

UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

*Droit Civil*  
*1ère année de droit*

(Licence 1, Semestre 2, Groupe A)

– *Documents de travaux dirigés* –

**Daniel Mainguy**, *Professeur à la  
faculté de droit de Montpellier*

**Alice Turinetti**  
**Alain Terral**  
**Marion Paud**  
**Alice Roques**

– **2015-2016** –

Droit civil – première année – Pr. D. Mainguy  
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

<p style="text-align: center;"><b>SÉANCE 6</b> <b>LA PERSONNE MORALE</b></p>
--

**SOMMAIRE :**

- Soc., 17 avril 1991, n°89-17.993, 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 septembre 2008, n°06-22.038
- Com., 23 mai 2006, n°03-15.486
- Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954
- Com., 15 avril 2008, n°07-12.487
- R. LIBCHABER, Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain (art. 44, L. 15 mai 2001 ; Rép. min. n° 1074, du 29 juill. 2002, JOAN 21 oct. 2002, p. 3759), RTD Civ. 2003, p.166.

**TRAVAIL À EFFECTUER :**

- **Lecture des documents**
- **Analyse de tous les arrêts**
- **Commentaire de l'arrêt : Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janvier 1954**

**Document 1 : Soc., 17 avril 1991, n°89-17.993, 89-43.767, 89-43.768, 89-43.769, 89-43.770**

La Cour,

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 236-1 et suivants du Code du travail ;

Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ; Attendu qu'à la suite d'un accident mortel du travail survenu à la société Solmer, devenue depuis la société Sollac, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) de l'entreprise s'est réuni pour désigner un expert en application de l'article L. 236-9 du Code du travail ; qu'un accord n'ayant pu être réalisé avec l'employeur sur le nom de cet expert, la société a assigné devant le tribunal de grande instance statuant en référé tous les membres du CHSCT afin qu'un expert soit contradictoirement désigné ;

Attendu que pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de cette action soulevée par les défendeurs l'arrêt attaqué, après avoir retenu que le CHSCT n'était pas doté de la personnalité civile a estimé que la société n'avait pas à assigner cet organisme " en la personne de son représentant " et que son action dirigée contre les membres du CHSCT était parfaitement régulière ;

Qu'en statuant ainsi alors que les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par les articles L. 236-1 et suivants du Code du travail ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail et sont dotés, dans ce but, d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 mars 1989, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier.

**Document 2 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 septembre 2008, n°06-22.038**

La Cour,

Donne acte à l'Association française contre les myopathies du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. X..., ès qualités ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 31 du code de procédure civile et 1 de la loi du 1er juillet 1901 ;

Attendu que l'association Le Saint-Nicolas accueil gère un établissement recevant des malades atteints de myopathie ; qu'en raison de graves dysfonctionnements ayant préjudicié à certains résidents, M. Y..., son ancien président, et M. Z..., son liquidateur judiciaire, ont été assignés en dommages-intérêts par l'Association française contre les myopathies, ci-après AFM ;

Attendu que pour écarter la demande, l'arrêt retient que les statuts de l'AFM ne prévoient nullement qu'elle aurait pour but ou pour moyen d'action d'ester en justice

pour la défense des intérêts des malades, et qu'en conséquence son action n'est pas recevable ;  
Qu'en statuant ainsi, alors que, même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;  
PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 octobre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties concernées dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

### **Document 3 : Com., 23 mai 2006, n°03-15.486**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... a cédé à la société en formation Provence Azur médical (la société PAM), représentée par ses trois associés M. Y..., M. Z... et Mme A..., épouse B... (Mme B...), un droit au bail, moyennant un certain prix ; que celui-ci n'ayant été payé que partiellement, les trois associés ainsi que la société ont été condamnés solidairement à payer à Mme X... une somme représentant une provision sur le solde demeuré impayé ; qu'après la mise en liquidation judiciaire de la société PAM, M. Z... a exécuté la condamnation, puis s'est retourné contre les autres associés ; que M. Y... et Mme B... ont été condamnés à lui rembourser un montant correspondant à leur part de la somme payée par lui ; que M. Y... a ensuite fait assigner Mme X..., ses co-associés et le liquidateur de la société PAM pour faire juger que les associés de la société n'étaient pas tenus au paiement du solde du prix de cession du droit au bail ;

Sur le premier moyen pris en sa première branche :

Vu les articles L. 210-6 du Code de commerce, 26, alinéa 3, du décret du 23 mars 1967 et 6 du décret du 3 juillet 1978 ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société ne reprenne les engagements souscrits ; qu'il résulte des deux autres textes que la reprise de tels engagements ne peut résulter que, soit, de la signature par les associés des statuts auxquels sont annexés un état des actes accomplis pour le compte de la société, d'un mandat donné par les associés avant l'immatriculation de la société, soit à l'un ou plusieurs des associés, ou au gérant non associé, et déterminant dans leur nature, ainsi que dans leurs modalités, les engagements à prendre, soit encore, après l'immatriculation, d'une décision prise à la majorité des associés ;

Attendu que pour dire que M. Y..., en sa qualité d'associé de la société PAM, ne peut être tenu au paiement des sommes réclamées par Mme X... au titre de l'exécution de l'acte du 17 janvier 1989, l'arrêt retient que l'acte a été passé dans l'intérêt exclusif de la société, que cet acte ayant été signé par l'ensemble des associés de la société PAM ceux-ci avaient accepté la prise en charge par leur société des obligations en résultant,

et que, dès lors, il était conforme aux finalités de l'article 26 du décret de 1967, un mandat donné par certains associés à d'autres n'étant en l'espèce d'aucun intérêt ;

Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ; Et sur le premier moyen pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 210-6 du Code de commerce, 26, alinéa 3, du décret du 23 mars 1967 et 6 du décret du 3 juillet 1978 ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société ne reprenne les engagements souscrits ; qu'il résulte des deux autres textes que la reprise de tels engagements ne peut résulter que, soit, de la signature par les associés des statuts auxquels sont annexés un état des actes accomplis pour le compte de la société, d'un mandat donné par les associés avant l'immatriculation de la société, soit à l'un ou plusieurs des associés, ou au gérant non associé, et déterminant dans leur nature, ainsi que dans leurs modalités, les engagements à prendre, soit encore, après l'immatriculation, d'une décision prise à la majorité des associés ;

Attendu que pour dire que M. Y..., en sa qualité d'associé de la société PAM ne peut être tenu au paiement des sommes réclamées par Mme X... au titre de l'exécution de l'acte du 17 janvier 1989, l'arrêt retient encore que par l'effet de son immatriculation au registre du commerce la société a repris les engagements souscrits pour son compte par l'ensemble des associés qu'elle a entrepris d'exécuter effectivement ;

Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ; PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 décembre 2002, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée;

#### **Document 4 : Civ., 28 janvier 1954 :**

La Cour ; - Sur le moyen unique pris en sa seconde branche :

- Vu les articles 1, 2 et 21 de l'ordonnance législative du 22 février 1945, 1er du décret du 2 novembre 1945 ;

- Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; que si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par la loi

elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice ;

- Attendu qu'après avoir, en son article 1er, institué des comités d'entreprises dans toutes les entreprises qu'elle énonce, l'ordonnance sus-visée dispose : « Le comité d'entreprise coopère avec la direction à l'amélioration des conditions collectives de travail et de vie du personnel, ainsi que des règlements qui s'y rapportent. Le comité d'entreprise assure ou contrôle la gestion de toutes les oeuvres sociales établies dans l'entreprise au bénéfice des salariés ou de leurs familles, ou participe à cette gestion... dans les conditions qui seront fixées par un décret pris en Conseil d'Etat. Ce décret déterminera notamment... les règles d'octroi et l'étendue de la personnalité civile des comités d'entreprise » ;

- Attendu que l'article 21 de la même ordonnance est ainsi conçu : « Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il sera créé des comités d'établissements dont la composition et le fonctionnement seront identiques à ceux des comités d'entreprise définis aux articles ci-dessus, qui auront les mêmes attributions que les comités d'entreprise dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements. Le comité central d'entreprise sera composé de délégués élus des comités d'établissements » ;

- Attendu que pour déclarer irrecevable l'action intentée contre le sieur Ray, en remboursement du prix d'un marché de vêtements prétendu non exécuté, par le comité d'établissement de Saint-Chamond de la Cie des Forges et Aciéries de la Marine et d'Homécourt, représenté par son président, le sieur Berthier, l'arrêt attaqué énonce qu'un groupement n'a la personnalité civile que si celle-ci lui a été expressément attribuée ; que le silence de la loi relativement aux comités d'établissements dans une matière où une disposition expresse est indispensable, ne peut s'interpréter que comme étant l'expression de la volonté de n'attribuer la personnalité civile qu'aux seuls comités d'entreprise, l'existence et le fonctionnement des comités d'établissements devant se confondre avec la personnalité des comités centraux d'entreprise, et les comités d'établissements ne pouvant contracter ou agir en justice que par l'intermédiaire de ces derniers ;

- Mais attendu que, d'après l'article 21 précité, la composition et le fonctionnement des comités d'établissements sont identiques à ceux des comités d'entreprise et ont les mêmes attributions que ces derniers dans les limites des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements ;

- Et attendu que si les dispositions de l'article 1er du décret du 2 novembre 1945, prises en application de l'article 2, alinéa 2, de l'ordonnance législative, ne visent expressément que les comités d'entreprise, elles impliquent nécessairement reconnaissance de la personnalité civile des comités d'établissements, celle-ci n'étant pas moins indispensable à l'exercice d'attributions et à la réalisation de buts identiques, dans le champ d'action qui leur est dévolu par ladite ordonnance elle-même ;

- D'où il suit qu'en déclarant, pour les motifs qu'elle a admis, l'action dudit comité d'établissement irrecevable, la cour d'appel a faussement appliqué et par suite violé les articles invoqués au moyen ;

- Par ces motifs, casse et annule...

**Document 5 :Com., 15 avril 2008, n°07-12.487 :**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 25 octobre 2006), que la copropriété du navire Le Ponant, agissant par la société La Compagnie des Iles du Ponant, a commandé la construction d'un navire, dont une partie du gréement a été fournie par la société Lewmar Sud Europe et dont les voiles ont été réalisées par la société Voiles Gateff ; que des désordres étant apparus, la copropriété du navire Le Ponant et la société La Compagnie des Iles du Ponant ont fait assigner en indemnisation la société Lewmar Sud Europe et son assureur, la société Zurich international France, ainsi que la société Voiles Gateff ;

Sur les premier et deuxième moyens, réunis :

Attendu que la société Voiles Gateff fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli l'appel formé par la copropriété du navire Le Ponant, d'avoir infirmé le jugement du 18 janvier 2002 et de l'avoir condamnée à payer à la copropriété du navire Le Ponant et à la société La Compagnie des Iles du Ponant la somme de 475 771,41 euros, alors, selon le moyen : 1°/ que les règles gouvernant l'exercice des voies de recours, qui touchent à l'organisation judiciaire, sont d'ordre public ; qu'elles doivent être relevées d'office ; qu'en accueillant l'appel en tant qu'il émanait de la copropriété du navire Le Ponant quand la copropriété d'un navire est dépourvue de personnalité morale, et donc de capacité d'ester en justice, les juges du fond, qui devaient relever d'office la nullité de l'acte d'appel, ont violé les articles 117 et 120, 900 et 901 du code de procédure civile, ensemble les articles 11 à 30 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 ;

2°/ que, en tout cas, faudrait-il faire abstraction des règles régissant l'exercice des voies de recours, de toute façon, la nullité d'un acte pour défaut de capacité d'ester en justice de son auteur touche à l'ordre public et doit être relevée d'office ; qu'en accueillant l'appel de la copropriété du navire Le Ponant quand ils devaient relever d'office la nullité de l'acte d'appel, les juges du fond ont violé les articles 117 et 120, 900 et 901 du code de procédure civile, ensemble les articles 11 à 30 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 ;

3°/ que, en tout état de cause, l'assignation, en tant qu'elle émanait de la copropriété du navire Le Ponant, était nulle, faute de capacité d'ester en justice de son auteur, et cette nullité devait être relevée d'office ; qu'en faisant droit à la demande quand la nullité de l'assignation devait être relevée d'office, les juges du fond ont en tout état de cause violé les articles 55, 56, 117 et 120 du code de procédure civile, ensemble les articles 11 à 30 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 ;

4°/ que lorsque deux parties sollicitent une condamnation sans distinguer leur préjudice respectif, sauf à répartir ultérieurement entre elles l'indemnité allouée, la nullité des actes de procédure, qu'il s'agisse de l'acte d'appel ou de la demande originaire, fait nécessairement obstacle à une condamnation au profit des parties dans les conditions sus relatées ; d'où il suit que la cassation à intervenir sur le premier moyen ne peut manquer d'entraîner par voie de conséquence, et en application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt en tant qu'il a prononcé une condamnation au profit de la société La Compagnie des Iles du Ponant;

Mais attendu que la copropriété instituée pour l'exploitation des navires par le chapitre IV de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967 dispose de la personnalité morale lui donnant la capacité d'ester en justice ; que le moyen n'est pas fondé ;

(...)

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

**Document 6 : R. LIBCHABER, Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain, RTD Civ. 2003 p. 166 (art. 44, L. 15 mai 2001 ; Rép. min. n° 1074, du 29 juillet 2002, JOAN 21 oct. 2002, p. 3759)**

La théorie de la réalité et celle de la fiction auraient-elles cessé de se combattre ? Depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, sur les brisées de la doctrine allemande, les auteurs français se sont affrontés autour de la source de la personnalité morale : les uns considéraient qu'elle n'était qu'une créature de la loi, tandis que les autres estimaient qu'elle naissait d'un forçage que sa réalité imposait au système juridique. En conséquence de cette réalité, la personne morale devait être considérée comme un sujet de droit distinct des personnes qui le composent, mais de même nature que la personne physique et titulaire des mêmes droits et obligations (P. Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Mélanges G. Ripert, p. 139). Cette querelle entre fiction et réalité ne se limitait évidemment pas à son apparente technicité : les arrêts qui ont excité l'ardeur des auteurs n'ont été que le prétexte à une discussion essentielle, à un questionnement d'ordre philosophique sur les fondements du droit privé, et la place que l'homme et les personnes construites à son image devaient y occuper. On ne saurait dire si ces questions de fond demeurent d'actualité ; mais il est évident que la querelle ne l'est plus. Certes, les auteurs persistent aujourd'hui encore à en rappeler l'écho dans les présentations générales de la personnalité ; mais il ne s'agit que d'une révérence au passé, quand ils ne baissent pas tout simplement les bras devant son archaïsme (J.-P. Gridel, La personne morale en droit français, RID comp. 1990.495). La querelle de la personnalité morale s'est épuisée, et l'on trouve la meilleure preuve de cette démobilisation des énergies dans les réactions à une loi récente.

La loi du 4 janvier 1978 avait considéré que « les sociétés autres que les sociétés en participation ... jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation » (art. 1842 c. civ.) ; mais dans son régime transitoire, elle avait admis une dérogation en faveur des sociétés déjà créées mais non immatriculées, qui pourraient conserver la personnalité dont elles avaient jusque là joui (art. 4, al. 4, L. 1978). Cette dérogation a été supprimée par l'article 44 de la loi NRE du 15 mai 2001, aux termes duquel « le quatrième alinéa de l'article 4 de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 ... est abrogé le premier jour du dix-huitième mois suivant la publication de la présente loi. Les sociétés civiles procèdent, avant cette date, à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ». Ces sociétés rejoignant le giron du droit commun, il restait à déterminer le sort de celles qui n'auraient pas procédé à l'immatriculation le 1<sup>er</sup> novembre 2002. C'est sur cette question qu'un débat devait s'organiser : après une première vague d'écrits partisans de la dissolution, une seconde vint prôner la requalification de la société civile en simple participation - société valable, encore que dépourvue de



personnalité (sans souci d'exhaustivité, V., en faveur de la dissolution, G. Daublou et E. Frémeaux, Les nouvelles régulations économiques : dispositions intéressant le notariat, Defrénois, 2001.805, spéc. n° 21, p. 817 ; B. Saintourens, Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques, Defrénois, 2001.1465, et spéc. n° 18, p. 1474. En faveur de la requalification : G. Baranger, L'immatriculation des sociétés civiles anciennes, Defrénois, 2002.158 ; Fl. Deboissy et G. Wicker, Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1er novembre 2002, JCP 2002.éd.N. n° 1548, p. 1379). Il n'entre évidemment pas dans nos intentions d'intervenir dans une discussion qui n'est déjà plus d'actualité, d'autant qu'une réponse ministérielle du 21 octobre 2002 est venue conforter le point de vue des partisans de la requalification. C'est aux tribunaux qu'il appartient à présent de prendre part au débat, sans que l'on ait de doutes sérieux quant à la position qu'ils adopteront : depuis la dernière guerre, l'évolution du droit des sociétés s'est traduite par une montée en puissance de la considération de l'entreprise, et une diminution corrélative des effets du contrat de société - de plus en plus tenu pour une superstructure de l'entité économique, dont il se borne à organiser le fonctionnement. Il est donc probable que les tribunaux éviteront de soumettre l'entreprise à la société, en se refusant à prononcer une dissolution contre laquelle la rationalité économique s'insurge.

Néanmoins, à l'occasion de cette discussion sur les conséquences de la disparition de la personnalité morale, nul n'a songé à mobiliser les ressources de la théorie de la réalité. Bien sûr, l'objet du débat concernait les destinées de la société après que la loi lui aura retiré la personnalité. Mais ne pouvait-on interroger ce retrait lui-même ? Après tout, n'était-ce pas une certaine conscience de la réalité de la personnalité qui avait déjà fait reculer le législateur de 1978 ? Et une vingtaine d'années plus tard, ne pouvait-on invoquer une durée mieux éprouvée encore pour faire pièce à une mort civile, que toute l'activité de ces sociétés combat ? Force est de constater qu'aucun de ces arguments ne fut invoqué : partisans et adversaires de la réalité de la personnalité morale ont renoncé aux discussions fondamentales, pour limiter la controverse à des arguments de pure technique.

Est-il si sûr pour autant que nous en ayons fini de l'alternative entre réalité et fiction ? Les questions fondamentales ne s'éteignent pas par désuétude : s'il y a des raisons que la querelle se soit apaisée sur le terrain de la personnalité morale, quelques indices permettent de penser qu'elle resurgira symétriquement sur celui des personnes physiques (pour un recensement des lieux de la discussion à venir, V. J. Carbonnier, Etre ou ne pas être. Sur les traces du non-sujet de droit, Flexible droit, 10e éd. LGDJ, 2001, p. 231). La personnalité est un miroir où viennent se refléter les inquiétudes sur l'humanité des êtres : les bouleversements actuels de la biologie ne manqueront pas d'y surgir. Ce n'est que par une prise en considération paisible des enjeux de la notion de personne que la querelle pourra s'éteindre, peut-être.

Ce qui a constamment alimenté le débat sur la personnalité en passion, à tous les sens du terme, c'est l'espèce de blessure narcissique qu'il dissimulait : l'homme, pilier central et seul légitime du système du droit privé, pouvait être concurrencé par d'autres intervenants ; et ceux-ci ne se satisfaisaient pas même d'une existence concédée,

puisqu'ils prétendaient à une dignité égale et rivale de celle de l'être humain. D'où la polarité immédiate de la discussion, trop peu explicitée : autant la personnalité physique est par nature du côté de la réalité, autant celle des personnes morales ne peut relever que d'une fiction - en général d'origine légale. S'il y a eu querelle, c'est parce que ce point de départ s'est trouvé rapidement débordé par certaines décisions judiciaires, qui ne se sont pas contenté de reconnaître *praeter legem* l'existence de la personnalité (Req. 23 févr. 1891, S. 1892.1.73, note Ed. Meynial, pour les sociétés civiles). Franchissant le pas de l'innommé, elles ont été jusqu'à prendre position sur la nature même de la personnalité morale, par des attendus tardifs qui ont bien davantage synthétisé la théorie de la réalité qu'ils ne l'ont alimentée (V. obs. profondes de G. Lagarde, *Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ?*, Mélanges A. Jauffret, p. 429). La formule est bien connue, par laquelle la Cour de cassation a pu consacrer la pleine existence juridique de groupements dont la loi n'avait pas reconnu la personnalité : « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » (Civ. 2e, 28 janv. 1954, D. 1954. 217, note G. Levasseur, JCP 1954.II.7978, concl. Lemoine, à propos des comités d'établissement ; dans le même sens, pour les comités de groupe, Soc. 23 janv. 1990, JCP 1990.II.17755, note M. Névoit ; et pour les comités d'hygiène et de sécurité, Soc. 17 avr. 1991, JCP 1992.II.21856, note H. Blaise). D'où la théorie de la réalité, censée apporter la démonstration de ce que l'octroi de la personnalité provenait parfois d'un surgissement non voulu, non désiré peut-être, des forces du réel dans le droit. Le code civil lui-même ne s'y serait-il pas rallié, au moins par mégarde ? Pour revenir une dernière fois à notre point de départ, on observe que si la société civile doit être requalifiée en participation, l'article 1871 nous dit d'elle que : « elle n'est pas une personne morale ». Il faut donc que sa réalité soit bien établie, pour que certains groupements n'y soient pas admis.

Il reste qu'ainsi construite, la théorie de la réalité n'était pas promise à un grand avenir, tout simplement parce qu'il n'existe pas de personnalité morale de plein droit. Fût-ce en vertu d'une décision de justice, la personnalité n'existe qu'à raison d'une consécration ; et il importe finalement assez peu de savoir de qui elle émane. Du coup, les formules tranchées de la Cour et les postures un peu caricaturales des réalistes - souvent par trop anthropomorphiques -, ont abouti à disqualifier la théorie de la réalité. Qui ne voit aujourd'hui la part de fiction que comporte cette soi-disant théorie de la réalité ?, s'exclamait René David. Et il faut bien reconnaître que dès le milieu du siècle dernier, avant même la formulation de la Cour de cassation qui apportait une victoire posthume à la théorie de la réalité, celle-ci était déjà moribonde pour avoir été combattue dans toutes ses propositions, de sorte que « la tenace idée de la fiction reparait à nouveau dans notre droit » (P. Durand, eod. loc. n° 13, p. 158). Ce reflux de la réalité était largement explicable par le caractère excessif de la théorie qui la portait : la personnalité morale peut être nécessaire à la satisfaction d'intérêts multiples et respectables, sans que pour autant elle doive défier la personnalité des individus. Mais comme l'arbre cache parfois la forêt, l'abaissement de la théorie a eu pour contre-coup de priver de tout réalisme l'examen des phénomènes collectifs. Il a ainsi conduit le droit français à négliger un certain nombre de signes, où se lit pourtant une certaine conscience que des collections d'individus manifestent d'elles-mêmes. S'ils n'aboutissent pas à ressusciter la

théorie de la réalité, ces indices jettent du moins une lumière crue sur la part d'exactitude qu'elle recelait néanmoins - comme toute théorie combattue, et vaincue.

De ces manifestations, on peut proposer des illustrations variées. Il y a quelques années, divers organismes faisaient publiquement état de leurs sentiments de repentance en raison de comportements passés. Il n'y eut rien de surprenant à ce que des personnes manifestent la continuité d'un être moral effectif - l'Eglise ou la République française, assumant certaines responsabilités dans la déportation des Juifs par la voix de leur chef spirituel ou politique. Mais on pouvait être plus surpris de constater d'autres actes de contrition qui, par leur expression même, instituaient en acte une continuité morale a priori incertaine : déclaration de repentance personnelle émanant d'un groupe de trente évêques français, le 30 septembre 1997, qui n'avaient évidemment pas pris part aux faits ; déclaration d'excuse d'un syndicat de policiers au nom de l'ensemble des policiers, le 7 octobre 1997, alors que ce syndicat n'existait pas au temps de l'Occupation ; repentance de l'ensemble des médecins français exprimée par le Conseil de l'Ordre, le 11 octobre 1997, dont la déclaration prend la peine de préciser qu'il n'y a pas de continuité entre l'Ordre actuel et celui que l'Etat français avait alors institué. Chaque fois, une improbable continuité est pleinement vécue par les intéressés, qui dépasse l'hétérogénéité des hommes et des époques. Ce surgissement de la morale est peut-être l'origine même de la personnalité, dont ces manifestations constitueraient ainsi comme une essence épurée. On en trouve d'ailleurs d'autres de même type, qui traduisent la conscience vive d'une perpétuation dans le temps, assumée comme telle. Ainsi dans le cadre familial par exemple, où la notion de souvenir de famille crée entre les membres d'une famille une unité qui dépasse les liens du sang pour s'établir dans la conscience d'une appartenance commune (M. Reynaud-Chanon, *Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille*, D. 1987. 264). Les souvenirs de famille étant une sorte de propriété commune non indivise, ils ne sont appropriés par personne mais placés entre les mains d'un dépositaire, le parent le mieux à même de perpétuer le culte familial (Civ. 1re, 21 févr. 1978, D. 1978.505, note R. Lindon ; Req. 13 déc. 1937, S. 1938.1.84) ; indisponibles entre ses mains, il ne saurait en disposer sans l'assentiment de tous (Civ. 2e, 29 mars 1995, Bull. civ. II, n° 115, p. 65, JCP 1995.II. 22477, note S. Hovasse-Banget, RTD civ. 1996.420, obs. Fr. Zenati). C'est donc par une sorte de droit moral d'expression collective que les parents dispersés se rassemblent en une communauté - une famille, d'autant plus consciente d'elle-même qu'elle est unifiée par ses souvenirs.

Il y a ainsi des phénomènes collectifs où se constate la coagulation de personnes autour d'un principe fédérateur. En dehors de toute théorie instituée de la réalité, le droit français ne devrait-il pas s'y montrer sensible ? Si le réalisme conduit à répudier la théorie de la réalité, il incite aussi à prendre en considération d'autres phénomènes collectifs que ceux que la loi consacre.

Pour autant, la querelle de la réalité et de la fiction n'est pas morte : le terrain de la réalité des personnes morales déserté, elle pourrait renaître sur celui de la fictivité des personnes physiques. Il y aurait d'ailleurs une certaine nécessité dans cette symétrie : parce que la personnalité morale a été spontanément considérée comme l'effet d'une fiction, le réalisme s'est manifesté par la création de personnes non prévues ;

inversement, parce que la réalité des personnes physiques est considérée comme allant de soi, c'est dans le refus de les prendre en considération qu'une certaine fiction apparaît.

Qu'est-ce qui peut aujourd'hui nous inciter à évoquer la fiction de la personnalité physique ? En réalité, le doute n'est pas d'aujourd'hui : on aurait pu traquer ces indices de fiction dans le cadre même du code civil. Il véhiculait certes dès l'origine une conception neuve de la personnalité, conçue hors de toute réalité comme aptitude à la titularité de droits et d'obligations, dont les bienfaits abstraits se répandraient sur tous les hommes indépendamment de leur statut social. Parce qu'elle venait de naître - et presque par accident, de l'abolition des privilèges -, cette conception était trop intensément vécue pour pouvoir être explicitée dans une construction juridique. Cela explique que le code n'ait pas pris la peine d'attribuer spécialement la qualité de personne aux êtres humains, qu'il leur accordait par préterition : qu'ils soient Français ou étrangers, les individus étaient considérés comme des personnes, différant néanmoins par l'aptitude à jouir des droits civils. Présente sans avoir été attribuée, la personnalité pouvait curieusement être refusée : c'est dans ce refus que transparaît la première manifestation de fictivité, ou plus exactement d'artificialité, de la personnalité physique. On sait que l'esclavage avait été maintenu aux Antilles et en Louisiane où le fameux Code noir demeurait en usage (L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, texte commenté, PUF, 1987), de telle manière qu'il se trouvait encore des êtres humains qui n'étaient pas des personnes (pour les nuances qui s'imposent, V. J. Carbonnier, *L'esclavage sous le régime du code civil*, op. cit. p. 247). A cette exception anormale près, le code avait été désireux de ne pas manifester ouvertement l'existence d'artifices dans le champ des personnes physiques : si l'article 25 prévoyait l'existence d'une mort civile par laquelle « le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait », cette sanction ne consistait pas en un retrait de la personnalité mais plutôt en une incapacité presque absolue : le mort demeurait français, pouvait encore ester en justice et recevoir des aliments, et éventuellement recouvrer une capacité de principe (Jur. gén. Dalloz, v° Droit civil, n° 602 et s.). Telle fut du reste la limite aux manifestations de fictivité du droit civil : les incapacités de défiance, particulièrement renforcées dans certaines sanctions, tenaient lieu d'un retrait de la personnalité que l'on se refusait à prononcer (R. Houin, *Les incapacités*, RTD civ. 1947.383, et spéc. p. 395 et s.).

