaire *Salgueiro Da Silva Mouta*, la discrimination fondée sur l'homosexualité a été condamnée alors que l'intérêt d'un enfant était pourtant en jeu. Il faut surtout remarquer, à la suite du requérant, que, en l'occurrence, il ne s'agissait pas de l'intérêt d'un enfant spécifique mais de l'intérêt de tous les enfants au monde pouvant avoir besoin de parents adoptifs. D'ailleurs, la Cour ne justifie pas sa solution

en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant mais en considération de ce que le droit de pouvoir adopter trouve sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés. Or ce passage du singulier au pluriel est lourd de sens. Il signifie qu'il faut faire peser sur tous les homosexuels une présomption irréfragable selon laquelle ils ne peuvent jamais présenter les garanties suffisantes pour s'occuper d'un enfant quel qu'il soit. Il signifie aussi qu'il vaut toujours mieux, pour un enfant, continuer à croupir au fond du plus sordide orphelinat de misère de l'Europe de l'Est, que d'être adopté par un homosexuel dont les qualités humaines et éducatives sont unanimement reconnues. Il est vrai que l'intérêt d'un enfant donné à être adopté par un homosexuel donné peut appeler une appréciation particulièrement exigeante et réfléchie, mais on ne peut pas pour autant admettre une solution générale et abstraite aussi brutale et, osons le dire, aussi caricaturale, que celle énoncée par l'arrêt *Fretté*. Cet arrêt, établissant en outre une discrimination navrante entre les homosexuels qui, comme le requérant, avouent courageusement leur orientation sexuelle au cours de l'enquête préalable à la décision sur l'agrément aux fins d'adoption et ceux qui la taisent, n'est donc pas le grand arrêt qui était nécessaire pour apporter une réponse équilibrée à la question de l'homoparentalité (sur l'ensemble de la question on pourra consulter utilement le beau mémoire de DEA de Stéphanie Duverger, *L'homoparentalité*, Limoges, 2001). Avec les juges dissidents Bratza, Fuhramn et Tulkens, qui lui reprochent aussi une référence hors de propos à l'absence de « dénominateur commun » dans les pays membres du Conseil de l'Europe, on peut même conclure qu'il est de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux. Il faut donc souhaiter que la solution d'un aussi petit arrêt soit le plus vite possible examinée ou réexaminée, dans cette affaire ou dans une autre, par une Grande chambre ; laquelle devrait sans doute choisir entre la logique d'inapplicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8 prônée par le juge Costa ou la logique discriminatoire, fermement soutenue par les 3 juges dissidents.

Nota bene. Le lecteur doit aussi savoir que, dans l'affaire *Fretté*, la France a quand même été condamnée. En effet, après avoir rendu un hommage appuyé aux conclusions pondérées et circonstanciées du commissaire du gouvernement, Mme Christine Maugué, la Cour a considéré que l'impossibilité d'en prendre connaissance faute d'avoir été informé de la date de l'audience dans laquelle se trouvait, avant le 1er janvier 2001, le requérant qui, comme M. Fretté, n'avait pas constitué d'avocat pour présenter sa cause devant le Conseil d'Etat, constituait une atteinte au principe de l'égalité des armes consacré par l'article 6 § 1.

Mots clés :

ADOPTION * Agrément * Homosexuel * Convention européenne des droits de l'homme
DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Vie familiale * Adoption * Homosexuel