Cette artificialité de la personnalité physique est en train d'apparaître de façon plus conflictuelle qu'autrefois. Certes, la maxime *infans conceptus* remonte au droit romain, et a souvent été mobilisée par le droit des successions français (A. Lefebvre-Teillard, *Infans conceptus. Existence physique et existence juridique*, RHD 1994.499) ; mais elle se trouve tout particulièrement sous les feux de l'actualité depuis que la question de la nature juridique de l'embryon est devenue centrale - notamment sur le terrain pénal où l'embryon n'est pas considéré comme une personne à la vie de laquelle on puisse porter atteinte (Crim. 30 juin 1999, D. 1999.710, note D. Vigneau ; Ass. plén. 29 juin 2001, D. 2001.2917, note Y. Mayaud ; Crim. 25 juin 2002, D.2002.3099, note Pradel, D. 2003.Somm.243, obs. S. Mirabail). Or cette maxime traduit une évidente fiction au regard de la conception dominante de la personne, puisqu'elle anticipe la personnalité par rapport à l'individu futur, qui n'est encore que *pars viscerum matris*, du moins s'il est

in utero (sur cette question cruciale, V. C. Labrusse-Riou et Fl. Bellivier, Les droits de l'embryon et du fœtus en droit privé, RID comp. 2002. 579). Un artifice de même type est apparu à l'autre bout de la vie avec la nouvelle définition de la mort « naturelle », issue du décret du 2 décembre 1996 (art. R. 671-7-1 à 4 c. santé publ., commentés par Th. Revet, RTD civ. 1997.231 ; sur la mort en général, V. B. Beigner, J.-Cl. Civil, art. 16 à 16-12, fasc. 70 ; de façon plus polémique, M. Iacub, La construction de la mort en droit français, Enquêtes, n° 7, 1998.39). En retenant comme critère la fin de l'activité cérébrale plutôt que l'arrêt des fonctions vitales, cette nouvelle définition a anticipé la fin de la personnalité par rapport à la fin de la vie de l'individu - de manière à protéger ses organes in situ pour une meilleure réimplantation (pour les difficultés suscitées en général par les manipulations du décès, V. Civ. 1re, 7 janv. 1997, JCP 1997.II.22830, note B. Beigner, RTD civ. 1997.393, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 19 oct. 1999, Bull. civ. I, n° 283, p. 184, RTD civ. 2000.79, obs. J. Hauser). A nouveau, on constate que le développement des biotechnologies favorise une différenciation de l'être par rapport à la personnalité : c'est sur cette butée que la prétendue réalité des personnes physiques est en train de venir s'échouer. Et la seule certitude en la matière, c'est que nous n'avons pas encore tout vu : les perspectives ouvertes par la biologie laissent penser que l'attribution de la personnalité à tout être pourra un jour être considérée comme un problème - dans le cas du clonage humain, par exemple, ou du tri génétique des individus (pour un aperçu de ces difficultés, C. Labrusse-Riou, L'enjeu des qualifications : la survie juridique de la personne, Droits, n° 13, 1991, p. 19). Sans compter que les évolutions de la morale feront peut-être un jour recevoir la catégorie des « individus non paradigmatiques », c'est-à-dire les handicapés mentaux, notamment, dont le rattachement à l'humanité est d'ores et déjà questionné, par exemple par le Great ape project (sur celui-ci, V. R. Libchaber, Perspectives sur la situation juridique de l'animal, RTD civ. 2001.239).

La querelle de la réalité et de la fiction est ainsi susceptible de renaître - si elle n'est pas déjà engagée à propos de l'embryon (D. Fenouillet, J.-Cl. Civil, art. 16 à 16-12, fasc. 10, n° 75 et s.). Mais en renaissant, les positions nouvelles présenteront un effet de chiasme en regard de celles qui avaient influencé la controverse d'avant-hier. Il ne s'agira pas de se demander si la personnalité physique est du côté de la réalité, mais quelles conséquences auront pour elle les fictions et artifices susceptibles de l'affecter. Dans le débat déjà ouvert autour de la biologie et des biotechnologies, on peut être assuré d'un affrontement qui rappellera les accents de l'ancienne querelle, aujourd'hui apaisée.

A l'évidence, nous n'en avons pas fini avec les interrogations sur la personnalité. Mais un instant de recul nous convainc aisément de ce que, dans les querelles évoquées, la pensée des protagonistes tourne un peu à vide. D'abord, parce qu'il va de soi qu'en tant que concept juridique, la notion de personne ne peut être placée que dans la dépendance des exigences du système lui-même. S'il y a de la transcendance dans l'être humain, il n'y en a certainement pas dans la notion de personne, qui n'est qu'un point d'imputation de règles de droit. Et l'on aurait sans doute évité bien des débats et des blessures narcissiques si l'on s'était d'emblée avisé que la réalité sensible ne se transportait pas de plein droit dans l'ordre juridique : comme toutes les notions juridiques, celle de personne n'est qu'une construction asservie à des besoins. Le développement économique dû à la révolution industrielle a suscité la personnalité

morale pour des raisons d'échelle : il fallait que des créatures nouvelles puissent prendre en charge des patrimoines dépassant les capacités individuelles. Ces personnes nouvelles ne concurrençaient donc pas les individus, mais les relayaient dans une fonction qu'ils ne pouvaient assumer. La crispation autour de la réalité des personnes morales n'avait donc pas lieu d'être : la personnalité juridique est une construction - et donc une abstraction-, dont les actualisations morale ou physique constituent des sous-catégories. Mais en aucun cas la personnalité physique n'incarne une quelconque essence de la personnalité. En témoigne le fait que dans certains ordres juridiques, on admet parfaitement que la notion de personne évacue totalement l'individu : ainsi de l'ordre international, qui ne connaît que des Etats et des organisations internationales.

Pour ces raisons, on plaiderait volontiers pour qu'une semblable querelle ne renaisse pas sur le terrain de la personne physique. Le droit n'est pas à l'abri des transformations du monde ; tout au contraire, il les subit de plein fouet. Aussi bien les révolutions successives de la biologie ne manquent-elles pas de le perturber : désacralisation de l'individu et du vivant pour le passé ; instrumentalisation pour l'avenir. Rien de surprenant à ce que la personnalité physique soit sommée de s'adapter à ces bouleversements pour jouer un rôle mieux adapté aux besoins nouveaux, plus en phase avec les données sociales. S'il y a des combats éthiques à mener, la notion de personne juridique ne sera certainement pas le bon terrain - contrairement à celle de personne humaine, dont la dignité peut devoir être préservée (M.-L. Pavia et Th. Revet, dir. La dignité de la personne humaine, Economica, 1999). A chaque époque ses incertitudes : nous ne devrions plus nous soucier de la personnalité

civile, vieille notion instrumentale au mystère aujourd'hui dissipé ; mais il nous appartient de préciser la place qui revient à la personne humaine dans les rapports juridiques, parce qu'elle est particulièrement défiée par la violence des apports de la biologie, mais aussi parce que sa tardive émergence au droit l'a dotée d'une fragilité native, celle-là même des concepts que le temps n'a pas encore éprouvés.

Le bilan de la querelle de la personnalité est maigre, sinon par la débauche de vaine énergie qu'elle a occasionnée. On peut même se demander s'il n'est pas tout simplement négatif, n'ayant abouti qu'à obscurcir la notion de personne sans jamais l'éclairer. En veut-on une preuve ? Quoi qu'on en pense par ailleurs, le développement des droits de l'homme aurait pu être le lieu de la plus intense prise en compte de la singularité humaine. Mais en les étendant sans autre forme de procès aux groupements (J.-Fr. Flauss, La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires, RJDA 1995, n° 6, p. 524), la Cour européenne des droits de l'homme a montré le cas qu'elle faisait de son objet spécifique. Et elle a même été applaudie pour cela ! La déduction qui s'impose est cinglante : un siècle de critique de la théorie de la réalité n'aura pas même abouti à faire comprendre qu'une personne morale était une personne civile, mais certainement pas un être humain. Parvenus à ce degré de confusion, comment les juristes pourraient-ils aujourd'hui prétendre en défendre la dignité ?

<b>SÉANCE 7</b> <b>L'UNION : PACS, CONCUBINAGE ET MARIAGE</b>
--

**SOMMAIRE :**

**1) Le PACS**

- Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, n°08-60.229
- Soc., 23 mai 2012, n°10-18.341
- CEDH, 21 juillet 2015, Oliari et autres c/ Italie, requêtes n° 18766/11 et 36030/11 – Communiqué de presse du Greffier de la Cour

**2) Le concubinage**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, n° 08-13.400
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 2006, n° 04-11.016
- Civ 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475
- Ch. Mixte, du 27 février 1970, 68-10.276

**3) Le mariage**

- Civ 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2003, n°01-144.668
- CEDH, 13 septembre 2005, B.L. c/. R.oyaume Uni
- Civ.1, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627
- Conseil Constitutionnel, décision n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011
- J. HAUSER : Empêchements au mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils... (Cour EDH, B. et L. c/ Royaume-Uni, 13 sept. 2005, supra p. 735, obs. J.-P.Marguénaud)
- Exposé des motifs du projet de loi mariage pour tous
- D. MAINGUY, Yes we can ? à propos du mariage des homosexuels, Droit d'inventaire, blog de Daniel MAINGUY, Janvier 2013
- L. AYNES, Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu, D. 2012, p. 2750
- F. ROME, Non non et non au mariage hétéro !, Recueil Dalloz 2013

**TRAVAIL À EFFECTUER :**

- **Lecture des documents**
- **Analyse de tous les arrêts**
- **Commentaire de l'arrêt** : Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, n°08-60.229

## I. LE PACS

---

### **Document 1 : Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 mars 2008, n°08-60.229 :**

La Cour,

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Corte, 27 février 2008) que

M. A..., agissant en qualité de tiers électeur, a saisi le tribunal d'une demande de radiation de M. X... de la liste électorale de la commune de Campana ;

Attendu que M. X... fait grief au jugement d'avoir ordonné sa radiation de la liste électorale de la commune de Campana, alors, selon les moyens, que le tribunal a violé l'article L. 11,2° du code électoral en ne tenant pas compte de la déclaration de pacte civil de solidarité conclu avec Mme B..., laquelle est contribuable sur la commune de Campana, dès lors que la qualité de conjoint doit être attribuée aux personnes liées par un pacte civil de solidarité comme à celles liées par mariage ;

Mais attendu que les conjoints étant, en l'état de la législation française, des personnes unies par les liens du mariage, les dispositions de l'article L. 11,2° du code électoral en faveur du conjoint ne s'étendent pas aux personnes vivant maritalement et ne peuvent être invoquées par le partenaire d'un pacte civil de solidarité ;

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

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur le premier moyen, qui n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi (...).

### **Document 2 : Soc., 23 mai 2012, n°10-18.341 :**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 30 mars 2010), que M. X..., employé depuis 1998 par le Crédit agricole mutuel de Charentes-Maritimes et des Deux-Sèvres (le Crédit agricole) a demandé à son employeur l'attribution de jours de congés et d'une prime accordés au personnel, en cas de mariage, par la convention collective nationale du Crédit agricole, à la suite de la conclusion, le 11 juillet 2007, d'un pacte civil de solidarité ; que par arrêt du 30 mars 2010, la cour d'appel de Poitiers a confirmé le jugement du conseil de prud'hommes qui l'avait débouté de cette demande ;

Attendu que M. X... fait notamment valoir, au soutien du pourvoi formé contre cette décision, que le refus de lui accorder ces avantages, en les réservant aux seuls salariés qui contractent mariage, constitue une discrimination liée à son orientation sexuelle, dès lors que les couples homosexuels n'ont pas le droit de se marier, et qu'en affirmant, pour écarter ses prétentions, que la différence de traitement entre les personnes mariées et les partenaires d'un pacte civil de solidarité, en matière d'avantages rémunérés pour événements familiaux ne résulte ni de leur situation de famille, ni de leur orientation sexuelle mais d'une différence de statut résultant de leur état civil, qui ne les place pas dans une situation identique, la cour d'appel a violé l'article L. 1132-1 du code du travail, les articles 1, 2 et 3 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000,



ainsi que l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'article L. 1132-1 du code du travail, dans sa rédaction applicable en la cause, prohibe les discriminations directes ou indirectes fondées notamment sur l'orientation sexuelle, en matière de rémunérations et de conditions de travail ;

Attendu que ce texte doit être appliqué et interprété d'une manière conforme à la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dont le délai de transposition a expiré le 2 décembre 2003, en ce qui concerne les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ;

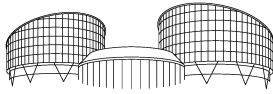
Attendu qu'aux termes de l'article 2 § 2, b, de cette directive, une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ;

Attendu qu'en l'état actuel du droit français, le mariage n'est pas ouvert aux personnes de même sexe qui peuvent seulement conclure un pacte civil de solidarité, sans que celui-ci leur soit toutefois réservé ; qu'il en résulte que ces personnes ne peuvent bénéficier d'avantages qui ne sont accordés qu'aux salariés contractant un mariage ; Attendu qu'une convention collective qui accorde des jours de congés et des primes aux seuls salariés contractant mariage prive de ces avantages les personnes de même sexe qui concluent un pacte civil de solidarité ; qu'il convient de vérifier si cette différence de traitement en rapport avec l'orientation sexuelle des salariés peut être objectivement justifiée par un objectif légitime tenant aux différences qui existent entre les salariés contractant un mariage et ceux qui concluent un pacte civil de solidarité ;

Attendu qu'il y a dès lors lieu de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne la question de savoir si l'article 2 § 2, b, de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 doit être interprété en ce sens que le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination indirecte résultant du fait qu'une convention collective, en réservant un avantage en matière de rémunération et de conditions de travail aux salariés contractant un mariage, exclut nécessairement du bénéfice de cet avantage les partenaires de même sexe ayant conclu un pacte civil de solidarité ;

PARCES MOTIFS :

RENVOIE à la Cour de justice de l'Union européenne la question de savoir si l'article 2 § 2, b, de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 doit être interprété en ce sens que le choix du législateur national de réserver la conclusion d'un mariage aux personnes de sexe différent peut constituer un objectif légitime, approprié et nécessaire justifiant la discrimination indirecte résultant du fait qu'une convention collective, en réservant un avantage en matière de rémunération et de conditions de travail aux salariés contractant un mariage, exclut nécessairement du bénéfice de cet avantage les partenaires de même sexe ayant conclu un pacte civil de solidarité.



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

Communiqué de presse  
du Greffier de la Cour

CEDH 254 (2015)  
21.07.2015

## L'Italie devrait introduire la possibilité pour les couples homosexuels d'obtenir une reconnaissance juridique

Dans son arrêt de chambre<sup>1</sup> rendu ce jour en l'affaire [Oliari et autres c. Italie](#) (requêtes n<sup>os</sup> 18766/11 et 36030/11), la Cour européenne des droits de l'homme dit à l'unanimité qu'il y a eu :

violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale).

L'affaire concerne le grief de trois couples homosexuels qui se plaignent que la législation italienne ne leur permette pas de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile.

La Cour juge – comme le montre la situation des requérants – que la protection que prévoit actuellement la loi italienne pour les couples homosexuels non seulement ne répond pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable, mais aussi qu'elle manque de fiabilité. Une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples homosexuels, tels ceux des requérants, de voir leur relation reconnue par la loi. La Cour souligne notamment qu'il existe au sein des États membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels puisque 24 des 47 États membres ont adopté une législation permettant pareille reconnaissance, et que la Cour constitutionnelle italienne a appelé à maintes reprises à garantir pareille protection et reconnaissance. En outre, selon des études récentes, la majorité de la population italienne est favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels.

### Principaux faits

Les requérants sont trois couples homosexuels : six hommes de nationalité italienne nés entre 1959 et 1976 et résidant en Italie.

En juillet 2008, M. Oliari et M. A., qui entretenaient une relation stable, demandèrent au bureau de l'état civil de la commune de Trente de publier les bans de leur mariage. Leur demande ayant été rejetée, ils contestèrent la décision correspondante devant le tribunal de Trente, arguant que la législation italienne n'interdisait pas expressément le mariage entre personnes de même sexe et que même si tel avait été le cas, pareille interdiction aurait été inconstitutionnelle. Le tribunal les débouta, observant qu'en vertu du code civil, l'une des conditions requises pour contracter un mariage était que les futurs époux soient de sexes opposés. Les requérants ayant interjeté appel de ce jugement, la cour d'appel renvoya devant la Cour constitutionnelle leurs griefs relatifs à l'inconstitutionnalité alléguée de la loi en vigueur. En avril 2010, la Cour constitutionnelle déclara le recours constitutionnel irrecevable, jugeant que le droit au mariage garanti par la Constitution italienne ne s'étendait pas aux unions homosexuelles et ne visait que le mariage au sens traditionnel du terme. Elle précisa que les couples homosexuels avaient le droit de voir reconnaître leur union, avec les droits et devoirs afférents, et qu'il appartenait au Parlement de légiférer en ce sens en fixant

1. Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention, cet arrêt de chambre n'est pas définitif. Dans un délai de trois mois à compter de la date de son prononcé, toute partie peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour. En pareil cas, un collège de cinq juges détermine si l'affaire mérite plus ample examen. Si tel est le cas, la Grande Chambre se saisira de l'affaire et rendra un arrêt définitif. Si la demande de renvoi est rejetée, l'arrêt de chambre deviendra définitif à la date de ce rejet.

Dès qu'un arrêt devient définitif, il est transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui en surveille l'exécution. Des renseignements supplémentaires sur le processus d'exécution sont consultables à l'adresse suivante : <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution>.

les limites appropriées. En conséquence, la cour d'appel rejeta le recours des requérants en septembre 2010.

En février 2011, M. Felicetti et M. Zappa, qui vivaient en couple depuis plus de cinq ans, demandèrent la publication des bans de leur mariage. En avril 2011, leur demande fut rejetée. Ils ne formèrent pas de recours contre cette décision, estimant qu'une telle démarche eût été vaine étant donné la décision rendue par la Cour constitutionnelle en avril 2010 dans l'affaire de M. Oliari et M. A.

En novembre 2009, M. Cippo et M. Zaccheo, qui vivaient eux aussi en couple depuis plusieurs années, demandèrent la publication des bans de leur mariage. Leur demande ayant été rejetée, ils contestèrent la décision correspondante devant le tribunal de Milan, qui les débouta en juin 2010. Ils ne contestèrent pas ce jugement, estimant qu'une telle démarche eût été vaine étant donné la décision rendue par la Cour constitutionnelle en avril 2010.

### Griefs, procédure et composition de la Cour

Tous les requérants se plaignaient que la législation italienne ne leur permette pas de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile, et d'être victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. Ils alléguaient une violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), pris seul et combiné avec l'article 14 (interdiction de la discrimination), ainsi que de l'article 12 (droit au mariage), pris seul et combiné avec l'article 14.

Les requêtes ont été introduites devant la Cour européenne des droits de l'homme le 21 mars 2011 et le 10 juin 2011 respectivement.

Les organisations suivantes ont été autorisées à intervenir en qualité de tierces parties en vertu de l'article 36 de la Convention : la FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'homme), le Centre AIRE (*Advice on Individual Rights in Europe*), ILGA-Europe (*European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*), ECSOL (*European Commission on Sexual Orientation Law*), UFTDU (*Unione forense per la tutela dei diritti umani*) et LIDU (*Lega Italiana dei Diritti dell'Uomo*) ont soumis conjointement des observations écrites ; l'*Associazione Radicale Certi Diritti* et le ECLJ (*European Centre for Law and Justice*) ont également soumis des observations écrites.

L'arrêt a été rendu par une chambre de sept juges composée de :

Päivi Hirvelä (Finlande), *présidente*,  
Guido Raimondi (Italie),  
Ledi Bianku (Albanie),  
Nona Tsotsoria (Géorgie),  
Paul Mahoney (Royaume-Uni),  
Faris Vehabović (Bosnie-Herzégovine),  
Yonko Grozev (Bulgarie),

ainsi que de Françoise Elens-Passos, *greffière de section*.

### Décision de la Cour

#### Article 8

La Cour a déjà jugé dans de précédentes affaires que la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8. Elle a également reconnu que les couples homosexuels se trouvent dans une situation comparable à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de

protection de leur relation<sup>2</sup>. Ce besoin a aussi été souligné dans des recommandations émises par l'Assemblée parlementaire et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, textes qui invitent les États membres à envisager d'offrir aux couples homosexuels une forme de reconnaissance juridique.

La Cour considère – comme le montre la situation des requérants – que la protection que prévoit actuellement la loi italienne pour les couples homosexuels non seulement ne répond pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable, mais aussi qu'elle manque de fiabilité. Lorsqu'existe la possibilité de faire enregistrer les unions homosexuelles auprès des autorités locales – c'est-à-dire seulement dans une faible proportion des municipalités italiennes – celle-ci ne revêt qu'une valeur symbolique et ne confère aucun droit aux couples homosexuels.

Il existe aussi depuis décembre 2013 la possibilité de contracter un « accord de cohabitation », mais pareil accord n'a qu'une portée limitée. Il n'assure pas certains besoins fondamentaux indispensables à la réglementation de la relation existant au sein d'un couple uni de manière stable, comme le soutien matériel mutuel, l'obligation alimentaire et les droits de succession. Le fait que l'accord de cohabitation soit ouvert à toute personne cohabitant avec une autre, comme des amis, des colocataires ou deux personnes dont l'une s'occupe de l'autre, montre que ce type d'accord n'est pas spécialement destiné à protéger les couples. En outre, un tel contrat exige que les personnes vivent sous le même toit, alors que la Cour a déjà admis que l'existence d'une union stable entre partenaires est indépendante de la cohabitation, étant donné que de nombreux couples – qu'ils soient mariés ou aient contracté un partenariat enregistré – connaissent des périodes au cours desquelles ils mènent leur relation tout en vivant éloignés, par exemple pour des raisons professionnelles.

En outre, le gouvernement italien n'a pas prouvé que les juridictions nationales pouvaient émettre une déclaration de reconnaissance d'un partenariat. Étant donné que la loi ne prévoit en termes explicites la reconnaissance d'un partenaire de même sexe que dans des circonstances très limitées, même les questions les plus simples qui se posent dans le cadre d'une relation doivent être réglées par les tribunaux. La Cour considère que la nécessité de s'adresser aux tribunaux de manière répétée pour de telles questions, sachant que le système judiciaire italien est surchargé, revient à entraver de manière importante les efforts accomplis par les requérants pour faire garantir le respect de leur vie privée et familiale.

Il s'ensuit qu'il existe un conflit entre la réalité de la vie sociale des requérants, qui vivent pour l'essentiel leur relation ouvertement en Italie, et la loi, qui ne leur accorde aucune reconnaissance officielle. La Cour estime que le respect par l'État italien de l'obligation de reconnaître et de protéger les unions homosexuelles ne ferait pas peser sur lui une charge particulière. En dehors du mariage, la possibilité de conclure une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples homosexuels tels que ceux des requérants de voir leur relation reconnue par la loi.

La Cour note qu'il existe au sein des États membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels, 24 des 47 États membres ayant adopté une législation permettant pareille reconnaissance.

Les plus hautes juridictions italiennes – en particulier la Cour constitutionnelle, dans son arrêt d'avril 2010 en l'affaire de M. Oliari et M. A. – ont insisté à maintes reprises sur la nécessité d'adopter une loi reconnaissant et protégeant les relations homosexuelles. Cela fait toutefois longtemps que le législateur italien néglige de tenir compte de ces avis. La Cour observe que ces appels émanant des juridictions italiennes trouvent par ailleurs un écho dans le sentiment de la majorité de la population italienne, qui, d'après des études récentes, est favorable à la reconnaissance juridique des couples

2. *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, CEDH 2010, et *Vallianatos et autres c. Grèce* [GC], n°s 29381/09 et 32684/09, CEDH 2013.

homosexuels. Le gouvernement italien ne nie pas qu'il faille protéger ces couples par une loi ; il ne plaide par ailleurs pas que l'intérêt général justifie le maintien du *statu quo*.

Constatant l'absence d'intérêt général à mettre en balance avec l'intérêt des requérants à voir leur relation reconnue juridiquement, la Cour conclut que l'Italie n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe de veiller à ce que les requérants disposent d'un cadre juridique spécifique apte à reconnaître et protéger leur union. Pour tirer une autre conclusion, il aurait fallu que la Cour renonce à tenir compte de l'évolution de la situation en Italie et à appliquer la Convention de manière pratique et effective.

Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

Eu égard à ce constat, la Cour juge qu'il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a aussi eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14.

Autres articles S'agissant du grief tiré de l'article 12 (droit au mariage), pris seul et combiné avec l'article 14, la Cour juge comme dans de précédentes affaires que l'article 12 n'impose pas aux États l'obligation de donner aux couples homosexuels, tels ceux des requérants, la possibilité de se marier. Elle estime que, en dépit de l'évolution progressive des États en la matière – il y a aujourd'hui onze États membres du Conseil de l'Europe qui reconnaissent le mariage homosexuel – les conclusions énoncées dans ces précédentes affaires demeurent pertinentes. Elle déclare dès lors irrecevable le grief tiré de l'article 12, pris seul et combiné avec l'article 14.

### Satisfaction équitable (article 41)

La Cour dit que l'Italie doit verser 5 000 euros (EUR) à chacun des requérants pour dommage moral, ainsi que 4 000 EUR conjointement à M. Oliari et M. A., et 10 000 EUR conjointement à M. Felicetti, M. Zappa, M. Cippo et M. Zaccheo pour frais et dépens.

### Opinion séparée

Le juge Mahoney a exprimé une opinion concordante, à laquelle les juges Tsotsoria et Vehabović se sont ralliés et dont le texte se trouve joint à l'arrêt.

*L'arrêt n'existe qu'en anglais.*

---

Rédigé par le greffe, le présent communiqué ne lie pas la Cour. Les décisions et arrêts rendus par la Cour, ainsi que des informations complémentaires au sujet de celle-ci, peuvent être obtenus sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Pour s'abonner aux communiqués de presse de la Cour, merci de s'inscrire ici : [www.echr.coe.int/RSS/fr](http://www.echr.coe.int/RSS/fr) ou de nous suivre sur Twitter [@ECHRpress](https://twitter.com/ECHRpress).

### Contacts pour la presse

[echrpress@echr.coe.int](mailto:echrpress@echr.coe.int) | tel: +33 3 90 21 42 08

Nina Salomon (tel: + 33 3 90 21 49 79)

Tracey Turner-Tretz (tel: + 33 3 88 41 35 30)

Céline Menu-Lange (tel: + 33 3 90 21 58 77)

Denis Lambert (tel: + 33 3 90 21 41 09)

La Cour européenne des droits de l'homme a été créée à Strasbourg par les États membres du Conseil de l'Europe en 1959 pour connaître des allégations de violation de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

## II. LE CONCUBINAGE

---

### **Document 4 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010 :**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant : Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu que M. X... et Mme Y... ont vécu en concubinage de 1997 à 2003 et ont eu ensemble un enfant né en 1998 ; que M. X... a réglé, en 1998, pour le compte de Mme Y..., la soulte de 31 110, 07 euros due par celle-ci à son ex-époux dans le cadre des opérations de liquidation de leur régime matrimonial lui attribuant le pavillon commun ainsi que le solde du crédit immobilier souscrit par sa compagne pour l'acquisition de cette maison d'un montant de 40 508, 40 euros et s'est porté caution solidaire d'un prêt de 15 245 euros contracté par Mme Y... afin de financer des travaux dans ce logement dont il a assuré le remboursement par des versements effectués sur un compte joint ; qu'après leur séparation, M. X... a assigné Mme Y... en paiement de la somme de 86 863, 47 euros sur le fondement de l'article 1371 du code civil ; que Mme Y... s'est opposée à cette demande et a sollicité, à titre subsidiaire, la condamnation de

M. X... à lui payer une indemnité d'occupation pour la période allant de 1997 à 2003 et la compensation des sommes réciproquement dues ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 6 juillet 2007) de l'avoir débouté de sa demande, alors, selon le moyen :

1° / qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les paiements effectués par M. X... pour le compte de Mme Y... d'un montant global de 71 618, 47 euros ont permis le règlement du solde du capital restant dû sur l'emprunt contracté par elle pour acquérir son logement et de la soulte due à l'ancien mari de la concubine dans le cadre des opérations de partage de leur régime matrimonial ; qu'en déboutant M. X... de sa demande de remboursement de cette somme, au motif inopérant et erroné que ces paiements " s'expliquent " par la relation de concubinage qu'il entretenait par Mme Y..., la cour d'appel a violé l'article 1371 du code civil et les principes gouvernant l'enrichissement sans cause ;

2° / qu'en estimant que les paiements effectués par M. X... en règlement du capital restant dû au titre de l'emprunt contracté par Mme Y... pour acquérir son logement et au titre du prêt souscrit pour financer des travaux sur ce logement, s'expliquaient par le fait qu'il était logé dans ce pavillon sans avoir à acquitter de loyer, sans rechercher, comme le lui demandait le concubin si cet hébergement n'était pas déjà la contrepartie de sa propre contribution aux charges de la vie commune dont il avait prouvé la réalité et l'importance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1371 du code civil et des principes gouvernant l'enrichissement sans cause ;

3° / qu'en estimant que le second paiement effectué par M. X... n'était pas en cause parce qu'il s'expliquait par le souci de dégager la mère de son enfant d'une dette envers son ancien mari et de lui permettre de bénéficier en toute sécurité d'un logement avec l'enfant né de leur union, sans caractériser en quoi ce " souci " constituait une cause

légitime de l'enrichissement de Mme Y...au regard des principes gouvernant l'enrichissement sans cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ces principes et de l'article 1371 du code civil ; Mais attendu qu'après avoir relevé que le paiement par M. X... du capital restant dû sur l'emprunt contracté par Mme Y...pour acquérir son pavillon ainsi que des échéances du prêt destiné à financer les travaux sur cet immeuble trouvait sa contrepartie dans l'hébergement gratuit dont il avait bénéficié chez sa compagne, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée, a souverainement estimé que M. X... avait réglé le montant de la soulte due par Mme Y...à son ex-mari et le solde de l'emprunt destiné à financer l'achat du pavillon, dans le but de dégager sa compagne d'une dette envers son ex-mari et de lui permettre de bénéficier en toute sécurité d'un logement avec l'enfant issu de leur union, faisant ainsi ressortir que le concubin avait agi dans une intention libérale et qu'il ne démontrait pas que ses paiements étaient dépourvus de cause ; que la décision est légalement justifiée ;

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

**Document 5 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 2006 , n° 04-11.016:**

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu que Mme X... et M. Y... se sont mariés le 13 octobre 1943 ; que quelques mois après leur divorce, intervenu au

Maroc en 1955, ils ont repris la vie commune ; que M. Y... a quitté le domicile le 9 août 1983 ;

Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Aix-en-Provence, 25 novembre 2003) de l'avoir déclaré responsable de la rupture et de l'avoir condamné à verser à Mme X... la somme de 100 000 euros à titre de dommages et intérêts, alors que, selon le moyen :

1 / en retenant que M. Y... aurait quitté Mme X... brusquement, alors que l'entourage ne s'y attendait nullement, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'attitude de Mme X... vis-à-vis de M. Y..., dans leurs relations personnelles et intimes, avait pu rendre intolérable le maintien de leur vie commune et provoquer une rupture, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil;

2 / en retenant que M. Y... aurait quitté Mme X... brusquement, en profitant de l'absence de celle-ci, sur la foi d'attestations établies par les filles de l'exposant en faveur de leur mère, sans préciser davantage le contenu de ces attestations, et sans permettre ainsi de s'assurer que leurs auteurs auraient personnellement assisté au départ de M. Y... et auraient pu en relater objectivement les conditions, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 202 du nouveau Code de procédure civile ;

3 / subsidiairement, la rupture d'un concubinage ne constituant pas, en elle-même, une faute, le préjudice qui résulte du seul fait de cette rupture n'est pas indemnisable ; que seul un préjudice en rapport direct avec des circonstances particulières, autres que le fait de la rupture, susceptibles de caractériser une faute, peut ouvrir droit à réparation ; qu'en évaluant le préjudice de Mme X... par rapport à la durée de vie commune des

parties et de leurs situations respectives après la rupture, quand un tel préjudice serait de toute façon résulté d'une rupture de concubinage même non fautive, et n'était donc pas directement lié aux fautes prétendument commises, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu que si la rupture du concubinage ne peut en principe donner lieu à l'allocation de dommages intérêts, il en est autrement lorsqu'il existe des circonstances de nature à établir une faute de son auteur ; que la cour d'appel relève, d'une part que

M. Y..., en dépit du jugement de divorce dont il s'est ensuite prévalu pour échapper à ses obligations, a continué à se comporter en mari tant à l'égard de son épouse que des tiers, d'autre part que son départ intervenu sans concertation, après quarante ans de vie commune, a été brutal ; que de ces constatations, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation et n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des attestations produites, a pu déduire que M. Y... avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité civile et souverainement fixer le montant des dommages-intérêts alloués à Mme X... ; d'où il suit que le moyen n'est fondé dans aucune de ses branches ;

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi (...).

### **Document 6 : Civ 1<sup>ère</sup>, 20 juin 2006, n° 05-17.475**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que Mme X... et M. Y... ont vécu en concubinage de 1984 à 2002 ; que de leur union sont nés deux enfants en 1990 et 1996 ; qu'ils ont signé le 1er septembre 1984 une convention de concubinage prévoyant que le concubin qui n'a pas d'emploi ou qui renonce à son emploi pour élever les enfants pourra exiger de l'autre une indemnité égale au moins à la moitié des revenus du travail de son concubin à condition que les enfants soient élevés à son foyer ; qu'après leur rupture, M. Y... a saisi le juge aux affaires familiales pour qu'il soit statué sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et le montant de sa contribution à l'entretien et l'éducation des enfants ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Montpellier, 7 septembre 2004) d'avoir déclaré nulle la convention de concubinage conclue le 1er septembre 1984 et d'avoir réduit à 760 euros la part contributive du père à l'entretien et à l'éducation de ses enfants, alors, selon le moyen, que les parents ont la faculté de saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants ; qu'une convention de concubinage ayant cet objet n'est pas contraire à l'ordre public ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 6 du code civil, ensemble l'article 373-2-7 du même code ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la convention signée par les concubins n'avait pas fixé le montant de la contribution à proportion des ressources de chacun des parents et des besoins des enfants mais à un montant forfaitaire, égal à la moitié des revenus du



concubin, susceptible d'une part de placer l'intéressé dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations à l'égard d'autres créanciers d'aliments, et, d'autre part, constituant par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle, la cour d'appel en a justement déduit que cette stipulation, contraire aux dispositions d'ordre public qui régissent l'obligation alimentaire, était nulle ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le second moyen, pris en sa seconde branche : Vu les articles 1315 et 373-2-5 du code civil ;

Attendu que pour débouter Mme X... de sa demande en paiement d'une contribution pour l'entretien et l'éducation des enfants pour la période allant du 1er janvier 2003 jusqu'au 15 juillet 2003, date de la décision du juge aux affaires familiales, l'arrêt énonce, par motifs adoptés, que celle-ci n'établit pas que M. Y... ne s'était pas acquitté de son obligation en réglant des dépenses engagées pour les besoins des enfants ou le loyer afférent au logement familial ;

Qu'en statuant, alors qu'il appartient au débiteur de l'obligation d'entretien de rapporter la preuve de sa libération, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté Mme X... de sa demande de contribution pour la période allant du 1er janvier 2003 au 15 juillet 2003, l'arrêt rendu le 7 septembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier, autrement composée ;

### **Document 7 : Ch. Mixte, du 27 février 1970, 68-10.276**

Cour de cassation, chambre mixte, du 27 février 1970, 68-10.276, publié au bulletin Sur le moyen unique :

Vu l'article 1382 du code civil;

Attendu que ce texte, ordonnant que l'auteur de tout fait ayant causé un dommage à autrui sera tenu de le réparer, n'exige pas, en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation; Attendu que l'arrêt attaqué, statuant sur la demande de la dame X... en réparation du préjudice résultant pour elle de la mort de son concubin paillette, tué dans un accident de la circulation dont Dangereux avait été jugé responsable, a infirmé le jugement de première instance qui avait fait droit à cette demande en retenant que ce concubinage offrait des garanties de stabilité et ne présentait pas de caractère délictueux, et a débouté ladite dame X... de son action au seul motif que le concubinage ne crée pas de droit entre les concubins ni à leur profit

vis-à-vis des tiers; qu'en subordonnant ainsi l'application de l'article 1382 à une condition qu'il ne contient pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé;

Par ces motifs :

Casse et annule l'arrêt rendu entre les parties par la cour d'appel de Paris, le 16 octobre 1967; remet, en conséquence, la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims, à ce désignée par délibération spéciale prise en la chambre du conseil.

### III. LE MARIAGE

---

#### **Document 8 : Civ 1<sup>ère</sup>, 17 juin 2003, n°01-144.668**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à Mme X... du désistement de son pourvoi en ce qu'il était dirigé contre la société Cofinoga ;

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que le 14 mars 1992, Mme X..., épouse séparée de biens de M. Y..., a contracté un prêt envers la société Cofinoga ;

qu'en octobre 1997 les époux se sont séparés de fait ; que, le 16 décembre 1998, cette société a obtenu à l'encontre de Mme X... une ordonnance d'injonction de payer le solde de ce crédit ; que Mme X..., soutenant que les dépenses étaient alimentaires et concernaient la famille, a formé opposition à cette ordonnance et a appelé en garantie M. Y...;

Attendu que Mme X... fait grief au jugement attaqué (tribunal d'instance de La Ciotat, 5 mai 2000), qui l'a condamnée à payer à la société Cofinoga le solde du crédit, de l'avoir déboutée de sa demande formée contre M. Y... pour qu'il la garantisse de cette condamnation alors, selon le moyen :

1 ) qu'en relevant, pour écarter l'application de l'article 220 du Code civil, qu'aucune clause du contrat de mariage ne mettait à la charge de l'un des époux le remboursement des dettes contractées par l'autre, le tribunal d'instance a violé ledit texte ;

2 ) que le codébiteur solidaire qui a payé dispose, contre l'autre codébiteur, d'un recours pour répéter contre lui sa part et portion ;

qu'en décidant le contraire, le tribunal d'instance a violé les articles 1213 et 1214 du Code civil;

Mais attendu, d'abord, que le tribunal d'instance n'a pu méconnaître l'article 220 du code civil qui se borne à énoncer une règle d'obligation solidaire des époux aux dettes ménagères et non de contribution contre eux ;

Attendu, ensuite, que la contribution des époux aux dettes ménagères étant réglée par l'article 214 du Code civil à proportion de leurs facultés respectives, le tribunal d'instance, devant lequel l'épouse ne soutenait pas que le contrat de mariage en avait disposé autrement, ni qu'elle avait contribué aux charges du mariage au-delà de ses facultés, n'avait pas à faire application des dispositions des articles 1213 et 1214 du Code civil;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; PAR CES

MOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

Condamne Mme X... aux dépens ;

### **Document 9: CEDH, 13 septembre 2005, B.L. c/. Royaume Uni :**

La Cour européenne des Droits de l'Homme a communiqué aujourd'hui par écrit son arrêt<sup>1</sup> dans l'affaire B. et L. c. Royaume-Uni (requête no 36536/02).

Elle dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 12 (droit au mariage) de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Au titre de l'article 41 (satisfaction équitable) de la Convention, elle alloue aux requérants 17 000 euros (EUR) pour frais et dépens. (L'arrêt n'existe qu'en anglais.)

#### **1 . Principaux faits**

Les requérants, B. et L., sont des ressortissants britanniques nés en 1947 et 1968 respectivement et domiciliés à Warrington.

Le premier requérant, B., épousa A. Ce mariage se termina par un divorce en 1987. B. et

A. eurent un fils, C. Par la suite, le premier requérant se remaria, puis divorça de nouveau en juillet 1997.

La deuxième requérante, L., épousa C., le fils que le premier requérant eut de son premier mariage. Le premier requérant est donc le beau-père de la deuxième requérante. Celle-ci et C. se séparèrent en 1995, et leur divorce fut prononcé en mai 1997. La deuxième requérante et C. eurent un fils, W., lequel est le petit-fils du premier requérant. En 1995, après que C. avait quitté le domicile conjugal, une relation se noua entre le premier requérant et la deuxième requérante. Ceux-ci cohabitent depuis 1996. W. vit avec eux et n'a que des contacts sporadiques avec son père, C. W. appelle maintenant le premier requérant « papa ». Les requérants envisagent d'adopter W., ce que leur permet la loi interne sur l'adoption.

En mai 2002, le premier requérant demanda par écrit au conservateur principal des actes de l'état civil de Warrington s'il pouvait épouser la deuxième requérante. Le

conservateur principal lui répondit que la législation interne pertinente ne leur permettait pas de se marier, sauf si A. et C. étaient tous deux décédés.

Les requérants sollicitèrent par la suite un avis juridique sur le point de savoir s'ils disposaient d'un recours contre la décision du conservateur principal, mais un conseil les informa qu'il n'en existait aucun, étant donné que la décision était fondée sur une loi adoptée par le parlement, à savoir la loi de 1949 sur le mariage dans sa version modifiée par la loi de 1986 sur le mariage (empêchement en cas de parenté ou d'alliance au degré prohibé).

## **2 . Procédure et composition de la Cour**

Déposée devant la Cour européenne des Droits de l'Homme le 30 septembre 2002, la requête a été déclarée recevable le 29 juin 2004.

L'arrêt a été rendu par une chambre de 7 juges ainsi composée :

Josep Casadevall (Andorran), président, Nicolas Bratza (Britannique), Giovanni Bonello (Maltais), Rait Maruste (Estonien), Stanislav Pavlovski (Moldave), Lech Garlicki (Polonais), Javier Borrego Borrego (Espagnol), juges, ainsi que de Michael O'Boyle, greffier de section.

## **3 . Résumé de l'arrêt**

Grief

Invoquant les articles 12 (droit au mariage) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention européenne des Droits de l'Homme, les requérants se plaignaient d'avoir été empêchés de se marier l'un avec l'autre.

## **Décision de la Cour**

Article 12

La Cour européenne des Droits de l'Homme note que les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même.

L'empêchement au mariage entre des beaux-parents et leurs beaux-enfants signifie que

B. et L. ne peuvent pas faire reconnaître juridiquement et socialement leur relation. Le fait que le mariage pourrait hypothétiquement être contracté si les deux ex-conjoints étaient décédés ne supprime pas l'atteinte à la substance du droit. Il en est de même pour la possibilité de saisir le parlement, étant donné qu'il s'agit d'une procédure exceptionnelle et onéreuse, qui relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du corps législatif et n'obéit à aucune règle et à aucun précédent établis.

La Cour observe que l'obstacle au mariage, bien que poursuivant le but légitime de la protection de l'intégrité de la famille, n'empêche pas de telles relations de se nouer. En outre, étant donné qu'il n'existe pas d'autres dispositions relatives à l'inceste ou de dispositions de droit pénal interdisant les relations hors mariage entre des beaux-parents et leurs beaux-enfants, on ne saurait affirmer que l'interdiction du mariage des deux requérants supprime le risque allégué de confusion ou d'insécurité affective chez le fils de la deuxième requérante.

La Cour renvoie en outre à une affaire antérieure, analogue au cas d'espèce, dans laquelle le parlement britannique a estimé que l'interdiction du mariage ne poursuivait aucun but utile d'ordre public. La Cour estime que l'incohérence entre les buts déclarés

de l'empêchement et la dérogation appliquée dans certains cas compromet la rationalité et la logique de la loi en question.

Quant à la procédure devant le parlement, qui doit permettre de garantir que les exceptions ne donnent lieu à aucun préjudice, la Cour observe que rien n'indique que cette procédure s'accompagne d'enquêtes approfondies sur la situation familiale. Quoiqu'il en soit, une telle procédure d'approbation, lourde et onéreuse, n'offre pas dans la pratique à l'individu, semble-t-il, une voie accessible ou effective lui permettant de faire valoir ses droits. En outre, la Cour considérerait avec une certaine réserve un système qui exigerait d'une personne majeure jouissant de toutes ses facultés mentales de se soumettre à une enquête potentiellement envahissante destinée à vérifier si un mariage est approprié.

La Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 12 de la Convention.

Vu le constat de violation de l'article 12 qu'elle a formulé ci-dessus, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 12.

### **Document 10 : Civ. 1, 13 mars 2007, n°05-16.627**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avril 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du ministère public, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en vertu de l'article 184 du code civil, tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué par le ministère public ; qu'aucun de ces textes ne pose comme critère de validité du mariage la différence de sexe des époux ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, la cour d'appel a violé l'article 184 du code civil ;

2°/ qu'en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public ne peut agir que pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; qu'en déclarant recevable l'action du ministère public, sans dire en quoi les faits qui lui étaient soumis, non contraires aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 du code civil, avaient porté atteinte à l'ordre public, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 423 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 423 du nouveau code de procédure civile, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ; que la célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvre à celui-ci une action en contestation de sa validité ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen:

1°/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes "mari et femme", la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne

des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne;

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches;

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

Condamne MM. X... et Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette la demande de MM. X... et Y...;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize mars deux mille sept.

### **Document 11 : Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 novembre 2010 par la Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n° 1088 du 16 novembre 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par Mmes Corinne C. et Sophie H., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 75 et 144 du code civil.

**Le Conseil constitutionnel**, Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code civil ;

Vu l'arrêt n° 05-16627 de la Cour de cassation (première chambre civile) du 13 mars 2007 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 8 décembre 2010 ; Vu les observations produites pour les requérantes par Me Emmanuel Ludot, avocat au barreau de Reims, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les observations en interventions produites pour l'association SOS Homophobie et l'Association des parents et futurs parents gays et lesbiens par Me Caroline Mécary, avocat au barreau de Paris, enregistrées le 14 décembre 2010 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

Me Ludot pour les requérantes, Me Mécary pour les associations intervenantes et M. Thierry-Xavier Girardot, désigné par le Premier ministre, ayant été entendus à l'audience publique du 18 janvier 2011 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 75 du code civil : « Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

« Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

« Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

« L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

« Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

« Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 144 du même code :

« L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus » ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ;

4. Considérant que, selon les requérantes, l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire portent atteinte à l'article 66 de la Constitution et à la liberté du mariage ; que les associations



intervenantes soutiennent, en outre, que sont méconnus le droit de mener une vie familiale normale et l'égalité devant la loi ;

5. 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 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; que cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ;

6. Considérant, en premier lieu, que l'article 66 de la Constitution prohibe la détention arbitraire et confie à l'autorité judiciaire, dans les conditions prévues par la loi, la protection de la liberté individuelle ; que la liberté du mariage, composante de la liberté personnelle, résulte des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent pas la liberté individuelle ; que, dès lors, le grief tiré de la violation de l'article 66 de la Constitution est inopérant ;

7. Considérant, en second lieu, que la liberté du mariage ne restreint pas la compétence que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les conditions du mariage dès lors que, dans l'exercice de cette compétence, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ;

8. Considérant, d'une part, 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 » ; que le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil ne font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage dans les conditions définies par l'article 515-8 de ce code ou de bénéficier du cadre juridique du pacte civil de solidarité régi par ses articles 515-1 et suivants ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas le droit de se marier pour les couples de même sexe ; que, par suite, les dispositions critiquées ne portent pas atteinte au droit de mener une vie familiale normale ;

9. Considérant, d'autre part, que l'article 6 de la Déclaration de 1789 dispose que 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 ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de

situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation ; que, par suite, le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'atteinte à la liberté du mariage doit être écarté ;

11. Considérant que les dispositions contestées ne sont contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit,

#### **Décide :**

Article 1 En savoir plus sur cet article...

Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution.

Article 2 En savoir plus sur cet article...

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée. Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 27 janvier 2011, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Le président,

Jean-Louis Debré

#### **Document 12 : Jean HAUSER, Empêchements au mariage : où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils... ( Cour EDH, B. et L. c/ Royaume- Uni, 13 sept. 2005 , supra p. 735 , obs. J.- P. Marguénaud)**

Il ne saurait être question d'envisager l'arrêt rapporté sous l'angle de sa position dans l'ensemble de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, opération devenue généralement si subtile qu'elle nécessite le renfort de spécialistes de talent, désormais en tête de ces chroniques de jurisprudence. Mais la solution de l'arrêt pourrait bien concerner ce qui reste du droit interne français en la matière en attendant une unification hypothétique. Qu'on en juge ! Deux ressortissants anglais nés en 1947 et 1968 ont saisi la Cour parce que le droit anglais leur refusait le mariage. Le premier, B... avait épousé A... duquel était né C... puis en avait divorcé. L... avait épousé ce fils C... et il en était né W... Il en résultait logiquement que B... était donc devenu le beau-père de L... Mais voilà, le fils C... et L... ayant divorcé, une relation devait se nouer entre L..., désormais libre, et son ex-beau-père B... La cohabitation entre les deux ex, belle-fille et beau-père, durait depuis 1996 et W... était donc élevé au foyer de sa mère et... de son

grand-père (pour l'instant !). L'arrêt nous révèle que cet enfant n'avait plus que des contacts sporadiques avec C..., dont il n'est pas inutile de rappeler qu'il est son père, et était élevé au foyer de sa mère avec son grand-père dont on nous apprend qu'il l'appelait « papa ». Les requérants envisageaient d'adopter W... ce que leur permettrait la loi interne sur l'adoption. B... ayant sollicité par écrit du conservateur principal des actes de l'état civil la possibilité d'épouser L... se vit opposer un refus sauf si A... et C... étaient tous deux décédés. Ayant interrogé les autorités sur un recours contre ce refus il leur fut répondu qu'il n'y en avait pas sauf à solliciter une autorisation du Parlement. C'est la solution qui se trouve condamnée par le présent arrêt.

Le droit français applicable résulterait des articles 161 et 164 combinés du code civil qui prohibent le mariage entre les ascendants et descendants en ligne directe et les alliés dans la même ligne. Ainsi le mariage entre beau-père et belle-fille se trouverait exclu. Toutefois, par dispense du Président de la République pour cause grave, l'empêchement peut être levé mais à condition que la personne qui a créé l'alliance soit décédée. En l'espèce donc, C... n'étant pas décédé, toute dispense aurait été exclue. On assigne habituellement comme fondement à cette nuance l'immoralité de voir un beau-père ou une belle-mère poussant son fils ou sa fille au divorce pour pouvoir épouser son ex belle-fille ou gendre alors que pareil reproche ne peut être fait si le fils ou la fille est décédé. De fait, dans ce dernier cas, les dispenses sont assez libéralement accordées en général pour des raisons successorales et fiscales. Prudemment la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que la règle est assez répandue mais se montre peu convaincue par ses fondements : la protection des enfants, mais, de toutes façons, rien n'interdit aux requérants de vivre ensemble (V. le même argument in Malaurie et Fulchiron, *La famille*, n° 217 mais pour regretter que la prohibition ne s'étende pas au concubinage) et il n'y a pas ici d'inceste au sens légal ; l'influence malsaine sur les familles, mais une commission de la Chambre des Lords avait proposé la suppression de l'empêchement ; enfin la possibilité d'une dispense parlementaire, effectivement appliquée, montrerait bien que cet obstacle ne répond plus à un objectif dominant de politique publique. On notera avec intérêt que le gouvernement britannique avait soutenu que le régime de l'autorisation permettait d'opérer un choix et une vérification des intérêts familiaux alors qu'une permission générale ne l'aurait pas permis. Hélas, la pratique de l'autorisation montrait qu'aucune vérification sérieuse du contexte familial n'était opérée. Qu'en serait-il du droit français ? L'opinion peut être nuancée car les arguments exposés vont dans les deux sens. Le système prévu de dispense ne joue, en droit français, qu'en cas de décès de celui qui a produit l'alliance (L. du 10 mars 1938) mais la Cour remarque dans notre cas, à juste titre, que cette ouverture est largement illusoire dans la mesure où, en général, les enfants survivent à leurs parents. En cas de divorce, il est exclu et la prohibition est absolue alors que, dans le système anglais, la dispense pourrait être obtenue dans tous les cas. On peut donc conclure que notre droit est encore plus critiquable puisqu'il se trouve au moins une hypothèse sans aucun remède. Par contre il ne semble pas que les autorisations présidentielles, après examen par une commission, se fassent sans considération de la situation et des intérêts en présence et le régime de la dispense pourrait donc édulcorer la sévérité de la prohibition. Au fond, il faut bien distinguer les intérêts en présence. En l'absence d'enfant issu du mariage du beau-fils ou de la belle-fille la prohibition repose seulement sur une crainte morale de voir un divorce provoqué : est-elle encore suffisante alors que, la Cour européenne des droits de

l'homme le remarque, il est toujours possible de vivre en concubinage ? La loi du 11 juillet 1975 a supprimé la prohibition entre beau-frère et belle-soeur qui reposait sur le même raisonnement, ne serait-il pas temps de revoir l'ensemble de notre législation sur le mariage (mais qui s'en souciera y compris ceux qui soulignent son importance ?) ? Quand il existe un enfant, dans notre cas W..., on retrouve le débat, d'ailleurs évoqué en l'espèce par une demande d'adoption, sur l'adoption de l'enfant par les grands-parents, à savoir la confusion introduite sur les structures de la parenté (RTD civ. 2001.576). L'argument de la Cour qui se résume à constater que, en tout état de cause, le « mal » est fait, ne convaincra qu'à moitié car alors il prouve trop et conduirait à jeter aux orties toutes les prohibitions y compris celle de l'inceste absolu dès lors que les acteurs vivent ensemble. Or, pour l'instant au moins, l'attribution du sceau légal du mariage n'est pas seulement l'admission par le droit d'un état de fait mais le signe d'un choix social qui conduit à des conséquences précises. (...).

## **Document 12 : Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (JUSC1236338L )**

### **EXPOSE DES MOTIFS :**

Institution pluriséculaire où se reflètent traditions et pratiques religieuses, le mariage est traditionnellement défini comme un acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union dont la loi civile règle les conditions, les effets et la dissolution.

Prérogative exclusive de l'Église durant l'Ancien régime, la sécularisation définitive du mariage fut consacrée à l'article 7 de la Constitution de 1791 aux termes duquel « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Le décret des 20-25 septembre 1792 a ensuite fixé les conditions de formation du mariage, parmi lesquelles la célébration devant l'officier public communal. Cette conception civile et laïque du mariage sera reprise par les rédacteurs du code civil.

Le mariage n'a toutefois pas été défini par le code civil, qui traite des actes du mariage, puis, dans un titre distinct, des conditions, des effets et de la dissolution du mariage. Nulle part n'a été expressément affirmé que le mariage suppose l'union d'un homme et d'une femme. Cette condition découle toutefois d'autres dispositions du code civil.

De fait, jusqu'à une époque récente, l'évidence était telle que ni les rédacteurs du code, ni leurs successeurs, n'éprouvèrent le besoin de le dire expressément. La différence de sexe n'en était pas moins une condition fondamentale du mariage en droit français, de sorte que son non respect constituait une cause de nullité absolue du mariage (article 184 du code civil).

L'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé depuis le vote de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, une majorité de français y étant aujourd'hui favorable. Il est vrai que si le pacte civil de solidarité a permis de répondre à aspiration réelle de la société et que son régime a été significativement renforcé et rapproché de celui du mariage, des différences subsistent, et cet instrument juridique ne répond ni à la demande des couples de personnes de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier, ni à leur demande d'accès à l'adoption.

Une nouvelle étape doit donc être franchie.

Tel est l'objet du présent projet de loi qui ouvre le droit au mariage aux personnes de même sexe et par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption. Ce sont donc à titre principal les dispositions du code civil relatives au mariage et à l'adoption qui sont modifiées ainsi que celles relatives au nom de famille, qui nécessitent des adaptations. Enfin, des dispositions de coordination sont nécessaires principalement dans le code civil mais aussi dans nombre d'autres codes.

Le chapitre Ier de ce projet est consacré aux articles relatifs au mariage.

Au premier paragraphe de l'article 1er, il est inséré un nouvel article 143 au code civil afin d'affirmer la possibilité du mariage entre personnes de même sexe (1°).

La deuxième disposition de ce paragraphe réécrit l'article 144 du code civil fixant les dispositions relatives à l'exigence d'un âge minimum, l'article actuel posant cette condition pour l'homme et la femme (2°).

Les 3°, 4° et 5° élargissent le champ des liens d'alliances prohibés au nom de l'inceste, ces derniers devant s'appliquer également entre personnes de même sexe (articles 162 à 164 du code civil).

Le second paragraphe de cet article 1er crée un chapitre IV bis, intitulé « Des règles de conflit de lois » afin de permettre, sur le territoire national, la célébration du mariage d'un Français avec une personne de nationalité étrangère ou de deux personnes de nationalité étrangère dont la loi personnelle prohibe le mariage homosexuel. En effet, sans disposition spécifique, les règles applicables seraient celles dégagées par la jurisprudence en matière de droit international privé, aux termes desquelles les conditions de fond du mariage sont déterminées par la loi personnelle de chacun des époux. La nouvelle règle prévoit donc la possibilité pour deux personnes de même sexe de se marier en France malgré leur loi personnelle.

Le mariage des personnes de même sexe leur ouvrant la voie de l'adoption, que ce soit l'adoption conjointe d'un enfant, par les deux époux, ou l'adoption de l'enfant du conjoint, il est nécessaire de prendre des dispositions nouvelles concernant le nom de famille, le dispositif actuel ne pouvant plus, dans ces situations nouvelles, trouver une pleine application. Tel est l'objet du chapitre II du projet de loi.

La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille modifiée par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 a changé en profondeur le dispositif existant en matière de dévolution du nom.

Elle a permis aux parents de choisir par déclaration conjointe le nom dévolu à leur enfant notamment pour lui conférer leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux. A défaut de choix, le droit positif prévoit que l'enfant portera le nom du père.

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux enfants nés à compter du 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 précitée. Pour les enfants adoptés nés avant cette date, les dispositions anciennes (attribution du nom du mari) demeurent applicables.

Il est donc prévu aux articles 2 et 3 du projet de loi de modifier les dispositions du code civil relatives au nom de famille et à l'adoption, qu'elle soit prononcée en la forme plénière ou simple. Ces nouvelles dispositions instaurent une autonomie des règles applicables dans le cas de l'adoption, afin d'éviter l'usage inadéquat des anciennes dispositions sexuées sur le nom de l'adopté.

L'article 2 dans ses paragraphes I et II tire les conséquences de la modification de l'article 357 du code civil fixant les règles régissant le nom de l'adopté en la forme plénière en modifiant les articles 311-21 et 311-23 du code civil afin de préserver le

principe de l'unité du nom de la fratrie, quel que soit le mode d'établissement de la filiation.

Le III de l'article 2 réécrit les dispositions de l'article 357 du code civil relatif au nom de l'adopté dans le cadre de l'adoption plénière afin de prévoir un mécanisme analogue au dispositif prévu en matière de détermination du nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance ou de l'établissement de la filiation à l'égard d'un ou de ses deux parents, en l'adaptant à l'établissement d'un lien de filiation adoptive à l'égard de deux parents de même sexe.

Le principe selon lequel l'enfant adopté en la forme plénière prend le nom de l'adoptant est maintenu. De même, en cas d'adoption conjointe par deux époux ou d'adoption de l'enfant du conjoint, les adoptants ou l'adoptant et son conjoint pourront choisir, par déclaration conjointe de conférer à l'adopté soit le nom de l'un ou de l'autre, 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 faite qu'une seule fois. En revanche, en l'absence de choix de nom, l'adopté portera le double nom de famille constitué du nom de chacun des adoptants ou de l'adoptant et de son conjoint accolés selon l'ordre alphabétique dans la limite du premier nom de famille de chacun d'eux.

Le principe d'unité du nom de la fratrie issu de la loi du 4 mars 2002 précitée est également préservé puisque le nom précédemment choisi ou dévolu aux autres enfants communs du couple s'impose à l'enfant adopté en la forme plénière.

Les dispositions de l'article 357 permettaient dans le cas de l'adoption par une personne seule mariée que l'adopté puisse porter le nom du conjoint de l'adoptant alors qu'aucun lien de filiation n'était établi à son égard. Ces dispositions désuètes sont supprimées par le présent projet.

Enfin, la faculté pour le tribunal, à la demande du ou des adoptants de modifier les prénoms de l'adopté est conservée.

Le IV de l'article 2 étend ce dispositif à la reconnaissance en France des adoptions étrangères assimilables à une adoption plénière de droit français prévue à l'article 357-1 du code civil.

L'article 3 concerne les dispositions applicables pour la détermination du nom de l'adopté en la forme simple.

Le I de l'article 3 prévoit la coordination de l'article 361 du code civil qui procédait par renvoi à certaines dispositions de l'article 357 que le présent projet a remanié.

Le II de l'article 3, dans le même esprit que l'article 2, adapte les dispositions de l'article 363 du code civil relatives au nom de l'adopté en la forme simple, telles qu'elles résultent de la loi du 4 mars 2002 précitée aux cas de l'adoption par deux personnes de même sexe.

Le principe de l'adjonction de nom de l'adoptant au nom d'origine de l'adopté simple est maintenu, sous réserve du recueil du consentement de l'adopté majeur conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il est opportun de consacrer (Civ. 1ère, 8 juillet 2010).

La première chambre de la Cour de cassation ayant, dans un arrêt 6 octobre 2010, rappelé que les dispositions de l'article 363 du code civil ne précisaient pas l'ordre des noms adjoints, le projet tire les conséquences de cette décision et prévoit que l'adoptant avec le consentement de l'adopté de plus de treize ans doivent choisir, outre les noms adjoints pour constituer le nom de l'adopté, leur ordre. Enfin, à défaut de choix, ou en cas de désaccord, ces nouvelles dispositions prévoient que le nom conféré à

l'adopté simple sera constitué par l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté.

S'agissant de l'adoption simple par deux adoptants mariés, le projet prévoit que les adoptants choisissent lequel de leur nom sera adjoint au nom de l'adopté dans la limite d'un nom. Lorsque l'adopté porte un double nom, le texte ajoute qu'outre le choix du nom que l'adopté conservera, l'adoptant, avec le consentement de l'adopté de plus de treize ans, doit également déterminer l'ordre de cette adjonction de noms constituant le nom composé de l'adopté.

La faculté pour l'adoptant de solliciter du tribunal la substitution du nom de l'adoptant au nom de l'adopté est maintenue, tout comme la possibilité pour l'adopté, dans l'hypothèse de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, de conserver son nom d'origine. Dès lors, l'adoption par le beau-parent permettra à l'adopté simple mineur de quinze ans de ne pas voir son nom modifié du fait de son adoption et ainsi, le cas échéant, de porter le même nom que les autres enfants communs du couple. Enfin, le projet de loi reprend les dispositions prévues en cas d'adoption par deux époux en les adaptant aux couples mariés de même sexe. Ainsi le nom de famille substitué à celui de l'adopté peut, au choix des adoptants, être soit celui de l'un ou de l'autre ou soit les noms accolés des époux dans l'ordre choisi par eux et dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Les principes selon lesquels la demande de substitution, d'une part, peut être formée postérieurement à l'adoption, et, d'autre part, requiert le consentement de l'adopté âgé de plus de treize ans sont également maintenus.

Au chapitre III, le projet de loi tire les conséquences de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe dans divers textes législatifs (articles 4 à 21).

Lorsque cela s'avère nécessaire, les mots « père et mère » sont remplacés par le mot « parents » et les mots « mari et femme » par le mot « époux ». Ces substitutions concernent uniquement les articles qui s'appliquent à tous les couples. Dans tous les autres cas, les articles ne sont pas modifiés : tel est le cas dans l'ensemble des dispositions concernant la filiation établie par le seul effet de la loi.

L'article 14 comporte les dispositions de coordination portant sur le code de la sécurité sociale.

Les 1° et 8° à 10° adaptent les règles en matière de congé d'adoption. Le bénéfice de ce congé sera ouvert aux adoptants sans considération de leur sexe. Le congé pourra être réparti entre les parents adoptifs et sera alors prolongé d'une durée équivalente à l'actuel congé paternité.

Le 2° de l'article 14 adapte les règles de majoration de durée d'assurance en matière de retraite. Le dispositif actuel prévoit que les parents décident librement d'attribuer cette majoration à l'un d'entre eux ou de se la partager. En revanche, si le couple n'exprime aucun choix et en l'absence de désaccord d'un de ses membres, il est réputé avoir décidé implicitement d'attribuer la totalité des trimestres à la mère. Le projet de loi fixe une nouvelle règle d'attribution de la majoration pour les couples de personnes de même sexe : à défaut de choix des parents et en l'absence de désaccord d'un de ses membres, il est proposé un partage égal pour les trimestres non liés à l'accouchement (éducation ou adoption). L'économie du dispositif est donc inchangée ; seule l'attribution de la majoration dans le cas où le couple n'a pas décidé de cette répartition sera spécifique aux couples du même sexe.

Le chapitre IV comporte d'une part, des dispositions transitoires (article 22) et d'autre part les dispositions d'application outre-mer (article 23).

En effet, la validité du mariage s'appréciant au jour de sa célébration, à défaut de disposition spécifique, le mariage d'un Français célébré à l'étranger ne pourrait produire d'effet en France. Il est donc prévu à l'article 22 que ce mariage sera reconnu et pourra faire l'objet d'une transcription, sous réserve toutefois des règles générales relatives aux mariages célébrés à l'étranger, les vérifications étant faites, quelle que soit la date de célébration du mariage, en application des dispositions des articles 171-5 et 171-7, et du respect des dispositions impératives en droit interne (notamment le consentement des époux ou encore leur présence lors de la célébration du mariage).

**Document 13 : D. MAINGUY, Yes w e can ? à propos du mariage des homosexuels, Droit d' inventaire, blog de Daniel Mainguy, Janvier 2013**

Après la "manifpourtous", évidemment réussie, il semble que le débat soit exclu, du moins dans la grande presse et que l'on se dirige vers la discussion à l'Assemblée, le 27 janvier 2013.

Un point est évident : un référendum est possible : l'article 11 de la Constitution prévoit que le président de la république "peut" (mais peut peu, visiblement) soumettre à référendum tout projet portant "sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation". Social, sociétal, c'est tout un et, par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi référendaire. Le principe en a été établi par une décision du 6 novembre 1962 relative à la loi référendaire modifiant le mode d'élection du Président de la République, et réaffirmé par la décision du 23 septembre 1992, relative à la loi autorisant la ratification du Traité de Maastricht adoptée par référendum : "les lois que la Constitution a entendu soumettre au contrôle de constitutionnalité "sont uniquement les lois votées par le Parlement et non celles qui, adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale". Autre est la question de la validité du décret qui ordonnerait ce référendum, qui "serait" inconstitutionnel : personne n'en sait rien tant que le Conseil n'est pas saisi (cf. infra), et il serait surprenant qu'il le soit, d'une part en raison de l'écho que ce référendum aurait alors et surtout du fait de la réforme constitutionnelle de 2008 qui n'attend plus qu'une loi organique pour permettre l'élargissement de tels référendums : "l'esprit constitutionnel" est donc déjà présent pour valider le principe d'un tel référendum (toute autre est la question politique, du courage politique pour le faire ou point, etc.).

Il reste que le débat s'articule, pour beaucoup, autour de petits doigts juridiques derrière lesquels certains, pro ou contra, se cachent, comme pour mieux masquer l'idée de se prononcer sur le fond du projet, pour ou contre le Mariage dit pour tous?

Le « mariage pour tous » masque, de manière très maladroite (qui sont donc ces

« tous » ?) celle du mariage des homosexuels, en réponse tout à la fois à des promesses de campagne, à un certain nombre de revendications et à l'interprétation retenue tant par la cour de cassation en 2007 que le Conseil constitutionnel en 2011.

Rappelons que le débat, juridique, tourne autour de l'interprétation de la formule de l'article 144 du Code civil qui dispose que « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ». Cette formule ne permet de considérer de manière radicale et indiscutable qu'elle signifie que le mariage ne peut être « contracté » que par



un homme et une femme, ni d'ailleurs qu'il pourrait l'être par deux hommes ou deux femmes.

Problème classique, ordinaire, d'interprétation, tranché par la première chambre civile de la Cour de cassation le 13 mars 2007 (n°05-16627) : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; [que] ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ». Cette interprétation était en outre validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 janvier 2011 (2011-92 QPC) qui considère que l'article 144 du code civil est constitutionnel.

Permettons-nous au passage d'égratigner le Conseil constitutionnel. Le problème n'était pas de savoir si l'article 144 du Code civil est ou non conforme à la constitution ; il n'y avait aucun doute à ce sujet ; en revanche, la question qui se posait était celle de savoir si l'article 144 du Code civil, en tant qu'il s'interprète comme l'a fait la Cour de cassation était constitutionnelle ; et à cette question implicitement posée, la réponse est positive.

Le projet est désormais présenté et sera débattu début janvier à l'Assemblée.

Au-delà de la question de savoir si un débat, sérieux ou non, est engagé, il reste que les juristes n'ont finalement pas véritablement débattu cette question, sauf pour se prononcer, à travers divers arguments, pour ou contre le projet, mais sans toujours utiliser des arguments juridiques pour une question qui relève, évidemment, du droit et de la science du droit.

On peut tenter de démêler les fils d'une discussion entamée par un article publié, sous un pseudonyme, celui de « Lucie Candide » dans la Gazette du Palais du 4 octobre 2012, rejoint par Pierre Delvolvé dans un article du Monde ou Marie-Anne Frison Roche dans son blog. Il apparaît alors que les juristes ont ou auraient des arguments à faire valoir contre l'adoption du mariage des homosexuels ou contre son adoption par voie législative, sur le fondement de l'existence de principes constitutionnels ou de valeurs constitutionnels qui s'y opposeraient.

1. En l'état du droit positif, aucun obstacle juridique ne se présente contre ou pour le projet de loi. On a beau chercher, aucun argument juridique existant ne milite en faveur ni contre le mariage des homosexuels. Pour le mariage des homosexuels, ni le principe d'égalité ni le principe d'un droit à une vie familiale ne peut inciter de manière impérieuse l'adoption de cette loi. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 28 janvier 2011 et n'a formulé aucune réserve d'interprétation d'aucune sorte sur le fondement d'un principe quelconque. Pareillement, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré le 24 juin 2010, en constatant l'absence de consensus entre les différents Etats européens, et en soulignant les connotations sociales et culturelles qui sous-tendent tout débat autour du mariage, que l'interdiction du mariage entre deux personnes du même sexe un Etat ne viole aucun droit reconnu par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Rien donc, dans un texte supérieur à la loi, n'impose cette adoption, à la manière du débat sur la garde à vue par exemple.

Rien non plus ne s'oppose à cette adoption. On ne voit pas quel texte de la Constitution, de son préambule, de la Déclaration des droits de l'homme, de la CEDH, tels qu'aujourd'hui interprétés par le Conseil constitutionnel ou la Cour EDH pourrait venir faire obstacle à cette loi.

Par conséquent, l'adoption de la loi est possible. A bien des égards, d'ailleurs, on pourrait se demander si la question du mariage des homosexuels n'est pas déjà présente, de manière discrète dans le paysage juridique français à travers les subtiles méandres du droit international privé (H. Fulchiron, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », RIDC, 2006-2, p. 409, sp., p. 423 sq.). On peut songer par exemple à la situation de deux homosexuels régulièrement mariés à l'étranger, en Belgique par exemple. Ce mariage est valable en Belgique et les règles du droit français justifie, par le principe de réciprocité, la reconnaissance des lois belges. Imaginons maintenant que ce couple s'installe en France et décide de divorcer tout en restant en France. Le juge compétent pour traiter ce divorce est, aux termes du Règlement Bruxelles II, le juge français, qui devrait donc prononcer ce divorce sans pouvoir, a priori, se réfugier derrière l'ordre public français ou l'ordre public international français. Autre est la question du mariage de deux homosexuels français, en France, ou le divorce de deux français mariés à l'étranger (ce mariage ne serait pas reconnu en France) ou du mariage en France de deux étrangers (quand bien même ceux-ci pourraient se marier selon leur loi nationale), situations dans lesquelles l'ordre public français ou la conception française de l'ordre public international seraient opposés à la production, en France, d'effets juridiques. Deux français mariés en Belgique seraient ainsi valablement mariés selon la loi belge, mais point au regard de la loi française. Ce serait le même problème pour la répudiation ou pour un mariage polygamique. En revanche, dans notre exemple, celui de deux homosexuels étrangers mariés à l'étranger, vivant en France et demandant le divorce en France, s'appliquerait alors la règle dite de l'effet atténué de l'ordre public international s'agissant du moins des effets qui heurtent le moins l'ordre public français (Cass. civ. 1ère, 17 févr. 1953, Rivière, Grands arrêts DIP n°26), pour valider le prononcé de ce mariage, même si la question ne s'est pas, semble-t-il, posée.

2. Toute autre est la perspective de la loi à faire, qui apparaît comme particulièrement « clivante » pour reprendre cette expression qu'on associait pourtant plus volontairement aux propositions de Nicolas Sarkozy.

Puisque rien ne s'y oppose ou ne l'impose de manière dirimante, c'est donc une question politique, une question de valeur, à laquelle est étranger le droit positif.

D'ailleurs, les arguments proposés relèvent tous d'une logique de prescription qui peut être extra-juridique ou juridique. De manière extra-juridique, pour ceux qui lui sont favorables, en vrac, il s'agirait d'une demande de la société, il s'agirait d'une aspiration à l'égalité, d'une adaptation du droit français, présenté comme rétrograde, face aux évolutions législatives étrangères, etc. Les opposants font valoir en revanche des arguments religieux, historiques ou anthropologiques.

Les arguments juridiques nous intéressent davantage ici d'autant qu'ils viennent d'être lancés par l'article de Lucie Candide et par Pierre Delvové, qui, fait suffisamment rare pour être signalé, sont relayés par la presse généraliste (qui renvoie d'ailleurs à plusieurs blogs de professeurs de droit).

En substance, une loi serait incapable de se prononcer sur ce point en raison d'un principe supérieur, et notamment un Principe Fondamental Reconnu par les Loi de la République, l'un de ces PFRLR qui émergent depuis l'élargissement du bloc de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel en 1971, de sorte qu'il faudrait une modification de la constitution et donc une majorité qualifiée aujourd'hui impossible à rassembler.

Ainsi, serait un tel PFRLR le principe de l'hétérosexualité du mariage, en raison du contenu de l'article 75 du Code civil, texte présent depuis l'origine du Code civil en 1804, qui impose une « déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Au-delà des autres arguments, qui relèvent de l'ordre de la psychologie ou de la sociologie, cette question est essentielle. En effet, jamais le Conseil constitutionnel n'a identifié un tel PFRLR, lesquels sont d'ailleurs extrêmement rares, érigeant la condition d'hétérosexualité du mariage au rang de principe de valeur constitutionnelle.

L'analyse a été confortée par l'audition, au Sénat de notre collègue Anne-Marie Le Pourhiet, qui enfonce le clou. Le projet "nécessite manifestement une révision constitutionnelle" en raison de la permanence de la référence à un homme et une femme depuis 1792, dans le Code civil, dans la loi de 1884, celle de 1907 voire dans certaines dispositions de caractère constitutionnel de sorte que le projet serait contraire au droit à la protection de la santé et la sécurité matérielle et notamment au "droit de tout enfant à une vie normale" et la "sécurité sociétale" voire à la charte constitutionnelle de l'environnement ajoutée en 2005 et notamment de son article 1er "chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé" car "le principe de précaution reconnu par ladite Charte trouve particulièrement à s'appliquer en matière d'expériences familiales qui n'ont été déclarées inoffensives que par des études partielles et partiales diligentées par des militants et menées par eux-mêmes et sur eux-mêmes. On rappellera sur ce point que le préambule de la Charte de l'ONU du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant appuie sur le fait que la famille est « l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier les enfants » et qu'il insiste aussi sur « l'importance des traditions et des valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant" (p.7).

Il faudrait pour qu'un tel principe émerge, que la loi soit adoptée, qu'un groupe de 60 parlementaires saisisse le Conseil constitutionnel (ce qui sera vraisemblablement fait) et que le Conseil reconnaisse effectivement ce principe. Rien ne permet de le prédire et c'est une habitude assez fréquente que de prétendre prédire le droit par anticipation. Prédire, à la manière d'un aruspice, ou pré-dire, par une forme d'injonction doctrinale formulée à l'adresse du juge. Le conseil pourrait reconnaître ce principe, quoique bien des voix estiment que c'est bien improbable, ou pourrait ne pas le reconnaître : ce principe n'existe pas aujourd'hui.

L'ensemble des arguments ici présentés et notamment ceux de Mme Le Pourhiet, aussi construits et éventuellement convaincants soient-ils, ne font qu'envisager une proposition de principe fondamental, une proposition de norme, comme n'importe quelle interprétation scientifique.

On voit ici l'opposition, très classique, entre les partisans d'une interprétation conçue comme un acte de connaissance et ceux qui considèrent que c'est un acte de volonté. Lucie Candide et Pierre Delvolvé s'inscrivent, comme beaucoup d'ailleurs, très nettement dans le camp de ceux pour lesquels l'activité d'interprétation est un acte de connaissance : il est possible de connaître une interprétation face à une norme obscure, incomplète ou comme ici absente, par les propositions doctrinales formulées (mais il en existe de contraires) ou en recherchant l'intention du législateur. M. Delvolvé, ainsi, évoque l'un des projets de Code civil, celui de 1793 qui indiquait que « une convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble,

à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union » qui permettrait d'indiquer le sens de la norme, à la manière exégétique.

En outre pour qu'un tel PFRLR soit reconnu, encore faudrait-il qu'il résulte d'une loi de la République, mais laquelle ? Le Code civil est l'œuvre de Bonaparte et est entré en vigueur avant la fin officielle de la République, mais les PFRLR sont traditionnellement issus des lois de la IIIème république. Peut-être la loi de 1884 réformant le divorce ? Pourquoi pas.

Les arguments sont astucieux, et même habiles, mais ils demeurent dans le domaine de l'opinion doctrinale, une spéculation voire une prescription, et en aucun cas une norme existante.

Par conséquent, c'est bien au niveau des valeurs que la question de l'opposition entre

« pro » et « anti » mariage des homosexuels se pose : à chacun de se positionner de ce point de vue, sur le fond, en conscience.

A chacun de développer l'ensemble des arguments, sur un texte à faire, en jusnaturaliste (dans les deux sens d'ailleurs) ce qui suppose pour prescrire, de décrire d'abord : pour être formuler une proposition jusnaturaliste, il convient d'abord de réaliser une description positiviste.

On signalera, d'ailleurs, le travail qui avait été fait par les étudiants du Master II Droit privé économique de Montpellier, sur un « projet de loi sur la famille homosexuelle », à la fois pour qu'ils fassent l'expérimentation de la difficulté du travail législatif, qui ne se limitait pas, ici, à la simple modification de l'article 144 du Code civil, mais aussi pour vérifier, que l'instauration d'une telle disposition, suppose, nécessairement cette fois, que les dispositions relatives à la famille (adoption, autorité parentale, succession, fiscalité, etc.) soit abordées, sauf à heurter, de front, le principe, réel, de non discrimination tel que posé dans la CEDH par exemple.

Gageons que si le projet est adopté, il fera évidemment l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel qui le validera vraisemblablement, mais on verra alors la portée des arguments de chacun, mais que, alors, les éventuelles situations de discriminations s'ouvriront au grand jour : le mariage, c'est l'ouverture à l'adoption, aux PMA, etc., pour tous les couples mariés, dans les mêmes conditions.

C'est, là, sans doute, que le débat a été ouvert : il est évident que la réception du PACS devant le tribunal d'instance est inutilement différenciateur, que la situation fiscale des couples pacés mériterait un alignement, à définir, sur celui du conjoint survivant, etc. Mais le mariage? Quelle drôle d'idée ! Autant légiférer sur la couleur du ciel : il est jaune, disent les uns, majoritaires, et rien de s'oppose, juridiquement, à ce qu'une loi qui indique que le ciel est jaune.

Voilà quarante ans que la gauche évangélique explique, à tous, et tout le temps, que le mariage c'est ringard, voire réactionnaire, que l'union libre, ou mieux, depuis 1999, le PACS c'est "in", moderne" et voilà les mêmes qui se font les chantres du mariage, et pas n'importe lequel, le mariage justifié par l'amour... A quand le devoir de secours, d'assistance et d'amour dans l'article 212 du Code civil, voire la conditions d'amour comme condition de validité du mariage (et preuves - mais lesquelles?- à l'appui) ?

**Document 14 : Laurent AYNES, Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu, Recueil Dalloz 2012 p. 2750**

**L'essentiel**

Le projet de loi, contrairement à son intitulé, ne se contente pas d'ouvrir le mariage aux couples de personnes du même sexe ; il leur ouvre la filiation adoptive. Ce faisant, il achève de couper le mariage civil de la raison de sa consécration et transforme profondément ici la filiation adoptive, en la séparant de la filiation biologique. Le bouleversement social qu'il introduit mérite mieux qu'une loi électorale.

1 - Les Anglais ont poussé à leur paroxysme les pouvoirs du Parlement, pour les raisons historiques que l'on sait. Le Parlement est l'autorité suprême, qui ne connaît pas d'autres règles que celles qu'il se donne à lui-même. Cependant, Blackstone, rapportant les propos de sir Edward Coke dans ses *Fourth Institute*, souligne que le Parlement « can, in short, do everything that is not naturally impossible »(1). Un siècle plus tôt, un pair du Royaume avait exprimé cette règle en une maxime devenue célèbre : « It is a fundamental principle with English lawyers that Parliament can do anything but make a man a woman, and a woman a man »(2). Le Parlement français va-t-il réussir à rendre par le droit identiques aux yeux de la société un couple formé d'un homme et d'une femme, un couple formé de deux femmes et un couple formé de deux hommes ? L'amour que se portent chacun des membres de ces couples peut être également intense, tout comme leur volonté de mener une vie commune. Cela suffit-il à leur conférer un égal état civil d'époux ? Ces couples peuvent-ils être, tous à l'identique, les berceaux d'une famille ?

2 - Le projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe » adopté en Conseil des ministres le 7 novembre 2012(3) entend donner au Parlement le droit de le décider, et ceci au nom du progrès. Comme l'explique le gouvernement dans l'exposé des motifs, la différence de sexe des futurs époux était une condition fondamentale du mariage jusqu'à une époque récente(4). Mais « l'idée de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a constamment progressé » depuis la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS ; « une majorité de français y étant aujourd'hui favorable ». La loi projetée marquerait un progrès des mentalités : « une nouvelle étape doit donc être franchie »(5). C'est une loi qu'imposeraient en somme les lumières de la raison, le recul de l'obscurantisme d'hier ; une loi de progrès et de générosité dans l'octroi du mariage, qui débouchera « par voie de conséquence »(6) sur l'accès à la parenté pour les couples homosexuels, via le mécanisme de l'adoption.

3 - Ce qui frappe dans cet exposé des motifs, c'est l'absence de référence à l'intérêt général que doit pourtant avoir en vue tout législateur. Le mariage des couples de même sexe est-il bon pour la société ? L'homoparentalité présente-t-elle un intérêt social ? Silence. Une loi peut certes se soucier d'intérêts catégoriels, s'il s'agit de réparer une injustice, de faire progresser l'égalité, la liberté, la fraternité. S'agit-il de cela en l'espèce

? Pas davantage. Le gouvernement se borne à préciser que le PACS adopté en 1999 « ne répond ni à la demande des couples de personnes de même sexe qui souhaitent pouvoir se marier, ni à leur demande d'accès à l'adoption »(7). Il est ainsi demandé au Parlement de répondre au « souhait » d'une minorité de citoyens(8) sans qu'ait été étudié l'impact d'une telle satisfaction sur l'institution du mariage et de la filiation.

4 - Il est vrai que le mariage civil aujourd'hui, tel que le livrent les réformes successives de la filiation et du divorce, paraît exténué(9) ; de sorte qu'il n'y aurait pas grand inconvénient à l'ouvrir aux personnes de même sexe. Il ne commande plus la procréation qui prospère souvent hors mariage. Et ne change plus durablement l'état civil des époux, puisqu'un nombre toujours croissant de mariages s'achèvent rapidement par un divorce. Dans ces conditions, il peut paraître assez indifférent que deux personnes du même sexe qui manifestent une ferme volonté de mener une vie en commun puissent devenir époux. C'est sans doute ce que reflètent les sondages qu'invoque le gouvernement. On sait qu'il en va autrement de l'homoparentalité, dont il ne souffle mot(10). Pourtant, le projet de loi consacre l'essentiel de ses dispositions aux conséquences de l'accès des couples homosexuels à l'adoption, qu'il présente comme une conséquence allant de soi du mariage. Or, il n'y a aucun lien nécessaire entre ces deux institutions. L'adoption est proposée aux époux pour autant qu'elle imite la filiation biologique, en mettant l'enfant en relation avec un père et une mère. Rien n'impose de la faire automatiquement découler d'un mariage entre personnes de même sexe. Seule une décision politique conduit à un tel enchaînement. C'est ici que la méthode choisie par le projet de loi contrevient doublement aux exigences élémentaires de la loyauté, dans le gouvernement d'une démocratie. L'accent est mis sur l'accès au mariage - c'est le titre du projet de loi

- parce que l'on croit que celui-ci ne soulèvera que de faibles protestations. La filiation adoptive est présentée comme une conséquence inéluctable du mariage, ce qui croit-on permettra d'éviter le débat sur la parentalité. Même si l'on ne croit pas que l'homoparentalité soit l'unique objet caché de cette loi - qui devrait dès lors aborder la question de l'accès à l'autre source possible de la « parentalité » que constitue la procréation médicalement assistée (PMA)(11) -, il reste que le mariage et l'adoption sont deux questions distinctes, qui mériteraient l'une et l'autre un débat approfondi.

5 - Le projet de loi adopté le 7 novembre dernier consacre un paradoxe saisissant. Alors que le mariage ne constitue plus l'accès à une filiation privilégiée, que la procréation est dotée d'un statut identique dans le mariage et hors mariage, celui-ci devient la seule porte d'accès à la filiation pour les couples du même sexe, par la voie de l'adoption et, demain sans doute, de la PMA.

C'est une inégalité indépassable, tenant tout simplement à l'impossible procréation. La filiation sera donc exclusivement juridique. Au lieu qu'elle imite la procréation, elle s'en séparera radicalement par une négation de la différence des sexes dont la loi l'aura débarrassée ; une filiation juridique bâtie sur une fiction, non pas affective, mais biologique et que garantit l'acte juridique qu'est le mariage. La loi réussirait-elle, dans cette « nouvelle étape qui doit être franchie »(12), à dépasser la différenciation sexuelle qui est à l'origine de l'humanité et de sa perpétuation(13) ?

6 - Le projet de loi permet d'en douter. Car ce qu'il se propose d'organiser est un mariage spécial (I) qui prépare une filiation inégalitaire (II).

### **I - Un mariage spécial**

7 - L'accès des couples de personnes du même sexe au mariage, présenté comme la finalité de la loi, est réglé en quelques mots par un nouvel article 143 : « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ». Deux autres dispositions adaptent les règles actuelles à l'indifférenciation des sexes, l'une chasse du code civil les termes « homme » et « femme » (art. 144) ; l'autre étend la prohibition de

l'inceste aux mariages entre frères, entre oncle et neveu, entre soeurs et entre tante et nièce (art. 162 et 163), modifiant silencieusement le fondement de la prohibition de l'inceste. Le projet de loi entend aussi insérer dans le code civil des dispositions de droit international privé qui constituent en réalité de nouvelles règles unilatérales de faveur au mariage homosexuel : le nouvel article 202-1, alinéa 2, prévoit en effet que « la loi personnelle d'un époux est écartée, sous réserve des engagements internationaux de la France, en tant qu'elle fait obstacle au mariage de deux personnes du même sexe, lorsque la loi de l'Etat sur le territoire duquel est célébré le mariage le permet ». Ainsi sont invités à se marier en France tous les homosexuels étrangers dont la loi personnelle prohibe un tel mariage.

8 - Mais s'agit-il d'un mariage identique à celui que contractent un homme et une femme

? Le projet de loi voudrait le laisser penser, qui ne comporte aucune disposition propre aux effets du mariage de personnes de même sexe. L'égalité paraît atteinte. Ce mariage donne naissance aux obligations des époux, ainsi qu'à des devoirs et des droits (art. 203 à 226 c. civ.) identiques d'un genre à l'autre. Un régime matrimonial dont les règles sont indifférenciées s'applique aux biens des époux ; comme le sont les règles qui gouvernent le divorce et les droits successoraux du conjoint.

9 - Demeure pourtant une différence, et elle est capitale. Le mariage d'un homme et d'une femme est organisé par la loi en un statut civil parce qu'il ouvre la génération. Il est une fondation appelée à marquer définitivement l'appartenance des générations successives, ce pourquoi il modifie l'état civil de chacun des époux. Cette orientation est exprimée dans la présomption de paternité énoncée à l'article 312 du code civil, que les réformes récentes du droit de la famille ont laissé subsister par respect du mariage : de celui-ci naît une présomption de filiation paternelle. Cette disposition constitue le dernier lien entre mariage et procréation, devenu sans doute fragile, mais symbolique en ce qu'il exprime la singularité du mariage, au milieu des autres formes d'union reconnues par la loi. Jean Carbonnier voyait dans cette présomption « le coeur du mariage »(14) en ce qu'elle ne laisse pas l'enfant sans père et le place ainsi d'emblée dans une lignée paternelle aussi bien que maternelle.

10 - Or il va de soi, bien que le projet de loi n'en dise mot, que la présomption de paternité est écartée dans le mariage civil de personnes de même sexe, où le conjoint de l'enfant né de la femme ne peut pas être le père. Il y aura donc désormais deux mariages civils. Celui d'un homme et d'une femme, dont la consécration se justifie par la perspective de la procréation. Et celui de deux personnes de même sexe, détaché de toute perspective d'engendrement. Sans doute permettra-t-il l'accès du couple à l'adoption. Mais sa consécration par la loi civile ne peut à l'évidence se justifier par l'intérêt de créer une structure d'accueil en vue d'une éventuelle adoption.

11 - Coupée de toute perspective d'engendrement, cette union est-elle autre chose qu'une convention de vie commune fondée sur un amour rendu public ? Elle ne se distingue du PACS que par le caractère légal de ses effets patrimoniaux et successoraux et par les modalités de sa rupture. La plupart de ces effets peuvent déjà être obtenus par convention ou par testament, et le divorce ressemble de plus en plus à la rupture du PACS. L'édification progressive d'un « droit commun du couple », par le rapprochement du mariage, du PACS et du concubinage a précisément été constatée par plusieurs auteurs(15). Plutôt que d'ouvrir aux couples de même sexe un mariage que l'on doit couper de ce qui fonde sa singularité, n'eût-il pas été plus sage d'envisager de doter le PACS d'effets patrimoniaux plus étendus ? Ou, mieux encore, de profiter de la

revendication présente pour éprouver les fondements, les vertus et les inconvénients de la pluralité de statuts de la communauté de vie ?

\*\*\*

12 - On comprend que l'objectif du gouvernement ne s'arrête pas au mariage. Celui-ci n'est, au fond, qu'un moyen d'offrir aux couples de même sexe un « accès à la parenté, via le mécanisme de l'adoption »(16), singulièrement de l'adoption plénière. Celle-ci est déjà ouverte à toute personne âgée de plus de vingt-huit ans, peu important qu'elle soit ou non homosexuelle. Mais c'est l'adoption par le couple, ou l'adoption de l'enfant du conjoint qu'il s'agit de rendre possible. L'article 343 du code civil exige alors que les adoptants, ou l'adoptant et le parent de l'enfant soient mariés. Cette condition procède de la finalité de l'adoption : dans l'intérêt de l'enfant, lui donner une parenté et une famille d'accueil analogues à ce que produit la filiation dans le mariage. La parenté adoptive imite la parenté naturelle. On comprend alors que le mariage qu'exige l'article 343 est celui qui dote l'enfant d'un père et d'une mère. En admettant qu'un tel mariage puisse être établi entre deux personnes de même sexe, le projet de loi vide la condition de mariage, dans l'article 343, d'une grande partie de sa raison d'être. Une autre voie aurait été d'ouvrir l'adoption plénière à des couples non mariés à condition qu'ils présentent certains gages de stabilité. Mais le projet de loi a préféré conserver la condition de mariage, quitte à la rendre passablement artificielle, puisqu'elle ne garantit plus à l'adopté par un couple l'accueil par un père et une mère. Ce faisant, il rompt l'égalité des filiations.

## **II - Une filiation inégalitaire**

13 - La plupart des dispositions du projet de loi - et elles sont nombreuses - sont consacrées, sous le titre neutre de « Dispositions de coordination », à une véritable révolution sémantique, qui masque à peine un bouleversement du lien de parenté, ayant pour origine le rejet de la différenciation sexuelle. Ainsi dans les textes du code civil et des autres codes et lois :

- « mari et femme » sont remplacés par « époux » ;
- « père et mère » sont remplacés par « parents » ;
- « parent » est remplacé par la périphrase : « personne unie par un lien de parenté ».

14 - En effet, le terme « parent » désigne une relation d'engendrement, par nature sexuée. La parenté adoptive, parce qu'elle imite la filiation naturelle, comporte également cette qualification sexuée : le parent adoptif est soit le père soit la mère adoptif. C'est ce qu'il convient de faire disparaître, en remplaçant la parenté, qui est le donné d'une relation d'engendrement, par la fonction de parent, laquelle peut être tenue par toute personne quel que soit son sexe : à la parenté sera donc substituée la parentalité(17). La loi n'identifie plus un père et une mère ; mais s'attache à ceux qui ont une relation parentale avec l'enfant. A la différence de l'engendrement, cette relation ne postule aucune différence de sexe.

15 - Encore faut-il préciser que la mutation de la parenté en parentalité ne s'applique pas à tous les enfants. Les enfants dont la filiation est établie par le seul effet de la loi, c'est-à-dire ceux dont la filiation résulte de l'acte de naissance, de la présomption de paternité et, sans doute, de la reconnaissance et de la possession d'état, en un mot, de la procréation, continueront aux yeux de la loi à avoir un père et une mère.



16 - Ainsi la filiation adoptive dans son ensemble se sépare-t-elle de la filiation par la procréation, alors qu'elle a précisément été conçue, dans l'intérêt de l'enfant, par imitation de celle-ci.

\* \* \*

17 - L'ouverture du mariage civil aux couples de même sexe conduit à rompre le lien entre mariage et procréation. Ce lien est, certes, devenu ténu. Mais il est la justification de l'institution du mariage et du divorce. Ne serait-il pas plus honnête alors de supprimer le mariage civil ?

L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe conduit à rompre l'analogie de la filiation adoptive et de la filiation naturelle, fondée sur la différenciation du père et de la mère. Ne serait-il pas plus honnête alors de supprimer l'exigence du mariage des adoptants ?

Ce sont des bouleversements qui engagent l'avenir de la société et méritent mieux qu'un projet de loi indifférent à l'intérêt général, produit sous le prétexte de promesses électorales.

Mots clés :

MARIAGE \* Mariage homosexuel \* Réforme \* Filiation \* Adoption \* Présomption de paternité

(1) Blackstone's commentaries, (1765) I, chap. 2, 156.

(2) Delolme, Constitution de l'Angleterre, (1771), citant H. H. second Earl of Pembroke (1648).

(3) D. 2012. Actu 2599, obs. I. Gallmeister ; V. les points de vue de B. Daugeron, D. 2012. 2613, C. Eoche-Duval, D. 2012. 2615, et de A. Posez, D. 2012. 2616, et la chronique de E. Dubuisson, D. 2012. 2618.

(4) Exposé des motifs, p. 1, al.

4. (5) Ibid., al. 5 et 6.

(6) Ibid., p. 2, al. 1er.

(7) Ibid., p. 1, al. 5.

(8) Sur le caractère minoritaire de la revendication, V. not. G. Bernheim, Mariage homosexuel, homoparentalité et adoption : ce que l'on oublie souvent de dire, p. 15 ; le nombre de mariages de personnes de même sexe célébré en Belgique et en Espagne confirme ce caractère.

(9) R. Libchaber, La notion de mariage civil, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, p. 341 : « La revendication du mariage homosexuel est l'effet et non la cause de l'extinction du mariage civil » ; V. égal., mais dans une autre perspective : Y. Lequette, Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille, Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois, p. 537 : « quant aux règles ayant trait à la différence des sexes et au droit des successions, on peut s'interroger sur leur pérennité, la configuration qui est désormais donnée au mariage ne donnant plus qu'une assise fragile à ces différences ».

(10) V., par exemple, le sondage publié par Le Monde le 8 nov. 2012, p. 19.

(11) En ce sens, J. Hauser, Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe, JCP G 2012. 1185.

(12) Projet de loi, exposé des motifs, p. 1, al. 6.

(13) La cause de l'homosexualité ne se confond pas avec celle de l'égalité des droits des hommes et des femmes ou du féminisme (pour un exemple de cette confusion, P. Reigné, Arsilda, regina di Ponto. Le mariage, les religions et la différence des sexes, JCP G 2012. 1126).

(14) J. Carbonnier, Droit civil, La famille, t. 2, 31e éd., p. 480 ; V. aussi P. Malaurie et H. Fulchiron, La famille, 4e éd., nos 1128 s. ; V. aussi le rapport au président de la République sur le projet d'Ordonnance du 4 juillet 2005 : « La présomption de paternité du mari... constitue, selon l'expression du doyen Carbonnier, le « coeur du mariage » et ne saurait être remise en cause sans faire perdre à cette institution son sens et sa valeur ».

(15) H. Fulchiron, De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXIe siècle, Mélanges Jacques Foyer, p. 401 ; J.-J. Lemouland, L'émergence d'un droit commun du couple, Mariage- conjugalité, parenté-parentalité, Dalloz, 2009, p. 33 s.

(16) Exposé des motifs, p. 2.

(17) Sur les implications de cette substitution, V. not. G. Bernheim, préc., p. 9.

## **Document 15 : Felix ROME, Recueil Dalloz 2013 , Non non et non au mariage hétéro !**

Abasourdi par l'in vraisemblable tintamarre qui m'empêche en cette fin de dimanche matin de coucher sur le papier les quelques lignes qui composent mon éditorial dominical, dont je sais maintenant, après les dizaines de milliers de messages désespérés qu'a suscitées mon faux « Adieu ! », qu'il constitue la page la plus vite lue du *Recueil Dalloz*, je me rends, furibard, place Denfert-Rochereau, d'où provient cette assourdissante débauche de décibels.

Arrivé sur place, je crois assister à une manifestation du Parti socialiste, puisque les manifestants agitent tous un petit drapeau rose sur lequel est inscrit « *La Manif Pour Tous* ». « *En fait* », me précise un grand dadais dévoré par l'acné et dissimulé derrière des lunettes à triple foyer, « *on a récupéré le stock des drapeaux que distribuait l'équipe de rugby du Stade français à l'époque de ses épopées ovales* ». « *Quoi ?* », répons-je interdit, « *l'équipe dont les joueurs posaient dans le plus simple appareil sur un calendrier qui était un must pour tous les gays de France et de Navarre ???* ». Pendant que mon interlocuteur, interloqué, réfléchit à cet intrigant paradoxe, j'aperçois une jeune militante nettement plus avenante, ceinte dans un *tee-shirt* jaune seyant en diable sur lequel est écrit « ACCUEIL »... « *Jeune fille, puis-je voir le responsable de ce grand bazar, s'il vous plaît, et êtes-vous, par ailleurs et toutes choses égales, libre pour aller déguster un bol de banania chez Dalloyau, mercredi prochain, de préférence après 16 heures ?* ». « *Mais*, me répond l'accorte nymphette en mettant bien en valeur la petite croix très catholique qui orne sa gorge prometteuse et en brandissant une pancarte « *Mariage gay, famille triste* », *c'est Dieu qui nous rassemble ici aujourd'hui pour demander à notre président de la République de retirer son projet de loi mortifère pour la famille et donc pour la France* ». « *Bigre*, feins-je de m'inquiéter en lui renouvelant ma proposition de goûter, non sans ajouter à ma proposition initiale une dégustation de figolus frais, tandis que le dadais surgit avec une pancarte « *Mariage pour tous, famille de rien !* », *effectivement, ce projet fait froid dans le dos !* ».

Me frayant un passage dans cette marée rose concon jusqu'à la rue Daguerre, paradis urbain des « bobos », mes frères, je tombe alors nez à nez avec un étrange petit groupe de très jeunes manifestants (15 selon la police, 17 et demi selon les organisateurs), très en colère, qui scandent d'une voix forte « *Non, non et non au mariage hétéro !* », et brandissent d'improbables pancartes : « *Tremblez hétéros, vos enfants sont dans la rue* », « *Papa, maman, boulot, bobo* », « *Tel père, tel vice !* », « *Mariage chabada bada, rien que du cinéma* », « *Mon père, ce zéro, ma mère sur internet* », « *Recomposée, décomposée, famille puzzle, enfants jouets* ». Sans doute intrigué par mon intérêt et par l'alliance dans laquelle mon annulaire est incarcéré, le porte-parole du groupuscule m'entreprend alors, « *Vous devriez avoir honte, Monsieur, d'afficher le signe servile du mariage hétéro, symbole de la société de consommation qui nous broie et nous lamine ! Savez-vous, mari infâme, qu'aujourd'hui un mariage sur deux finit par un divorce et que plus d'1,6 million d'enfants vivent dans une famille recomposée, façon puzzle ? Ignorez-vous, pauvre abruti, que les plus grands supporters du mariage hétéro sont les sites de rencontres, les grands magasins, les vendeurs d'électroménager et les promoteurs immobiliers, j'en passe et des pires ?* ». « *Certes, mon cher, voilà qui est préoccupant...* », répons-je au jeune militant de l'union libre pour tous, *mais qu'y puis-je, pauvre mortel que je suis ?* ». « *Rejoins-nous sans plus attendre au sein du collectif : Mariage, je vous hais !* ». Fortement ébranlé, je le concède, par ce discours subversif mais instructif, j'ai, je le confesse, acheté du comté (trente ans d'âge) et du sancerre blanc pour boire un verre avec celle à laquelle j'ai l'honneur de ne pas demander sa main, pas plus que de graver nos noms au bas d'un parchemin...

P.S. - *L'idée du titre et du thème de cet édito revient à un de mes amis les plus chers qui, après les avoir éprouvés tous, s'est désormais définitivement exilé en Aveyron, las de tout, sans force et sans travail. Paix à ses sourcils qu'il avait épais et broussailleux!*

<p style="text-align: center;"><b>SÉANCE 8</b> <b>LA DÉSUNION : NULLITÉ DU MARIAGE, RUPTURE DES</b> <b>FIANÇAILES ET DIVORCE</b></p>
--

**SOMMAIRE :**

**1) La nullité du mariage**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, n° 10-25285
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 03-18.209
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 octobre 2003, n° 01-12.574
- CA Nîmes, 8 février 2012, n° 10-05679, Arrêt n°161
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015, n° 13-50.059

**2) La rupture des fiançailles**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1981, n° 80-10.823
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 1995, n° 92-21.767
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2007, n° 05-14.258

**3) Le divorce**

- Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2008, n°06-19.147
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2010, n°09-15.165
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011, n°09-12.119
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 2015, n°14-25.132
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2015, n°14-20.383

**TRAVAIL À EFFECTUER :**

- **Lecture des documents**
- **Analyse de tous les arrêts**
- **Commentaire de l'arrêt : Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015, n° 13-50.059**

## I. LA NULLITE DU MARIAGE

### **Document 1 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, n° 10-25285**

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... s'est mariée, le 20 juillet 1991, avec M. Y... dont elle a divorcé le 29 octobre 1999 ; que, le 9 décembre 1995, faisant usage d'un extrait d'acte de naissance falsifié, elle s'était mariée avec M. Z... dont elle a divorcé le 27 juin 2000 ; que, le 11 décembre 1999, elle avait épousé M. A... dont elle a divorcé le 20 mars 2006 ; que, saisi par ce dernier d'une demande en annulation de son mariage, le tribunal de grande instance de Nîmes, par jugement du 4 mars 2009, a accueilli sa demande ; que Mme X..., appelante de cette décision, a produit devant la cour d'appel une assignation, enrôlée le 12 avril 2010, tendant au prononcé de la nullité de son mariage avec M. Z... et a demandé qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue de cette procédure ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches : Vu l'article 189 du code civil ;

Attendu que, si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement ;

Attendu que, pour rejeter la demande de sursis à statuer de Mme X... dans l'attente de la décision à intervenir sur l'action en nullité de son mariage avec M. Z... et déclarer

M. A... recevable à invoquer une situation de bigamie, l'arrêt retient que, même si le mariage de Mme X... avec M. Z... était annulé, cette annulation ne permettrait pas de régulariser a posteriori son mariage avec M. A..., la procédure pendante étant sans incidence ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la demande en nullité du mariage de Mme X... et de M. Z... devait préalablement être jugée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 septembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ;

### **Document 2 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 novembre 2005, n° 03-18.209**

Attendu que M. X..., ressortissant tunisien, a épousé Mme Y..., de nationalité française, le 23 novembre 1996 à Pontoise ; que le procureur de la République a engagé, sur le fondement des articles 146, 184 et 190 du Code civil, une action en nullité de leur mariage ; que Mme Y... s'est associée à la demande du parquet, soutenant que M. X... a recherché exclusivement, à travers son mariage, la possibilité d'obtenir un titre de séjour ;

Sur le premier moyen :

Attendu M. X... fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Versailles, 5 juin 2003) d'avoir déclaré recevable l'action du ministère public, alors, selon le moyen :

1 / qu'un mariage conclu dans un but étranger aux règles régissant l'institution matrimoniale est contracté en fraude à la loi, en sorte que l'action en nullité d'une telle union doit être exercée dans l'année de la célébration ; qu'en déclarant recevable l'action en nullité du mariage litigieux intentée par le ministère public, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si une telle action, fondée sur l'argumentation selon laquelle ledit mariage aurait eu un but étranger à l'union matrimoniale, reposait en réalité sur l'invocation d'une fraude à la loi et devait ainsi être exercée dans l'année de la célébration, la cour d'appel n'a conféré à sa décision aucune base légale au regard de l'article 190-1 du Code civil ;

2 / qu'en toute hypothèse, l'exposant rappelait que le ministère public prétendant que le mariage aurait eu pour objet exclusif un but étranger à l'union matrimoniale, exerçait de la sorte une action fondée sur la fraude à la loi, soumise par l'article 190-1 du Code civil à un délai d'un an, de sorte que l'action exercée postérieurement à l'expiration de ce délai était irrecevable ; qu'en délaissant des écritures aussi déterminantes, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel relève, par une décision motivée, que le ministère public a choisi d'assigner les époux sur le fondement des articles 146, 184 et 190 du Code civil, de sorte que le parquet était habilité à agir sans que son action s'inscrive dans l'année de la célébration du mariage ; que le moyen n'est fondé dans aucune de ses deux branches ;

Sur le second moyen :

Attendu M. X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir prononcé la nullité de son mariage, alors, selon le moyen, que l'exposant faisait expressément valoir qu'à l'époque du procès verbal d'huissier dressé le 14 janvier 1999, selon lequel " aucun objet masculin ne se trouvait dans la chambre" de l'épouse, une "procédure de divorce était déjà en cours" et qu'il avait "déjà quitté le domicile conjugal" ; qu'en se fondant cependant sur cette pièce pour en déduire l'absence de véritable communauté de vie entre les époux, tout en ignorant les écritures du mari faisant ressortir que ledit constat était dépourvu de toute portée eu égard à sa date d'établissement, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer spécialement sur chacune des pièces produites, a souverainement relevé, au vu de l'ensemble des éléments de preuve soumis à son appréciation, que M. X... n'avait pas eu l'intention de créer un foyer au sens de l'institution matrimoniale, la cohabitation des époux n'étant que de façade, de sorte que le défaut de consentement au mariage de l'époux justifiait d'en prononcer la nullité ; que le moyen n'est pas fondé ;

PARCES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**Document 3 : Civ. 1ère, 28 octobre 2003, n°01-12.574**

Sur le deuxième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 146 du Code civil ;

Attendu que le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale ;

Attendu que pour débouter M. X... de sa demande d'annulation du mariage célébré le

13 juillet 1995, la cour d'appel énonce seulement que, même à admettre que le mariage ait eu pour seule fin des avantages patrimoniaux pour Mme Y... qu'un testament ne lui aurait pas donnés, sa nullité ne serait pas encourue dès lors que l'un de ses effets est d'avoir permis aux conjoints de mettre en oeuvre, quant à leurs biens, les conventions spéciales qu'ils avaient arrêtées le 21 juin 1995 ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, elle n'a pas donné de base à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen, ni sur les premier et troisième moyens :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 7 mai 2001, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

**Document 4 : CA Nîmes, 8 février 2012, n°10-05679, arrêt n°161**

M. Claude F et Mme Myriam LE FLOCH se sont mariés le 9 décembre 2004 à Sorgues (Vaucluse) sans contrat préalable.

Aucun enfant n'est issu de cette union.

Le 28 février 2005 M. F a assigné Mme LE FLOCH devant le Tribunal de grande instance d'Avignon aux fins de voir prononcer, au visa de l'article 180 alinéa 2 du Code civil, l'annulation de ce mariage en raison du vice du consentement pour erreur sur les qualités substantielles.

Par jugement du 25 novembre 2010 le Tribunal de grande instance d'Avignon a prononcé l'annulation du mariage et ordonné la mention de sa décision en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des parties.

Par déclaration reçue au greffe le 13 décembre 2010 Mme Myriam LE FLOCH a interjeté appel de cette décision.

Suivant ses dernières conclusions signifiées le 22/11/11 Mme Myriam L demande de:

- Déclarer l'appel recevable et bien-fondé,
- Réformer le jugement rendu par le Tribunal de grande instance d'Avignon en date du 25 novembre 2010,
- Dire et juger qu'il n'y a pas lieu à annuler le mariage,
- Condamner M. F à lui verser la somme de 5000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- Condamner M. F aux entiers dépens, ceux d'appel distraits au profit de la SCP POMIES-RICHAUD, VAJOU, avoués, et recouvrés comme en matière d'aide juridictionnelle,
- Débouter M. FINET de toutes ses demandes, fins et conclusions plus amples ou contraires. Suivant ses dernières conclusions signifiées le 16/11//11 M. Claude F demande de : Vu les dispositions des articles 180 et suivants du Code civil, Vu les pièces produites aux débats, Vu le jugement entrepris,
- Confirmer le jugement en ce qu'il a annulé l'union célébrée entre M. Claude Marie FINET, né le 28 juillet 1947 à Bourg-en-Bresse (AIN) et Mme Myriam Suzanne Émilienne LE FLOCH, née le 30 octobre 1955 à PONT- L'EVEQUE (Calvados), le 9 décembre 2004 par l'officier d'état civil de la commune de Sorgues (84),
- Confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté Mme LE FLOCH de l'ensemble de ses demandes reconventionnelles,
- Ordonner la transcription du dispositif de la décision à intervenir en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance de chacun des époux,
- Condamner Mme L au paiement d'une somme de 2500 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- Condamner Mme L aux entiers dépens. Le ministère public a porté son visa au dossier le 5 août 2011. La clôture de l'instruction intervenait le 25 novembre 2011.

#### **MOTIFS DE LA DÉCISION :**

##### **1/ Sur la procédure**

La recevabilité de l'appel n'est pas discutée et rien au dossier ne conduit la Cour à le faire d'office.

##### **2/ Sur le fond**

Mme LE FLOCH expose au soutien de ses demandes :

- qu'au moment de leur rencontre elle avait été reconnue travailleur handicapé catégorie B par décision de la COTOREP du 24 février 2004 pour une durée de cinq ans, qu'en 2004, année du mariage, son revenu annuel imposable, composé essentiellement d'allocations ASSEDIC, s'est élevé à 4819 € , qu'elle percevait une allocation logement de 235,68 €, bénéficiait de la CMU et de l'allocation spécifique de solidarité, que les relevés de compte dont elle dispose démontrent aussi bien avant la date du mariage qu'après ce dernier qu'elle ne pouvait se livrer à aucune activité de prostitution et que ses revenus étaient modestes, qu'elle a déposé un dossier de surendettement en date du 19 février 2008.
- qu'elle a fait la rencontre de M. F par l'intermédiaire du site [www.escorteam.com](http://www.escorteam.com) , dans la mesure où pour avoir accès à son site personnel ' qui veut m'épouser ' il fallait préalablement sur le site d'escort-girl sur lequel figurait une petite annonce avec une photo de son visage cliquer sur cette photo ce qui permettait l'ouverture d'une fenêtre indiquant un lien permettant d'accéder à son site personnel, le logo Rentabiliwed apparaissant alors.
- qu'il est facile de constater que ce site n'avait strictement rien de pornographique et que M. F connaissait parfaitement ce site dans la mesure où il a créé un lien intitulé ' Myriam's story', site hébergé sur son propre serveur.

- que les différents procès-verbaux de constat dressés à la requête de M. FINET ne démontrent nullement que l'annonce ' escort-Tindel pour vous messieurs de plus de 40 ans- seniors bienvenus' ait été mise en ligne par elle alors que M. FINET réalisait régulièrement des montages photos d'un goût douteux qu'il envoyait tant à sa soeur qu'à son beau-frère, mais également des photomontages avec sa future femme mais également de lui-même allant jusqu'à se représenter comme un escort- boy, l'expert judiciaire ayant démontré que certaines de ces photos comprenaient notamment des organes sexuels masculins montés par M. FINET lui-même.
- que si le photomontage ne constitue pas l'activité essentielle de M. FINET celui-ci en sa qualité d'ingénieur informatique est parfaitement à même de réaliser de telles manipulations et de créer un site surtout lorsque ce dernier est hébergé sur son propre serveur.
- que le fait que le nom de Tindel utilisé par une personne qui lui ressemblait physiquement ne permet pas à lui seul d'en déduire qu'elle se livrait à une activité de prostitution, ce pseudonyme pouvant être utilisé par de multiples personnes et qu'en toute hypothèse l'ensemble des procès-verbaux diligentés par M. F ne constitue aucune preuve dans la mesure où il a lui-même versé les photos qui y sont décrites et dont l'origine ne peut être prouvée,
- que l'absence de cohabitation des époux qui ont conservé chacun leur domicile respectif était convenu entre les parties dans la mesure où M. F devait prendre sa retraite quelques mois plus tard et devait venir s'installer chez elle à Sorgue le temps de trouver un logement dans le sud de la France,
- que M. FINET qui prétend que la découverte de l'activité de prostitution de son épouse l'aurait bouleversé et qui estime avoir été lésé sur ses qualités essentielles, ce qu'elle conteste formellement, a pourtant continué à rentrer très régulièrement en contact avec elle en lui proposant de laisser annuler le mariage pour pouvoir se remarier par la suite et l'a d'ailleurs invitée à le rejoindre en Corse alors que la procédure était largement entamée,
- que la véritable cause de la procédure d'annulation du mariage intentée par M. FINET réside dans le fait qu'il n'avait pas pris soin d'établir un contrat de mariage et qu'il pensait être lésé,
- que M. F à plusieurs reprises lui a fait part de sa volonté de voir annuler le mariage puis de se remarier avec elle, en faisant cette fois précéder le mariage d'un contrat,
- que M. F ne rapporte aucune preuve de l'activité qu'il lui reproche.

M. F au soutien de sa demande de confirmation de la décision entreprise expose :

- qu'il a fait la rencontre de son épouse par l'intermédiaire d'un site de rencontre sur Internet dénommé match.com sur lequel Mme L était enregistrée sous le pseudonyme Moulipis,
- que ce n'est qu'après son union avec Mme LE FLOCH qu'il a découvert qu'elle n'exerçait pas la profession de télé secrétaire en découvrant lors d'un séjour chez son épouse sur l'un des quatre ordinateurs en réseau qu'elle avait déposé plusieurs petites annonces, les premières datant de février 2003 sur des sites Internet à connotation sexuelle,
- que c'est à cette occasion qu'il a découvert que Mme LE FLOCH, sous le pseudonyme 'Tindel' proposait de tenir compagnie à des hommes, moyennant rémunération de 76,22 € à 80 € par heure,



- que plusieurs constats d'huissiers permettent d'établir la réalité de l'activité de Mme LE mais également qu'elle exerçait cette activité avant leur union,
- que lorsqu'il a épousé Mme LE FLOCH il ignorait tout des activités réelles de sa future épouse,
- que M. SORIEUL entendu par les services de police d'Angers a déclaré que Mme L FLOCH qu'il connaissait lui a demandé de faire des montages sur des photographies de femmes nues avec son visage et a réalisé ces montages,
- que les sites Internet utilisés par Mme LE FLOCH ont été créés pour la plupart en février 2003 soit avant qu'il ne fasse sa connaissance,
- que Mme L affirme au vu des justificatifs qu'elle produit aux débats que ses revenus sont modestes et donc incompatibles avec une activité d'escort girl sans expliquer sur le fait qu'elle dispose de plus de neuf numéros de téléphone portable, se dissimule sous 13 adresses Internet différentes, dispose à son domicile de quatre ordinateurs connectés en réseau et Internet et de trois lignes ADSL à haut débit,
- que le rapport d'expertise judiciaire déposé par M. LASSERRE le 17 septembre 2009 conduit à écarter la prétention de Mme LE FLOCH selon laquelle il serait l'auteur tant du référencement, que de la création des sites et que l'expert constate qu'un lien peut être établi entre Mme LE FLOCH épouse FINET et le site [www.direct-escortgirls.com](http://www.direct-escortgirls.com),
- qu'il a été trompé sur les qualités substantielles de Mme LE FLOCH qui offrait sur des sites Internet des services d'accompagnement comprenant des prestations sexuelles à la fin de l'année 2003 et au cours de l'année 2004 alors qu'il pensait qu'elle exerçait la profession de télénégociatrice,
- qu'il s'était inscrit sur un site de rencontre sérieux, Match.com, dans le but de rencontrer une compagne honnête pour vivre avec celle-ci en Corse et non une personne aux mœurs légères, qui lui a dissimulé qu'elle exerçait la profession d'escort girl,
- qu'il conteste la validité des courriers électroniques dont Mme LE FLOCH se prévaut en date des 2 mars et 12 mars 2005 dont il n'est pas l'auteur qui lui ont été adressés par l'adresse 'fic.3at.fic3.fr',
- qu'il ne peut davantage être tiré argument du constat d'huissier établi les 26 et 29 janvier 2007 procédant à la transcription de deux messages électroniques datant du mois de mars 2005 dans la mesure où il n'est nullement démontré que c'est sa voix qui figure sur la messagerie téléphonique de Mme LE FLOCH,
- que les tentatives de rapprochement du couple n'ont pas abouti. La clôture de l'instruction intervenait le 25 novembre 2011.

## **MOTIFS DE LA DÉCISION :**

### **1/ Sur la procédure**

La recevabilité de l'appel n'est pas discutée et rien au dossier ne conduit la Cour à le faire d'office.

### **2/ Sur le fond**

Conformément aux dispositions de l'article 180 alinéa 2 du Code civil chaque époux peut demander la nullité du mariage lorsqu'il y a eu erreur dans la personne ou sur les

qualités essentielles de l'autre, à charge pour lui de rapporter la preuve de la cause de nullité invoquée. M. FINET en l'espèce prétend avoir été trompé sur les qualités essentielles de son épouse au motif qu'il aurait découvert, trois semaines après son union, sur l'ordinateur de celle-ci, qu'elle lui avait dissimulé sa véritable activité professionnelle d'escort girl, louant ses services sur Internet, exerçant sous le pseudonyme 'Tindel' et proposant des prestations sexuelles tarifées.

La cour fait sienne l'analyse par le tribunal du rapport d'expertise judiciaire de M. LASSERRE dont il résulte qu'il n'a pas été possible d'identifier avec certitude le site Internet sur lequel les parties se sont rencontrées qui ne comportait, en toute hypothèse, aucune annonce ou photographie équivoque ou présentant un caractère de vulgarité.

Les premiers juges ont en revanche retenu à juste titre qu'il résultait du rapport d'expertise, en ses pages 39 et 40, que la recherche sur le Web Archiver de 'TINDEL' du site [www.direct-escort-girls.com](http://www.direct-escort-girls.com) que l'on retrouvait sur le site Internet du 13 novembre 2004 avec le pseudonyme 'TINDEL' la région Provence Alpes Côte d'Azur et le mail '[felinbch@yahoo.fr](mailto:felinbch@yahoo.fr)' que Mme Myriam LE FLOCH utilisait, situation confirmée par l'ouverture du code source de la page permet d'établir le lien entre Mme Myriam LE FLOCH épouse F et ce site.

Le tribunal a ainsi justement déduit du rapport d'expertise que Mme L proposait des prestations sexuelles tarifées par l'intermédiaire de ce site dans sa version datant du 13 novembre 2004, dans celle datée du 23 novembre 2003 et encore au mois de juin 2004.

Il résulte également de l'audition de M. SORIEUL Jean Bernard par les services de police le 18 octobre 2007 que celui-ci à la demande de Mme Myriam L a réalisé des montages sur des photographies de femmes nues avec son visage, qu'elle lui avait fait parvenir par e-mail, montages dont la matérialité apparente est confirmée par le rapport d'expertise, dans le but de la présenter dans des attitudes suggestives et révélatrices, sans équivoque, du caractère sexuel des prestations tarifées ainsi proposées.

Le tribunal a donc retenu à juste titre que ces montages n'étaient pas imputables, ainsi que le soutient encore l'appelante, à M. FINET, malgré ses connaissances en informatique.

Les premiers juges ont donc à bon droit considéré que M. F était fondé à solliciter l'annulation du mariage célébré le 9 décembre 2004 dès lors qu'il a été tenu dans l'ignorance de l'activité véritable de son épouse qui s'était présentée à son égard comme télénégociatrice, alors qu'elle exerçait en réalité une activité d'escort girl, en présence d'une erreur sur les qualités essentielles de l'épouse.

La décision entreprise sera en conséquence confirmée en toutes ses dispositions.

Il n'apparaît pas inéquitable de laisser à la charge de Mme LE FLOCH les frais qu'elle a exposés au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Il convient en revanche, tout en la réduisant un peu plus justes proportions, de faire droit à la demande de M. FINET au titre des frais irrépétibles sur ce même fondement. Mme L succombant dans ses prétentions supportera les entiers dépens.

**PAR CES MOTIFS, LA COUR** , après en avoir délibéré conformément à la loi, Statuant publiquement, contradictoirement, après débats tenus hors la présence du public, en matière civile et en dernier ressort,

En la forme, reçoit l'appel. Au fond, confirme la décision déférée en toutes ses dispositions.

Condamne Mme LE FLOCH à payer à M. F la somme de 1500 € par application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Déboute les parties de leurs demandes plus amples ou contraires. Condamne Mme LE FLOCH aux dépens.

**Document 5 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015, 13-50.059 :**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu les observations du Défenseur des droits ;  
Reçoit l'association Ahluna à l'appui du pourvoi ;  
Reçoit les associations ADDE, ADHEOS, ARDHIS, Les Amoureux au ban public, La Cimade, La Fasti, Le Gisti et la Ligue des droits de l'homme à l'appui des prétentions de MM. X... et Y... ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 22 octobre 2013), que le ministère public a formé opposition au mariage de M. X..., de nationalité française, et de M. Y..., de nationalité marocaine résidant en France, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de l'article 5 de la Convention franco-marocaine, du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, et des articles 175-1 du code civil, 422 et 423 du code de procédure civile ; que MM. X... et Y... ont saisi le tribunal d'une demande tendant, à titre principal, à l'annulation, subsidiairement, à la mainlevée de l'opposition ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'écarter la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ;  
Attendu que le motif de droit énoncé par l'arrêt pour ne pas reconnaître la supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ne peut constituer un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation ; que le moyen est donc irrecevable ;

Sur le second moyen :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de l'opposition au mariage de MM. X... et Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; que la Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83-435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité ; que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale ; qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité », pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202-1, alinéa 2, du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles « 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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet », la cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°/ que, selon l'article 3 du code civil, « ...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résident en pays étrangers » ; que selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité » ; que selon l'article 4 de ladite Convention, « la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public » ; que l'article 5 précité n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes ; qu'en écartant l'application de la Convention franco-marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé ;

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit janvier deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par le procureur général près la cour d'appel de Chambéry La Cour d'Appel de CHAMBÉRY a pris une position mais en utilisant un raisonnement erroné se caractérisant d'une part, par une contradiction de motifs, équivalant, selon la Cour de Cassation, à une absence de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile, et d'autre part, par une violation de la loi, en l'espèce du principe de hiérarchie des normes garanti par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, et de la portée de la conception française de l'ordre public international, en violation de l'article 3 du code civil.

a) Sur le premier moyen issu d'une contradiction de motifs :

Le Procureur Général près la Cour d'Appel de CHAMBÉRY fait grief à la décision attaquée, en ce qu'elle "écarte l'application de la Convention franco marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence ne reconnaît pas en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes". Ce grief intervient aux motifs que l'article 455 du code de procédure civile impose notamment à tout arrêt ou jugement une obligation de motivation. Or une contradiction de motifs équivaut au sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation à une absence de motifs.

Dés lors, alors que l'article 455 du code de procédure civile énonce que "... le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa de conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la

décision sous forme de dispositif" ;

Qu'en reconnaissant l'existence d'un principe habituel de hiérarchie des normes établissant la primauté d'un traité international sur une loi nationale et en écartant en l'espèce, les dispositions de la Convention franco-marocaine au profit de celles de la loi française du 17 mai 2013 au nom d'un nouvel ordre public international tout en écartant le principe de hiérarchie des normes au nom de ce même ordre public,

La Cour a violé l'article 455 du code de procédure civile.

b) Sur le deuxième moyen issu d'une violation de la loi :

- Sur la première branche de ce moyen :

Le Procureur Général près la Cour d'Appel de CHAMBÉRY fait grief à la décision attaquée en ce qu'elle confirme le jugement du Tribunal de Grande Instance de CHAMBÉRY du 11 octobre 2013 ayant donné mainlevée de l'acte d'opposition effectué le 12 septembre 2013 par le procureur de la République au mariage de messieurs René X... et Mohamed Y...

Ce grief intervient aux motifs que la Cour motive son arrêt en "écartant l'application de la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence en ne reconnaissant pas en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes". Alors que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie";

Que la Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83-435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité ;

Que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale. Qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que "les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité", pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202-1a1 2 du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles "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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet",

La Cour a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

- Sur la deuxième branche de ce moyen :

Le Procureur Général près la Cour d'Appel de CHAMBÉRY fait grief à la décision attaquée en ce qu'elle confirme le jugement du Tribunal de Grande Instance de CHAMBÉRY du 11 octobre 2013 ayant donné mainlevée de l'acte d'opposition effectué le 12 septembre 2013 par le procureur de la République de au mariage de messieurs René X... et Mohamed Y...

Ce grief intervient aux motifs que la Cour motive son arrêt en "écartant l'application de la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence en ne reconnaissant pas en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes",

Alors que, selon l'article 3 du code civil, "...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résident en pays étrangers";

Que selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, "les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux

résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité";

Que selon l'article 4 de ladite Convention, " la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public";

Que l'article 5 précité n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes;

Qu'en écartant l'application de la Convention franco-marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013,

La Cour a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé.

## II – LA RUPTURE DES FIANCAILLES :

### **Document 6 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 29 avril 1981, n° 80-10.823 :**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon les énonciations des juges du fonds, que Patrice P. et Nadia U. se sont fiancés en décembre 1973; qu'en mai 76, cette dernière a accouché d'une fille, prénomme Emmanuelle, et que, peu après, Patrice P. a épousé une autre jeune fille; que Nadia U. a engagé une action en dommages-intérêts contre Patrice P. pour rupture abusive de promesse de mariage; que, par arrêt confirmatif, la cour d'appel a accueilli cette action; Attendu Patrice P. fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à payer des dommages-intérêts à Nadia U., au motif qu'il avait rompu une promesse de mariage sans motif légitime, alors que, la liberté du mariage toujours susceptible de rétractation, la cour d'appel aurait inversé la charge de la preuve et méconnu le principe de la liberté du mariage;

Mais attendu que la cour d'appel, statuant par adoption des motifs des premiers juges. a relevé, d'abord, qu'il ressortait des attestations versées aux débats que Patrice P. avait rompu, alors que sa fiancée était enceinte, pour épouser une autre jeune fille; qu'elle a ensuite relevé qu'il convenait d'écarter les termes d'une lettre écrite par Nadia U. en mars 1976, lettre que Patrice P. invoquait pour soutenir que sa fiancée l'avait trompé et voulait épouser un tiers, en soulignant que cette lettre révélait essentiellement le désespoir d'une femme enceinte abandonnée et que, dès lors, Patrice P. avait rompu avec sa fiancée sans motif légitime à une époque où cette rupture était particulièrement préjudiciable à celle-ci au point de vue matériel et moral; que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a justement déduit de ces énonciations que Patrice P. avait commis une faute engageant sa responsabilité; que le moyen ne saurait donc être accueilli;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 20 novembre 1979 par la cour d'appel de Rouen.

**Document 7 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 janvier 1995, n°92-21.767 :**

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que la rupture d'une promesse de mariage n'est pas, à elle seule, génératrice de dommages-intérêts, lesquels ne peuvent être accueillis que s'il vient s'y ajouter une faute en raison des circonstances ;

Attendu que pour condamner M. Y... à payer à Mme X... des dommages-intérêts pour préjudice moral, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que la rupture par M. Y... de ses relations avec Mme X... n'était pas imprévisible pour celle-ci qui avait elle-même envisagé de ne pas persister dans le projet de mariage, en raison d'une mésentente apparue depuis plusieurs mois, retient comme fautif la "brutalité de la rupture" ; Qu'en statuant ainsi, sans relever à la charge de M. Y... aucune circonstance autre que l'absence de "dialogue préalable", qui soit de nature à caractériser une telle faute, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PARCESMOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 septembre 1992, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy ;

**Document 8 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 30 octobre 2007, n° 05-14.258 :**

Attendu qu'Alain X..., décédé le 4 août 2000, était séparé de son épouse, Mme Barbara X..., mère de ses enfants, Nicolas et Véronique X... ; qu'il vivait depuis 1987 avec Mme Y... à laquelle il avait remis la bague, qu'il tenait de sa mère, que son épouse avait reçue lors de leurs fiançailles ; qu'à la suite du décès d'Alain X..., Mme Y..., ayant confié ce bijou à Mme Véronique X... à sa demande, a assigné celle-ci ainsi que M. Nicolas X... afin d'obtenir la restitution de la bague ; que Mme Barbara X... a formé, à l'encontre de l'arrêt ayant accueilli cette demande, une tierce opposition qui a été jugée mal fondée ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, tel qu'il figure au mémoire en demande et est reproduit en annexe au présent arrêt :

Attendu que l'arrêt attaqué constate que la bague litigieuse, remise à Mme Barbara X... lors de leurs fiançailles au titre d'un prêt à usage, avait été reprise par Alain X... à une date inconnue et restituée à sa mère qui l'avait détenue au moins à partir d'octobre 1987 ; qu'il retient que la preuve d'une reprise du bijou contre le gré de Mme Barbara X... n'est pas apportée, ajoute que celle-ci n'avait intenté, du vivant de son mari, aucune action pour obtenir restitution de la bague et en déduit que le prêt avait cessé ses effets lors de la reprise de la bague, faisant ainsi ressortir que Mme X... avait accepté qu'il soit ainsi mis fin au prêt, les époux ne vivant plus ensemble ; que le moyen n'est fondé en aucun de ses griefs ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 1875 du code civil ;

Attendu que pour ordonner la restitution de la bague à Mme Y... qui soutenait l'avoir acquise par don manuel, la cour d'appel, après avoir constaté que la qualification de bijou de famille n'était contestée par aucune des parties, a retenu qu'Alain X..., redevenu propriétaire du bijou après le décès de sa mère, pouvait en disposer librement, ce qu'il avait fait en la remettant à Mme Y... ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, dont il résultait que la bague litigieuse, étant un bijou de famille et ne pouvant dès lors être donnée à un tiers, avait été remise à Mme Y... à charge pour celle-ci de la restituer ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 février 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne Mme Y... aux dépens ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du trente octobre deux mille sept.

### III. LE DIVORCE

#### **Document 9 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 22 mai 2008, n° 06-19.147 :**

Donne acte à la société Palmeraie et désert de son désistement de pourvoi en ce qu'il est dirigé envers la société Arte France développement, anciennement Sept/video ; Attendu que le film "Faits divers", porté à l'écran le 1er juin 1983, est constitué de scènes tournées lors d'interventions de policiers d'un commissariat parisien ; que l'une d'elles avait pour sujet les époux X..., alors en instance de séparation et se disputant leur fille Nelly, trois ans ; que ceux-ci avaient obtenu, par ordonnance de référé du 17 juin 1983, l'interdiction du spectacle tant que la séquence les concernant, attentatoire à leur vie privée et leur image, n'aurait pas été supprimée, puis, par jugement au fond du 24 mars 1984, l'allocation de dommages-intérêts ; qu'à partir de l'année 1993, la société Copyright films, titulaire des droits et devenue Palmeraie et désert, ayant transmis un "master" dépourvu des modifications nécessaires, le film, non expurgé de la scène contestée, a donné lieu à constitution de cassettes vidéo et à projections diverses ; que M. X..., Mme Y..., divorcée X..., et Mme Nelly X... ont assigné la société Palmeraie et désert en dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que la société Palmeraie et désert fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 6 juillet 2006) d'avoir accueilli les demandes, alors, selon le moyen, d'une part, que les circonstances, postérieures à une ordonnance de référé ayant sur le



fondement des articles 9 du code civil et 809 du code de procédure civile ordonné la suppression d'une scène d'une oeuvre cinématographique, résultant notamment du temps passé et de l'impossibilité d'identifier encore les personnes que la mesure ordonnée avait pour objet de protéger, prive ladite ordonnance de l'autorité de la chose jugée, sans qu'il soit nécessaire d'en demander la rétractation ; qu'en décidant le contraire la cour d'appel a violé les articles 9 et 1351 du code civil, 488 du code de procédure civile et 10 de la CEDH ; d'autre part que la censure d'une oeuvre de l'esprit, ordonnée par le juge des référés sur le fondement de l'article 9 du code civil, ne saurait s'imposer au-delà de la nécessité de protéger l'atteinte à la vie privée ; qu'en l'absence de toute limite spatio-temporelle précisée par l'ordonnance de référé interdisant la diffusion d'un film tant que n'aura pas été totalement supprimée une séquence concernant une famille, l'exploitation par cassette vidéo contenant la séquence litigieuse dix ans après l'ordonnance et la rediffusion, vingt ans plus tard à la télévision, du film comportant la scène mais avec des arrangements ne permettant plus l'identification des personnes, n'est pas de nature à caractériser une faute ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1382 du code civil et

10 de la Convention européenne des droits de l'homme ; enfin que la liberté d'expression ne peut être soumise à des restrictions que si les mesures ordonnées sont adaptées à la nécessité de protéger les droits d'autrui ; que dès lors la faute reprochée à la société Palmeraie et désert d'avoir, après dix et vingt ans, rediffusé le film avec la séquence dont la suppression avait été ordonnée, ne pouvait être caractérisée que si cette suppression était adéquate au but poursuivi ou si au moins son maintien l'était ; qu'en se refusant à cette recherche et en déduisant la faute de la seule «violation» de l'ordonnance du 17 juin 1983, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 9, 1382 du code civil et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu, d'abord, que des circonstances nouvelles ne rendent caduque une décision de référé qu'autant qu'elle a été modifiée et rapportée ; ensuite, que l'arrêt, à titre de fautes, retient "l'erreur", reconnue par la société Palmeraie et désert, quant au "master" remis à fins de constitution des supports DVD ayant servi aux diffusions litigieuses à partir de 1993, ainsi que l'imperfection des arrangements ultérieurement mis en oeuvre pour empêcher l'identification des intéressés ; enfin, que la cour d'appel a relevé qu'ainsi les projections intervenues avaient porté à la connaissance de leur entourage social ou professionnel des passés personnels douloureux ; d'où il suit que le moyen, non fondé en sa première branche, manque en fait dans les deux autres ;

Et sur le second moyen, pris en ses trois branches, tel qu'exposé au mémoire en demande et reproduit en annexe :

Attendu que le moyen ne tend qu'à remettre en question les constatations et appréciations souveraines par lesquels les préjudices respectifs ont été constatés et évalués ; qu'il ne peut donc être accueilli ;

PARCES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

**Document 10 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 novembre 2010, n°09-15.165 :**

Attendu que, des relations de M. X... et Mme Y... est né Mathis, le 10 mai 2005, reconnu par ses deux parents que, par jugement du 11 janvier 2007, le juge aux affaires familiales, après dépôt d'un rapport d'enquête sociale, a notamment dit que l'autorité parentale serait conjointe, fixé la résidence du mineur chez sa mère, déterminé un droit de visite pour le père, dit que les frais de transport resteraient à sa charge et dit n'y avoir lieu à interdire la sortie du territoire de l'enfant;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, ci-après annexé :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Reims, 3 juillet 2008), d'avoir confié à la mère l'exercice exclusif de l'autorité parentale ;

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que M. X... n'avait pas pris les dispositions adéquates pour nouer un lien avec son fils et exercer son droit de visite, d'autre part, que l'envoi à la mère de quelques mandats cash étaient insuffisants pour établir l'investissement affectif du père à l'égard de son fils et surtout la prise de conscience effective qu'implique la fonction parentale paternelle et la nécessité de la continuité de celle-ci dans le temps pour le bien être et le devenir de l'enfant, la cour d'appel, prenant ainsi en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, a souverainement estimé, sans inverser la charge de la preuve, que cet intérêt commandait que l'exercice de l'autorité parentale soit confié à la mère ; qu'elle a légalement justifié sa décision ;

Mais sur le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 373-2-6 du code civil, ensemble l'article 455 du code de procédure civile ; Attendu que pour ordonner l'inscription sur le passeport du père de l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français, l'arrêt se borne à viser l'article précité sans motiver sa décision ;

Qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ;

Et sur le troisième moyen :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que la cour d'appel, par motifs adoptés, a confirmé, dans son dispositif, que les frais de transport pour l'exercice de son droit de visite resteront à la charge du père ;

Qu'en statuant ainsi, sans examiner les arguments développés par celui-ci pour solliciter une prise en charge partielle de ces frais par Mme Y..., la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a ordonné l'inscription sur le passeport du père de l'interdiction de sortie du territoire et rejeté la demande de M. X... tendant à ce que les frais de transport soient partagés une fois sur deux, l'arrêt rendu le 3 juillet 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit

arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Reims, autrement composée ;

**Document 11 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011, n°09-12.119 :**

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 15 janvier 2008) d'avoir confirmé le jugement ayant dit qu'il exercera provisoirement son droit de visite à son domicile et d'avoir réservé son droit d'hébergement sur l'enfant Sarah ;

Attendu qu'ayant relevé que Sarah, née le 17 janvier 1994, était hébergée chez son père dans des conditions qui n'étaient plus adaptées à une adolescente et que son père tenait devant elle des discours négatifs et méprisants qui la bouleversaient, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé qu'il existait des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la limitation du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de sa fille, Sarah ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches, ci-après annexé :

Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt d'avoir supprimé son droit de visite et d'hébergement à l'égard de son fils Charles ;

Attendu qu'ayant relevé que M. X... n'avait pas exercé son droit de visite à l'égard de Charles depuis 2000, que ce dernier était poly-handicapé et que les conditions de logement de M. X... ne permettaient pas un hébergement adapté, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui tient des articles 371-1, 372 et 373-2-8 du code civil le pouvoir de refuser à un parent qui exerce conjointement l'autorité parentale un droit de visite et d'hébergement, a estimé qu'il existait des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant justifiant la suppression du droit de visite et d'hébergement du père à l'égard de son fils Charles ; que le moyen ne peut être accueilli;

PARCESMOTIFS:

REJETTE le pourvoi;

**Document 12 : Civ., 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 2015, 14-25.132 :**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'après la séparation de M. X... et de Mme Y..., la résidence de leur fille, Lou, née le 16 juin 2003, a été fixée, par différentes décisions de justice, au domicile de son père, le 15 novembre 2004, puis, au domicile de sa mère, le 10 juillet 2006, enfin, en alternance chez chacun de ses parents le 13 avril 2010 ; que l'arrêt a confié à M. X... l'exercice exclusif de l'autorité parentale et maintenu la résidence de l'enfant en alternance chez chacun de ses parents ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le second moyen :

Vu l'article 371-2 du code civil, ensemble l'article 373-2-2 du même code ;

Attendu que la dette du débiteur d'aliments est une dette personnelle, dont le montant doit être fixé en considération de ses ressources ;

Attendu que, pour dire que les frais de scolarité de l'enfant seront partagés par moitié entre les parents, l'arrêt retient que Mme Y... déclare être sans profession et dépendre totalement de son compagnon qui assume les charges du foyer et que les revenus nets mensuels de celui-ci sont de l'ordre de 20 000 euros ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le compagnon de Mme Y... n'étant pas tenu d'une obligation alimentaire envers l'enfant de celle-ci, ses revenus ne pouvaient pas être pris en considération, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en celles de ses dispositions disant n'y avoir lieu de mettre à la charge de l'un ou l'autre des parents une contribution à l'entretien de l'enfant mais de partager les frais de scolarité par moitié, les frais de cantine étant à la charge du parent hébergeant pour sa période d'hébergement, l'arrêt rendu le 16 juillet 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un octobre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils pour Mme Y...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR, rejetant la demande de madame Mirsaine Y... à cet égard, attribué à Henri X... l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur Lou ;

AUX MOTIFS QUE : « le litige dont la cour est saisie a pour but d'inscrire Lou dans un parcours scolaire et de soins cohérent adapté à ses troubles ; qu'il ressort des débats et des pièces produites que les deux parents s'opposent à ce sujet ; qu'Henri X... soutient, sur la base des éléments médicaux et médico-psychologique dont il dispose, que Lou souffre d'un trouble de l'attention justifiant son inscription et son maintien dans un classe d'intégration scolaire (CLIS) comme c'est le cas actuellement ; qu'au contraire Mirsaine Y..., constatant la dégradation de l'état de Lou confirmé par le bilan psychologique effectué par l'institut Claparède en décembre 2013 et les avis contradictoires émis par les différents professionnels sur le cas de l'enfant, suppose que Lou est atteinte d'un trouble à caractère autistique et souhaite l'orienter vers un externat médicopédagogique ; que le critère du choix à opérer dans l'intérêt de Lou suppose au préalable la reconnaissance et l'identification de la nature du handicap qui affecte l'enfant ; qu'à cet égard, il est stupéfiant de constater que les deux parents, au mépris de leurs devoirs les plus élémentaires envers leur enfant, sont dans l'incapacité de s'unir dans une démarche commune auprès du corps médical dont ils ont pu constater, tous les deux, que faute d'approfondissement de ses investigations, il demeurerait dans l'incertitude et l'incapacité de poser un diagnostic fiable sur l'enfant ; qu'il n'appartient pas au juge de trancher une question qui relève de connaissances médicales qu'il ne possède pas ; qu'il apparaît que Lou a été placée dès le mois d'avril 2014 sur une liste d'attente pour une hospitalisation de jour au sein du service psychiatrie de l'hôpital Robert Debré, les parents étant informés selon courrier du 7 avril de cet établissement qu'ils ne pourraient être prévenus d'une place disponible que le vendredi précédent l'entrée en hospitalisation le lundi suivant ; qu'une place s'est libérée pour Lou le 30 juin 2014 ; que cependant, l'hospitalisation prévue n'a pu se réaliser en raison de l'obstruction de Mirsaine Y... qui a motivé son refus en se fondant sur le fait qu'elle n'était pas informée de la nature des examens qui seraient pratiqués sur l'enfant, sur leur objet ni même sur la durée de l'hospitalisation ; qu'en agissant de la sorte alors qu'elle avait expressément accepté devant le juge des enfants qui en a fait mention dans son jugement du 24 décembre 2013 de contacter conjointement avec Henri X... le service de pédopsychiatrie de l'hôpital Robert Debré pour établir un diagnostic et qu'il lui appartenait dès le mois de janvier de prendre auprès de cet établissement les renseignements qui lui apparaissaient nécessaires pour éclairer son consentement, Mirsaine Y... a gravement compromis l'intérêt de l'enfant ; que l'accord tardif qu'elle a donné à cette procédure à l'issue de l'audience devant la cour alors que dans les conclusions déposées le même jour, elle sollicitait l'autorisation d'inscrire l'enfant dans un établissement médico-pédagogique en se dispensant du préalable indispensable de la recherche d'un diagnostic précis n'est pas de nature à modifier l'appréciation de la cour sur son aptitude à préserver l'intérêt de Lou ; qu'ainsi, il convient de faire droit à la demande d'Henri X... et de lui attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale sur l'enfant ; qu'il convient en outre de lui donner l'autorisation d'organiser l'hospitalisation de Lou dans les termes du dispositif et de l'autoriser à maintenir l'enfant en CLIS à l'école Sainte Ursule » ;

ALORS 1°) QUE : l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents ; que c'est seulement si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande que le juge peut en confier l'exercice à seulement l'un d'entre eux ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à retenir que madame Y... s'était opposée, le 30 juin 2014, en raison du manque de renseignements qu'il lui aurait appartenu de prendre, à l'hospitalisation de sa fille, destinée à établir un diagnostic, et qu'elle avait sollicité par conclusions du jour de l'audience l'autorisation d'inscrire

l'enfant dans un établissement médico-pédagogique sans attendre la recherche d'un diagnostic précis, tout en relevant dans le même temps que madame Y... avait ensuite expressément consenti à l'issue de l'audience-certes le même jour mais nécessairement postérieurement au dépôt de ses conclusions ζ tant à ladite hospitalisation de l'enfant qu'à son inscription en CLIS à l'école Sainte Ursule ; qu'en se déterminant par de tels motifs sans préciser en quoi l'intérêt supérieur de l'enfant commandait l'exercice exclusif de l'autorité parentale par le père, la cour d'appel a violé l'article 373-2-1 du code civil, ensemble l'article 3-1 de la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

ALORS 2°) QUE : en toute hypothèse, seuls des motifs graves tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent justifier l'attribution par le juge de l'exercice de l'autorité parentale à un seul des deux parents ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est bornée à retenir que madame Y... s'était opposée, le 30 juin 2014, en raison du manque de renseignements qu'il lui aurait appartenu de prendre, à l'hospitalisation de sa fille, destinée à établir un diagnostic, et qu'elle avait sollicité, par conclusions du jour de l'audience, l'autorisation d'inscrire l'enfant dans un établissement médico-pédagogique sans attendre la recherche d'un diagnostic précis, tout en relevant dans le même temps que madame Y... avait ensuite expressément consenti à l'issue de l'audience-certes le même jour mais nécessairement postérieurement au dépôt de ses conclusions ζ tant à ladite hospitalisation de l'enfant qu'à son inscription en CLIS à l'école Sainte Ursule ; qu'en se déterminant par de tels motifs, qui ne sont pas de nature à caractériser des motifs graves, tenant à l'intérêt supérieur de l'enfant, commandant l'attribution exclusive de l'autorité parentale au père, la cour d'appel a violé l'article 373-2-1 du code civil, ensemble l'article 3-1 de la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ;

SECOND

MOYEN

DE

CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit n'y avoir lieu à contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à la charge de l'un ou l'autre des parents et que les frais de scolarité de l'enfant seront partagés par moitié entre eux pour sa période d'hébergement ;

AUX MOTIFS QUE : « la situation d'alternance est maintenue et chaque parent pourvoit à l'entretien de l'enfant pendant sa période d'hébergement ; que Mirsaine Y... expose sans être contestée qu'elle assume intégralement le suivi médical de Lou, la prise en charge des frais dentaires non remboursés, les frais d'équitation ; qu'Henri X... réclame une contribution mensuelle de 1. 000 ζ au motif que Mirsaine Y... se refuse à payer les frais de scolarité lorsqu'elle est en désaccord avec la scolarité de sa fille ; que la situation des parents est la suivante : Henri X... déclare percevoir sous forme de salaire et de dividendes un revenu mensuel de l'ordre de 12. 233 ζ et assumer un loyer mensuel de 4. 842 ζ ; qu'il n'a pas payé d'impôts sur le revenu selon son avis d'imposition 2013 et ne fait pas valoir que cette situation est due à une circonstance exceptionnelle ; qu'il a eu un enfant avec sa compagne sur la situation de laquelle il ne donne pas d'éléments ; que Mirsaine Y... déclare être sans profession et dépendre totalement de son compagnon qui assume les charges du foyer ; qu'elle a eu un enfant avec celui-ci ; qu'elle a déclaré devant le premier juge que les revenus nets mensuels de son compagnon étaient de l'ordre de 20. 000 ζ et que le loyer du logement familial s'élevait à 4. 500 ζ par mois ; que les besoins de Lou ne sont pas détaillés et correspondent au besoin d'une enfant âgée de 11 ans ; qu'elle est inscrite en CLIS à l'école Sainte Ursule moyennant un coût non spécifié et cette inscription sera reconduite pour l'année scolaire 2014/ 2015 avec l'accord donné expressément à l'audience de la cour par Mirsaine Y... tel que mentionné sur le plumeau d'audience ; que le premier juge a relevé que les frais de scolarité étaient de 500 ζ par trimestre, outre les frais de cantine ; que la modification des besoins de l'enfant depuis 2010 est de nature à faire échec à l'autorité de la chose jugée le 13 avril 2010 ; qu'au regard des éléments précédents, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de l'un ou l'autre des parents une contribution à l'entretien de l'enfant mais de partager les frais de scolarité par moitié, les frais de cantine étant à la charge du parent hébergeant pour sa propre période d'hébergement » ;

ALORS QUE : 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 ; qu'en l'espèce, il n'appartient pas au compagnon de madame Y... de contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant de celle-ci et de monsieur X... ; que la cour d'appel a relevé que madame Y... était sans profession et dépendait totalement de son compagnon qui assumait les charges du foyer ; qu'en tenant compte des revenus et charges de ce dernier pour décider qu'il n'y avait pas lieu à contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant à la charge du père mais de partager les frais de scolarité par moitié, la cour d'appel a violé les articles 203 et 371-2 du code civil, ensemble l'article 373-2-2 du même code.

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 janvier 2013), qu'un jugement du 20 février 1991 a prononcé le divorce de Gérard X...et de Mme Lesley Y... et homologué la convention de divorce qui prévoyait une prestation compensatoire sous forme de rente viagère d'un montant de 9 000 francs (1 372, 04 euros) au profit de l'épouse ; que Gérard X...s'est remarié le 22 septembre 2007 avec Mme Z... ; qu'un jugement du 3 mars 2008, confirmé par un arrêt du 5 février 2009, a rejeté sa demande de suppression de la prestation compensatoire ; qu'après le décès de Gérard X..., le 25 janvier 2009, Mme Y... a demandé la substitution d'un capital à la rente ;

Attendu que Mme Z... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande de suppression et de révision de la prestation compensatoire et de substituer un capital de 144 755, 62 euros à la rente viagère due à Mme Y... alors, selon le moyen :

1°/ que les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ; qu'il ressortait des propres constatations de la cour d'appel que, par arrêt du 5 février 2009, devenu définitif, la cour de Paris a jugé « il appartient aux parties, à compter du 1er janvier 2007, de calculer la rente viagère exigible par application des stipulations de la convention définitive homologuée » ; qu'agissant en tant qu'héritière de feu son époux, Mme X...demandait précisément l'application de la convention définitive homologuée ainsi que M. X...s'y était lui-même employé de son vivant en ayant invoqué tant le cas de suppression de la prestation compensatoire en cas de remariage que le changement important dans les ressources des parties ; qu'en déboutant cependant Mme Z...de sa demande en suppression et en révision de la prestation compensatoire fondée sur la convention définitive homologuée, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard des dispositions de l'article 480 du code de procédure civile, ensemble celles des articles 724 et 1351 du code civil ;

2°/ que la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ; que les effets des contrats conclus antérieurement à une loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés ; que la convention définitive, homologuée le 20 février 1991, a été établie par les parties en référence expresse aux dispositions de l'article 279 alinéa 3 du code civil lequel renvoyait lui-même à celles de l'article 276-3 du même code disposant en son alinéa 3 : « L'action en révision est ouverte au débiteur et à ses héritiers » ; qu'en rejetant dès lors l'action en révision de la prestation compensatoire de Mme X..., agissant en qualité d'héritière de feu son époux, en application de la convention définitive homologuée aux motifs que « l'alinéa 3 de l'article 276-3 qui prévoyait que l'action en révision était ouverte au débiteur et à ses héritiers a été supprimé par la loi du 26 mai 2004 » (arrêt attaqué p. 5, § 1er), la cour d'appel a violé les dispositions des articles 2 et 279 du code civil ;

3°/ que la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que les dispositions d'un arrêt concernant la capitalisation d'une rente se trouvent dans un lien de dépendance nécessaire avec le chef de l'arrêt relatif à la demande de suppression ou révision de la rente ; que dès lors la cassation à intervenir de la disposition de l'arrêt ayant débouté Mme X...de sa demande tant de suppression que de révision de la prestation compensatoire entraînera par voie de conséquence l'annulation du chef de l'arrêt en ce qu'il a substitué un capital de 144 755, 62 euros à la rente viagère versée à Mme Y... en application des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, que c'est sans méconnaître l'autorité de la chose jugée que la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, que la demande de suppression de la prestation compensatoire formée par Gérard X...avait été rejetée par un arrêt du 5 février 2009, que celui-ci n'avait pas demandé la révision judiciaire de la rente viagère et que, les parties ne s'étant pas, du vivant de Gérard X..., accordées sur une révision de la prestation compensatoire selon les modalités prévues par la convention homologuée, ses héritiers ne pouvaient opérer une révision unilatérale du montant de la rente, non consentie par le créancier ;

Attendu, ensuite, que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt rappelle, à bon droit, qu'il résulte des dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004, d'une part, que les articles 280 et 280-1 du code civil, issus de cette loi, sont applicables aux prestations compensatoires allouées avant son entrée en vigueur, sous réserve que la succession du débiteur n'ait pas donné lieu à un partage définitif à cette date, d'autre part, que les dispositions de l'article 276-3 du code civil, issues de la même loi, sont également applicables aux rentes viagères fixées par le juge ou par convention avant son entrée en vigueur, de sorte que l'action en révision n'est plus ouverte aux héritiers lorsque la prestation compensatoire sous forme de rente est capitalisée en raison du décès du débiteur ; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'en l'absence d'accord des héritiers pour maintenir les modalités de règlement de la prestation compensatoire sous forme de rente, comme le leur permettait l'article 280-1 du code civil, il devait lui être substitué un capital immédiatement exigible ;

D'où il suit que le moyen, qui n'est pas fondé en ses deux premières branches et est devenu inopérant en sa troisième, ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme Z... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à Mme Y... la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre novembre deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Copper-Royer, avocat aux Conseils, pour Mme Z....

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Madame X...de sa demande de suppression et de révision de la prestation compensatoire et d'AVOIR substitué un capital de 144. 755, 62 € à la rente viagère due à Madame Y....

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « (i) SUR LA DEMANDE DE SUPPRESSION DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE

« (i) la convention de divorce des époux homologuée par le Juge aux Affaires Familiales le 20 février 1991 prévoit qu'il est convenu entre les parties que cette rente pourra, conformément à l'article 276-3 du Code civil, en cas de changement imprévu dans les ressources et besoins de chacun des époux, être révisée selon un mode de calcul précis contenu dans la convention ;

(i) que l'article 276-3 du Code civil énonce que la prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, que la Cour d'appel dans un arrêt du 05 février 2009 n'a pas fait droit à la demande de Monsieur X...de voir cette prestation compensatoire supprimée et a constaté que Monsieur X...n'avait pas cru devoir solliciter la diminution de la prestation compensatoire comme la convention le lui permettait, que les parties n'ayant pas conclu de nouvel accord de révision de la prestation compensatoire, cette décision s'applique,

(i) que ni l'article 276-3 du Code civil ni la convention de divorce des époux homologuée ne prévoient que l'action en suppression de la prestation compensatoire peut être exercée par les héritiers,

(i) que la demande de suppression de la prestation compensatoire formée par Madame Z... sera rejetée,

SUR LA DEMANDE DE REVISION DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE

Il résulte de l'application combinée des articles 280-1 et 276-3 du Code civil que l'action en révision de la prestation compensatoire ne peut être engagée par les héritiers du débiteur que lorsque les modalités de règlements sous forme de rente temporaire ou viagère ont été maintenues selon un accord entre les héritiers, que l'alinéa 3 de l'article 276-3 qui prévoyait que l'action en révision était ouverte au débiteur et à ses héritiers a été supprimé par la loi du 26 mai 2004, qu'il faut donc en déduire que cette action n'est plus ouverte aux héritiers lorsque la prestation compensatoire sous forme de rente est capitalisée en raison du décès du débiteur,

« (i) qu'en l'espèce, les héritiers de Monsieur X...n'ont pas conclu d'accord pour maintenir les modalités de règlement de la prestation compensatoire due à Madame Y..., que Madame Z...est donc irrecevable à solliciter la révision du montant de la prestation compensatoire ;

SUR LA DEMANDE DE CAPITALISATION DE LA RENTE :

« (i) que l'article 280 du Code civil prévoit qu'à la mort de l'époux débiteur, la prestation compensatoire lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible. Il précise que la substitution s'effectue selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat ;

« (i) qu'il convient sur ce point de confirmer la décision entreprise sur le calcul de la capitalisation et de dire que la succession de Monsieur X...est redevable envers Madame Y... de la somme de 144. 755, 62 i ;

« (i) que conformément aux dispositions de l'article 1153-1 du Code civil, la condamnation emporte intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en dispose autrement, en l'espèce il n'y a pas lieu d'en disposer autrement » (arrêt attaqué p. 4, § 6 au dernier et p. 5, § 1 à 5).

ET AUX MOTIFS ADOPTES DES PREMIERS JUGES QUE : « Sur l'application de la loi du 26 mai 2004 dans le temps

Il ressort des dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004 que les dispositions nouvelles des articles 280 à 280-2 du Code civil relatives au devenir de la prestation compensatoire au décès du débiteur sont applicables aux prestations compensatoires allouées avant le 1er janvier 2005, sauf lorsque la succession a donné lieu à un partage définitif à cette date.

Il ressort ainsi de l'article 280 du Code civil qu'à la mort de l'époux débiteur, le paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. Lorsque la prestation compensatoire a été fixée sous forme d'un capital payable sous formes de versements périodiques dans la limite de huit années, le solde de ce capital indexé devient immédiatement exigible. Lorsqu'elle a été fixée sous forme de rente, il lui est substitué un capital immédiatement exigible. La substitution s'effectue selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Sur le montant de la rente viagère au moment du décès de Monsieur Gérard X...

Il résulte de l'article 276-3 du Code civil que la prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties.

Il apparaît que les dispositions de l'alinéa 3 dudit article selon les lesquelles « l'action en révision est ouverte au débiteur et à ses héritiers » ont été supprimées par la loi du 26 mai 2004.

L'article 280-1 du Code civil dispose ainsi que par dérogation à l'article 280, les héritiers peuvent décider ensemble de maintenir les formes et les modalités de règlement de la prestation compensatoire qui incombaient à l'époux débiteur, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation. A peine de nullité l'accord est constaté par acte notarié.



Lorsque les modalités de règlement de la prestation compensatoire ont été maintenues, les actions prévues au deuxième alinéa de l'article 275 et aux articles 276-3 et 276-4, selon que la prestation compensatoire prend la forme d'un capital ou d'une rente temporaire ou viagère, sont ouvertes aux héritiers.

En l'espèce, les héritiers de Monsieur Gérard X...ne se sont pas entendus pour maintenir les formes et les modalités de règlement de la prestation compensatoire due à Madame Lesley Y.... La succession de Monsieur Gérard X...est donc irrecevable à solliciter la révision du montant de la prestation compensatoire et ne peut au surplus opérer une révision unilatérale du montant de la rente, non consentie par le créancier.

L'argumentation de Madame Brigitte Z... selon laquelle le montant de la rente doit être révisé compte tenu de la diminution des revenus de Monsieur Gérard X...les années précédant son décès et selon les modalités prévues par la convention ne saurait valablement prospérer, d'autant au surplus que Monsieur Gérard X...n'avait pas sollicité la révision de la rente, même subsidiairement à sa demande tendant à la suppression de la prestation compensatoire.

Il ressort des éléments versés aux débats qu'au jour du décès de Monsieur Gérard X..., le montant de la rente viagère due à Madame Lesley Y... après indexation s'élevait à 1854, 56 €.

Sur la demande de suppression de la prestation compensatoire

Si l'article 276-3 du Code civil dispose que la prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, aucune disposition légale ni issue de la convention de divorce ne prévoit que les héritiers peuvent demander la suppression de la prestation compensatoire qui était due par le débiteur décédé.

Il sera rappelé également que la demande de suppression de la prestation compensatoire formulée par Monsieur Gérard X..., de son vivant, avait été rejetée par le juge aux affaires familiales de Paris dont le jugement a été confirmé par la Cour d'appel de Paris le 5 février 2009.

Madame Brigitte Z... sera dès lors déboutée de sa demande en ce sens.  
Sur la demande de capitalisation

La demande de substitution d'un capital à une rente formulée par Madame Lesley Y... se fonde désormais sur les articles 280 et suivants et non plus sur l'article 276-4 du Code civil qui avait été invoqué au soutien de la demande reconventionnelle au cours de la procédure précédente.

Il ressort des dispositions de l'article 280 et 280-1 du Code civil rappelées ci-dessus que la demande de substitution d'un capital à une rente s'opère automatiquement en cas de décès du débiteur, sauf aux héritiers de décider ensemble de maintenir les formes et les modalités de règlement de la prestation compensatoire qui incombaient à l'époux débiteur, en s'obligeant personnellement au paiement de cette prestation.

L'article 1er du Décret du 29 octobre 2004 dispose que lors de la substitution totale ou partielle, en application notamment de l'article 280 du Code civil, d'un capital à une rente fixée par le juge ou par convention à titre de prestation compensatoire, le capital alloué au créancier est égal à un montant équivalant à la valeur actuelle probable de l'ensemble des arrrages de la rente, à la date, selon le cas, de la décision du juge opérant cette substitution ou du décès du débiteur. Ladite valeur résulte d'un taux de capitalisation de 4 % et des probabilités de décès du créancier, selon son âge et son sexe, établies par les tables de mortalité INSEE.

Il ressort des tables annexées que le coût d'un euro de rente viagère selon l'âge de Madame Lesley Y... au décès de Monsieur Gérard X...est de 14, 116 €.

Il ressort de l'article 280-2 du Code civil que les pensions de réversion éventuellement versées du chef du conjoint décédé sont déduites de plein droit du montant de la prestation compensatoire lorsque celle-ci, au jour du décès, prenait la forme d'une rente.

Il ressort des éléments versés aux débats que Madame Lesley Y... perçoit depuis le décès de Monsieur Gérard X...des pensions de réversion. Elle a ainsi perçu en 2009 :  
- pension de réversion CNAV : 382, 79 € net par mois  
-pension de réversion RACL : 1410, 43 € brut par trimestre  
-pension de réversion IRCEC : 187, 85 € brut par trimestre  
-pension de réversion AUDIENS : 340, 76 € net par trimestre.

Il ressort des éléments versés aux débats que Madame Lesley Y... a perçu une pension mensuelle moyenne au titre de la réversion des droits de son ex-époux de l'ordre de 1000 € en 2009.

La succession de Monsieur Gérard X...est donc redevable envers Madame Lesley Y... de la somme de 144.755, 62 €.

Conformément aux dispositions de l'article 1153-1 du Code civil, la condamnation emporte intérêts au taux légal à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en dispose autrement. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'en disposer autrement » (jugement p. 3, 2 derniers § à p. 5 § 1 à 8).

ALORS, D'UNE PART, QUE les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt ; qu'il ressortait des propres constatations de la Cour d'appel que, par arrêt du 5 février 2009, devenu définitif, la Cour de PARIS a jugé « il appartient aux parties, à compter du 1er janvier 2007, de calculer la rente viagère exigible par application des stipulations de la convention définitive homologuée » ; qu'agissant en tant qu'héritière de feu son époux, Madame X...demandait précisément l'application de la convention définitive homologuée ainsi que Monsieur X...s'y était lui-même employé de son vivant en ayant invoqué tant le cas de suppression de la prestation compensatoire en cas de remariage que le changement important dans les ressources des parties ; qu'en déboutant cependant Madame Z...de sa demande en suppression et en révision de la prestation compensatoire fondée sur la convention définitive homologuée, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard des dispositions de l'article 480 du Code de procédure civile, ensemble celles des articles 724 et 1351 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART et SUBSIDIAIREMENT, QUE la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ; que les effets des contrats conclus antérieurement à une loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés ; que la convention définitive, homologuée le 20 février 1991, a été établie par les parties en référence expresse aux dispositions de l'article 279 alinéa 3 du Code civil lequel renvoyait lui-même à celles de l'article 276-3 du même Code disposant en son alinéa 3 : « L'action en révision est ouverte au débiteur et à ses héritiers » ; qu'en rejetant dès lors l'action en révision de la prestation compensatoire de Madame X..., agissant en qualité d'héritière de feu son époux, en application de la convention définitive homologuée aux motifs que « l'alinéa 3 de l'article 276-3 qui prévoyait que l'acte en révision était ouverte au débiteur et à ses héritiers a été supprimé par la loi du 26 mai 2004 » (arrêt attaqué p. 5, § 1er), la Cour d'appel a violé les dispositions des articles 2 et 279 du Code civil.

ALORS, ENFIN, QUE la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que les dispositions d'un arrêt concernant la capitalisation d'une rente se trouvent dans un lien de dépendance nécessaire avec le chef de l'arrêt relatif à la demande de suppression ou révision de la rente ; que dès lors la cassation à intervenir de la disposition de l'arrêt ayant débouté Madame X...de sa demande tant de suppression que de révision de la prestation compensatoire entraînera par voie de conséquence l'annulation du chef de l'arrêt en ce qu'il a substitué un capital de 144.755, 62 € à la rente viagère versée à Madame Y... en application des dispositions de l'article 625 du Code de procédure civile.

<b>SÉANCE 9</b> <b>L'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION ET DE L'ADOPTION</b>
--

**SOMMAIRE :**

**1) La filiation**

- CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Mazurek c/ France, n°34406/97
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2010, n°08-14.619
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 2005, n°05-13.006

**2) L'adoption**

- CEDH, 10 janvier 2008, Kearns c/ France, n°35991/04
- CEDH, 26 février 2002, Fretté c/ France, n°36515/97
- CEDH, 4 octobre 2012, Harroudj c. France
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 2009, n°0811.033
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2011, n° 10-13996
- I. Gallmeister, « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France : Arrêt rendu par Cour européenne des droits de l'homme anc. 5 sect. 15032012 », Recueil Dalloz 2012, p. 1241
- Communiqué de presse de la Cour européenne des droits de l'homme : « L'impossibilité d'accès à l'adoption coparentale pour les couples homosexuels en Autriche est discriminatoire en comparaison avec la situation des couples hétérosexuels non mariés »

**TRAVAIL À EFFECTUER :**

- **Lecture des documents**
- **Analyse de tous les arrêts**
- **Commentaire de l'arrêt** : CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Mazurek c/ France, n°34406/97

## I. LA FILIATION

---

### **Document 1 : CEDH, 1<sup>er</sup> février 2000, Affaire Mazurek contra France**

En l'affaire Mazurek c. France,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de : (...)

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

#### **PROCEDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34406/97) dirigée contre la République française et dont un ressortissant, M. Claude Mazurek (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 13 décembre 1996 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le 20 octobre 1997, la Commission a décidé de porter la requête à la connaissance du gouvernement français (« le Gouvernement »), en l'invitant à présenter par écrit des observations sur sa recevabilité et son bien-fondé. Le Gouvernement a présenté ses observations le 9 mars 1998, après prorogation du délai imparti, et le requérant y a répondu le 22 avril 1998.

3. A la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1er novembre 1998, et conformément à l'article 5 § 2 dudit Protocole, l'affaire a été examinée par la Cour.

4. Conformément à l'article 52 § 1 du règlement de la Cour (« le règlement »), le président de la Cour, M. L. Wildhaber, a attribué l'affaire à la troisième section. La chambre constituée au sein de ladite section comprenait de plein droit M. J.-P. Costa, juge élu au titre de la France (articles 27 § 2 de la Convention et 26 § 1 a) du règlement), et Sir Nicolas Bratza, président de la section (article 26 § 1 a) du règlement). Les autres membres désignés par ce dernier pour compléter la chambre étaient M. L. Loucaides, Mme F. Tulkens, M. W. Fuhrmann, M. K. Jungwiert et M. K. Traja (article 26 § 1 b) du règlement).

5. Le 4 mai 1999, la chambre a déclaré la requête recevable<sup>1</sup> et a décidé d'inviter les parties à lui présenter, au cours d'une audience, leurs observations sur le fond.

6. L'audience s'est déroulée en public le 12 octobre 1999, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu :(...)

#### **EN FAIT**

##### **I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPECE**

7. Le requérant, Claude Mazurek, est un ressortissant français né en 1942 à Avignon et domicilié à La Grande-Motte.

8. La mère du requérant décéda le 1er août 1990 d'une encéphalopathie au virus de l'immunodéficience humaine, le mode de contamination retenu étant post- transfusionnel. Elle laissait deux enfants : un fils naturel, Alain, né en 1936 et légitimé par le mariage de sa mère en 1937, et le requérant, né en 1942, déclaré sous le seul nom de sa mère, celle-ci étant alors encore mariée bien que séparée de fait. Le divorce fut prononcé au mois de juillet 1944.

9. Par un acte du 30 avril 1991, Alain fit assigner le requérant devant le tribunal de grande instance de Nîmes en demandant que soit ordonné le partage de la succession par notaire, qu'il soit jugé que le requérant, enfant adultérin, ne pouvait prétendre qu'à un quart de la succession, que soit ordonnée la consignation entre les mains du notaire d'une somme irrégulièrement retirée par le requérant sur le compte de sa mère et transférée sur un compte personnel alors que celle-ci était dans le coma.

10. Dans ses conclusions, le requérant acceptait la désignation du notaire pour liquider la succession, mais soutenait que l'article 760 du code civil qui limite les droits successoraux de l'enfant adultérin était discriminatoire et incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention, les dispositions de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'article 334 du code civil posant le principe de l'égalité des filiations. Il demandait que lui soient reconnus des droits successoraux identiques à ceux d'un enfant légitime. Il soutenait par ailleurs que la somme dont la consignation était requise avait été virée à titre de libéralité non rapportable ainsi que le prouvaient un courrier de la défunte du 20 janvier 1988, un pouvoir général bancaire du 2 février 1988 et des témoignages.

11. Par un jugement du 21 janvier 1993, le tribunal ordonna le partage de la succession. Quant aux droits du requérant, il se référa à l'article 760 du code civil (paragraphe 17 ci-dessous).

En admettant que cette disposition était dérogatoire au principe d'égalité des filiations posé par l'article 334, alinéa 1er, du code civil, le tribunal estima qu'elle ne visait pas à opérer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais à assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié qui donne naissance à un enfant naturel. Il en conclut que cette disposition était rendue nécessaire pour protéger les droits d'autrui et était un principe d'ordre public non contraire à la Convention.

Quant à la somme qui avait été retirée par le requérant et virée sur son propre compte, le tribunal estima que celui-ci n'avait fait qu'exécuter la volonté de sa mère de le gratifier par préciput et que, si cette libéralité devait être fictivement rapportée à la masse partageable pour le calcul de la quotité disponible, il n'y avait pas lieu en l'état d'ordonner la consignation de la somme entre les mains du notaire liquidateur.

12. Devant la cour d'appel, le requérant invoqua notamment l'incompatibilité de l'article 760 du code civil avec les articles 8 et 14 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1.

13. Par un arrêt du 24 mars 1994, la cour d'appel de Nîmes confirma le jugement entrepris quant à l'ouverture de la succession et la détermination des droits successoraux du requérant. Elle estima toutefois que la somme virée sur le compte du requérant devait être rapportée à la succession car il n'avait pas apporté la preuve d'une libéralité voulue par sa mère.

14. Quant au grief tiré de l'incompatibilité de la discrimination entre enfant légitime et enfant adultérin avec les dispositions de la Convention, la cour d'appel considéra :

« Attendu en l'espèce que les dispositions de l'article 760 du code civil, qui limitent les droits successoraux de l'enfant adultérin, sont directement liées au principe d'ordre public de notre droit selon lequel le mariage a un caractère monogamique et selon lequel il est nécessaire de protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère;

Attendu que les dispositions de cet article n'ont pas été édictées pour porter préjudice à l'enfant adultérin mais pour protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère, qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure volontairement discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin, qu'en l'espèce cet article assure la protection des enfants nés du mariage qui pourraient être défavorisés lorsque s'ouvre la succession de leurs parents par la présence d'un enfant adultérin qui, du fait du pré-décès du conjoint non adultère, et du régime matrimonial choisi par les conjoints, pourrait recueillir dans la succession de son auteur à la fois les biens provenant de celui-ci et les biens provenant du conjoint dont il n'est pas l'enfant ;

Attendu que c'est donc à bon droit que le tribunal a estimé que la volonté du législateur n'est pas de pratiquer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais d'assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié à l'égard de ses enfants légitimes, que le tribunal a estimé donc à bon droit également que l'article 760 du code civil est une disposition rendue nécessaire pour la protection des droits d'autrui, qu'il est un principe d'ordre public de notre droit et qu'il n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme ; »

15. Sur pourvoi du requérant, la Cour de cassation rendit son arrêt le 25 juin 1996. Sur le moyen du requérant tiré d'une discrimination injustifiée entre les enfants naturels et légitimes fondée sur la naissance, et ce en violation des articles 8 et 14 de la Convention, elle considéra que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention.

Quant au grief tiré du fait que la cour d'appel avait ordonné le rapport à la succession de la somme virée sur le compte du requérant, la Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait souverainement estimé que les circonstances de la cause ne démontraient pas de la part de la défunte la volonté de faire bénéficier son fils d'une donation précipitaire.

16. Par ailleurs, le 14 janvier 1994, la commission du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles attribua au requérant à titre personnel une indemnisation de 40 000 francs français (FRF) et évalua le préjudice de la défunte à 500 000 FRF devant être versés à sa succession. Cette somme fut donc versée entre les mains du notaire chargé de la succession et le requérant en perçut ultérieurement un quart.

## **II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT**

### **A. Le code civil**

17. Les dispositions pertinentes du code civil, issues de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, se lisent comme suit :

#### **Article 745**

« Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation.»

**Article 757**

« L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime.»

**Article 760**

« Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires.»

**B. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant**

18. Les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, se lisent comme suit :

**Article 2**

« 1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

**C. Les propositions et projets de réforme**

19. Dans un rapport intitulé « Statut et protection de l'enfant », adopté en mai 1990, le Conseil d'Etat évoque la question de l'égalité dans les effets de la filiation dans les termes suivants:

« La réduction de la vocation successorale des enfants adultérins est très critiquée. Elle apparaît directement contraire à l'égalité des filiations et constitue une atteinte aux principes posés par le Code civil selon lesquels l'enfant naturel a en général les mêmes droits que l'enfant légitime. Cette discrimination fondée sur la filiation semble également contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle devrait donc être supprimée. »

Le rapport du Conseil d'Etat livre également des données socio-démographiques. Il en ressort qu'au 1er janvier 1990 un enfant sur dix était né hors mariage, la proportion dépassant un sur quatre pour les naissances de 1988. En outre, des modifications

substantielles dans les comportements familiaux sont apparues pendant la seconde moitié de la décennie 1970, « avec une baisse du nombre annuel de mariages de 30

% entre 1975 et 1985, une multiplication par 2,5 du nombre des naissances illégitimes sur la même période, et un développement de la cohabitation hors mariage si rapide que c'est maintenant le type de première union pour deux Français sur trois (...) quant aux divorces, leur nombre annuel avait déjà presque doublé entre 1960 et 1975, et il a encore doublé au cours des dix années suivantes ».

20. Un projet de loi, enregistré le 23 décembre 1991 (n° 2530), proposa d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants. Ce projet n'eut pas de suite.

21. Le 3 février 1998, le garde des Sceaux chargea Mme Irène Théry, sociologue, de prendre en compte les évolutions de la famille. Le rapport intitulé « Couple, filiation et parenté aujourd'hui » fut déposé le 14 mai 1998. Il releva l'absence de fracture sociologique entre les couples mariés ou non, et critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins.

22. En août 1998, un groupe de travail sur le droit de la famille fut mis en place par la ministre de la Justice afin, notamment, « de tenir juridiquement compte de l'évolution des faits », pour éviter « que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit ». Présidée par le professeur Françoise Dekeuwer-Defossez, la commission rendit son rapport le 14 septembre 1999. Celui-ci contient un ensemble de propositions afin de « rénover le droit de la famille ». En particulier, la commission préconise de « parfaire l'égalité des filiations » dans les termes suivants :

« L'égalité des filiations a été l'un des deux principes directeurs de la loi du 3 janvier 1972. A l'époque, un compromis était cependant nécessaire et l'égalité parfaite n'a pas été atteinte. Aujourd'hui, il semble indispensable d'achever l'évolution et d'atteindre l'égalité des filiations. Pour réaliser cet objectif, il convient d'une part d'achever l'égalité des statuts et d'autre part d'unifier le droit à la filiation pour que l'établissement ou la contestation d'une filiation ne dépende plus du statut juridique des parents.

#### SS1. Achever l'égalité des statuts

Unanimement et sans hésitation, le groupe de travail a jugé le moment venu d'abroger les restrictions légales aux droits successoraux des enfants adultérins. En effet, ceux-ci se trouvent diminués de moitié lorsque l'enfant adultérin vient en concours avec des demi-frères et sœurs ou avec le conjoint victime de l'adultère.

Plusieurs arguments militent fortement dans le sens d'une abrogation. Le premier est tout simplement chronologique. Les solutions adoptées par la loi du 3 janvier 1972 constituaient, selon les auteurs les plus autorisés « une transaction sans gloire », fruit d'une « loi de compromis ». Cette transaction, et ce compromis, étaient imposés par la nécessité de respecter une transition, permettant l'insertion progressive dans notre droit du principe d'égalité que la loi entendait promouvoir. Vingt-sept ans après, le temps des transitions est terminé. Un second argument tient à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il est prévisible que la règle française sera prochainement condamnée, et l'on peut préférer une modification de notre droit qui ne paraîtrait pas imposée de l'extérieur. Enfin, et surtout, le parti choisi par le groupe d'unifier le droit de la filiation en abrogeant les classifications qui le divisent rend de plus en plus difficile le maintien d'inégalités fondées sur les conditions de la naissance, sans encourir inévitablement le double grief d'injustice et de contradiction.



Faut-il craindre d'ébranler ainsi le sens du mariage, en portant atteinte à la foi que les époux se sont promis ? Le groupe ne le pense pas. L'adultère est évidemment une blessure grave infligée au conjoint qui en est victime, et par-delà les époux, aux enfants nés de leur union. En termes plus juridiques, l'adultère est toujours une faute et il peut être une faute grave, car le devoir de fidélité est inhérent à l'engagement conjugal. Mais cette faute, si elle doit être sanctionnée, ne peut l'être que dans la personne de ceux qui l'ont commise, et certainement pas à notre sens dans la personne de l'enfant qui en est issu. Il est contradictoire d'affirmer l'égale responsabilité des parents envers leurs enfants quelle que soit la manière dont ils choisissent de vivre leur vie de couple, et de faire supporter par un enfant, parce qu'il est adultérin, les conséquences de l'infidélité de son auteur.

Plus concrètement, situer sur le terrain successoral la sanction des devoirs acceptés dans le mariage ne paraît ni juste ni opportun. D'une part, les relations entre époux auront souvent été rompues bien avant la naissance de cet enfant, et il y a alors quelque hypocrisie à lui opposer les liens d'un engagement dont ceux qui l'avaient contracté se sont affranchis depuis longtemps. D'autre part, si même le lien conjugal a conservé jusqu'au bout sa réalité, n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? Au demeurant, dans l'état actuel du droit, il est presque toujours possible à l'auteur de l'enfant de « gommer » cette réduction de droits au moyen d'une légitimation – après divorce et remariage, voire sans divorce par autorité de justice – ou même d'une adoption. Loin de rendre la règle plus aisément supportable, cette faculté a pour effet de laisser à la discrétion du parent adultère le sort final de l'enfant. Ainsi les dispositions actuelles aboutissent-elles à multiplier les inégalités, sans parvenir à affirmer de manière forte le sens de l'engagement conjugal.

Ajoutons que nous paraît devoir être écartée une solution intermédiaire par laquelle on abrogerait la protection que la loi actuelle assure aux enfants issus du mariage (notamment les articles 760 et 915) tout en maintenant celle dont bénéficie l'époux trompé, victime directe de l'adultère, à travers les articles 759 et 767 alinéa 2. On se conformerait ainsi « a minima » aux conventions internationales dont la seule préoccupation est celle de l'égalité entre enfants, tandis que les protections propres au conjoint ne trouvent, par hypothèse, à s'appliquer qu'en l'absence d'autres descendants du défunt. Cette solution hybride ne serait qu'une manière de ne pas trancher le débat. Ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation.

Proposition :

– Abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin. »

## EN DROIT

23. Le requérant allègue être victime d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison du fait que les dispositions applicables en droit civil français ont limité ses droits successoraux sur les biens de sa mère par rapport à ceux de son demi-frère.

24. La Cour estime que, la succession étant déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, il convient d'examiner au premier chef la requête sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens du requérant combiné avec le principe de non-discrimination (voir, mutatis mutandis, arrêt Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 38).

#### I SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1 COMBINE AVEC L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION

25. Le requérant se plaint que, du fait de l'application par les juridictions françaises de l'article 760 du code civil, il lui a été alloué une part de la succession de sa mère inférieure à celle qu'a obtenue son demi-frère et ce, parce qu'il était un enfant adultérin.

26. Les articles 1 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention se lisent respectivement comme suit:

##### **Article 1 du Protocole n° 1**

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

##### **Article 14 de la Convention**

« 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. »

27. Le requérant rappelle que son demi-frère était un enfant naturel qui a été légitimé par le mariage de ses parents. Il estime que la différenciation, quant aux droits successoraux, entre enfant naturel légitimé par le mariage et enfant adultérin venant en concours ne répond pas à un but légitime. Il ajoute que, même en se plaçant sur le terrain de la défense de l'institution du mariage et de la famille traditionnelle, la différence de traitement réservée à l'enfant adultérin par rapport à l'enfant naturel légitimé est inacceptable puisque, dans les deux cas, l'enfant est conçu hors des liens du mariage. Ainsi, l'égalité de droit ne contreviendrait en rien au règlement d'une situation qui ne s'est pas édifiée sur la foi du mariage, mais en marge du mariage. En outre, il ne s'agissait pas en l'occurrence de protéger le conjoint victime de l'adultère, puisque le divorce avait été prononcé le 4 juillet 1944.

28. Le requérant fait encore observer que la méconnaissance par les juridictions internes de l'intention libérale de la défunte à son égard rend encore plus illégitime la différenciation de ses droits successoraux vis-à-vis de son demi-frère.

29. Le requérant considère que les moyens employés pour protéger la famille légitime étaient disproportionnés au but recherché.

30. Il rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des Etats, est un instrument vivant, à interpréter à la

lumière des conditions actuelles, et que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance horsmariage.

31. En se fondant sur le droit comparé européen, le requérant relève, quant aux arguments avancés par le Gouvernement, que la France se singularise au sein du Conseil de l'Europe en maintenant une position excessivement restrictive et discriminatoire sur cette question.

32. Pour ce qui est de la marge d'appréciation de l'Etat, le requérant considère que l'on n'aperçoit ni la motivation ni la démonstration d'une spécificité française sur le terrain de la morale, spécificité qui rendrait impossible la mise en œuvre du principe d'égalité constamment affirmé.

33. Le Gouvernement expose que les dispositions de l'article 760 du code civil reposent sur de très solides raisons qui répondent à un but légitime et respectent le rapport de proportionnalité exigé par la Cour. Il ajoute que, selon la jurisprudence, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable.

34. Pour ce qui est de la justification, le Gouvernement souligne que dans l'esprit de la loi du 3 janvier 1972 qui reconnaît l'égalité des filiations, l'article 760 du code civil est une exception introduite dans le but de protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité.

35. Il ajoute qu'accorder à l'enfant adultérin une stricte égalité de droits avec l'enfant légitime reviendrait à ne tenir aucun compte de la situation qui est édictée sur la foi du mariage et que la protection de la famille légitime est ainsi assurée par une protection particulière des membres de celle-ci qui sont particulièrement touchés par l'adultère, à savoir le conjoint et les enfants légitimes.

36. Le Gouvernement conclut qu'un tel but est légitime.

37. Il expose encore que les moyens employés sont proportionnés au but visé et souligne que l'Etat dispose en la matière d'une marge d'appréciation.

38. Il ajoute qu'il n'existe pas d'approche commune des Etats membres du Conseil de l'Europe concernant les droits des enfants adultérins et que la Cour a pris ce fait en considération dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark* (arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87).

39. Le Gouvernement estime mutatis mutandis que l'absence d'unité d'approche au sein du Conseil de l'Europe devrait conduire à reconnaître aux Etats une marge d'appréciation suffisante pour leur permettre de déterminer les mesures destinées à protéger les membres de la famille légitime, lorsqu'ils sont en concours avec des enfants adultérins pour la succession de leur auteur. Il souligne par ailleurs l'existence d'intérêts moraux qui entrent en jeu dans ce genre de situation.

40. En tout état de cause, le Gouvernement estime que les mesures prises ne sont pas disproportionnées au but poursuivi.

En effet, la restriction des droits de l'enfant adultérin n'est prévue que de manière exceptionnelle, lorsqu'il est en concours avec un enfant légitime ou avec un enfant naturel simple. Il ajoute que le conjoint adultère dispose de plusieurs moyens pour faire disparaître cette inégalité par la légitimation par mariage ou par autorité de justice.

41. La Cour rappelle tout d'abord que l'article 1 du Protocole n° 1 garantit en substance le droit de propriété (arrêt Inze précité, p. 17, § 38).

42. Dans la mesure où la mère du requérant était décédée au moment des faits, la Cour constate que le requérant avait automatiquement acquis, en vertu des articles 745, 757 et 760 du code civil français, des droits héréditaires sur la succession. Le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de son demi-frère.

43. Dès lors les faits de la cause relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1, et l'article 14 de la Convention peut s'appliquer en combinaison avec lui.

A. Sur l'existence d'une différence de traitement

44. La Cour relève d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas le fait que, en application des articles pertinents du code civil, les deux demi-frères ne se trouvaient pas dans la même situation vis-à-vis de la succession de leur mère.

45. Elle constate que c'est en raison de sa condition d'enfant adultérin que le requérant a vu réduire de moitié, au profit de son demi-frère, la part de la succession à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant naturel ou légitime et que cette différence de traitement est expressément prévue par l'article 760 du code civil.

46. La Cour rappelle, sur ce point, que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (arrêt Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 31).

47. Il convient dès lors de déterminer si la différence de traitement alléguée était justifiée.

#### **B. Sur la justification de la différence de traitement**

48. Au regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts Inze précité, p. 18, § 41, et Karlheinz Schmidt c. Allemagne du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24).

49. La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53). Or les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui n'a pas été ratifiée par la France. Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir, mutatis mutandis, les arrêts Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 37-38, § 78, et Inze précité, p. 18, § 41).

50. La Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime.

51. Reste la question de savoir, pour ce qui est des moyens employés, si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaît proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi.

52. La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 a notamment constitué une avancée importante dans l'évolution du droit de la famille et de la situation des enfants non légitimes, réglant la question de l'établissement de la filiation pour tous les enfants. Le 20 novembre 1989, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur la naissance, a été adoptée (paragraphe 18 ci-dessus). A sa suite, en mai 1990, le Conseil d'Etat a publié un rapport préconisant, données sociodémographiques à l'appui, la suppression de la discrimination successorale affectant les enfants adultérins (paragraphe 19 ci-dessus). En décembre 1991, un projet de loi a proposé d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants (paragraphe 20 ci-dessus). En 1998, deux missions furent successivement lancées à l'initiative du garde des Sceaux pour, d'une part, prendre en compte les évolutions de la famille sur le plan sociologique et, d'autre part, tenir juridiquement compte de l'évolution des faits. Le premier rapport, déposé le 14 mai 1998, critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins (paragraphe 21 ci-dessus) tandis que le second rapport, déposé le 14 septembre 1999, préconisa d'abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin (paragraphe 22 ci-dessus). Pour ce qui est de la situation dans les autres Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour note, contrairement aux affirmations du Gouvernement (paragraphe 38 ci-dessus), une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins. Elle ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention. A cet égard, la référence faite par le Gouvernement à l'arrêt Rasmussen (paragraphe 38 ci-dessus) n'est pas convaincante, les circonstances de fait et de temps n'étant pas les mêmes. Quant à l'argument tiré de la dimension des intérêts moraux (paragraphe 39 ci-dessus), la Cour ne peut que relever la teneur des données sociodémographiques à l'époque des faits, de même que, notamment, le projet de loi tendant, en 1991, à supprimer toute discrimination.

53. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le point de savoir si la mère du requérant avait ou non contrevenu aux engagements découlant de son mariage, vis-à-vis de la cellule familiale légitime. Elle note simplement que la mère du requérant et son mari étaient séparés de fait lors de la naissance du premier, naissance qui fut rapidement suivie d'un divorce (paragraphe 8 ci-dessus).

54. Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale.

55. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

## II. SUR LA VIOLATION DES ARTICLES 8 ET 14 COMBINÉS DE LA CONVENTION

56. Eu égard à la conclusion figurant au paragraphe précédent et compte tenu du fait que les arguments avancés par les parties sont les mêmes que ceux examinés dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief.

## III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

### **57. 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. Dommages**

58. Le requérant demande au titre du préjudice matériel la différence entre la somme qui lui a été allouée et celle qui lui serait revenue si un partage par moitié avait été effectué. Le Gouvernement ne s'y oppose pas. Dans ces conditions, la Cour dit qu'il y a lieu d'allouer au requérant la somme de 376 034,61 francs français (FRF) au titre du préjudicematériel.

59. Le requérant demande également une indemnisation de son préjudice moral qu'il chiffre à 100 000 FRF. Le Gouvernement s'oppose à cette demande. Statuant en équité, la Cour décide d'allouer au requérant 20 000 FRF au titre du préjudicemoral.

### **B. Frais etdépens**

60. Le requérant demande le remboursement de la totalité des frais qu'il a engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, soit respectivement 55 322,69 FRF et 72 360 FRF.

61. Le Gouvernement estime que seuls les frais engagés dans la procédure européenne, et dûment justifiés, pourront être pris en compte.

62. La Cour est d'avis que les frais engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, visaient à voir redresser la violation alléguée de la Convention. En équité, elle alloue la somme globale de 100 000 FRF à cetitre.

### **C. Intérêts moratoires**

63. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 3,47 % l'an.

### **Par ces motifs, la Cour**

1. Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention ;
2. Dit, par cinq voix contre deux, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention ;
3. Dit, à l'unanimité,

a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes:

I. 376 034,61 FRF (trois cent soixante-seize mille trente-quatre francs français soixante et un centimes) pour dommage matériel ;

II. 20 000 FRF (vingt mille francs français) pour dommage moral ;

III. 100 000 FRF (cent mille francs français) pour frais et dépens ;

b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 3,47 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;

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

Fait en français, puis communiqué par écrit le 1er février 2000, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

(...)

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion en partie dissidente commune à M. Loucaides et Mme Tulkens.

#### **OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE à M. LOUCAIDES ET Mme TULKENS, JUGES**

Si nous avons voté pour la violation de l'article 1 du Protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention, en revanche nous ne partageons pas la décision de la majorité selon laquelle « il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention ». Cette décision nous surprend dans la mesure où l'instruction de cette affaire, ainsi que la question posée aux parties en vue de l'audience, portait principalement sur le grief du requérant tiré de l'article 8 de la Convention, combiné avec l'article 14. Contrairement à l'avis de la Cour tel qu'il est exprimé au paragraphe 56 de l'arrêt, nous pensons qu'il était nécessaire de statuer, en premier lieu, sur la question du droit au respect de la vie familiale, quitte à conclure qu'aucun problème distinct ne se posait sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1.

Nous nous limiterons à évoquer deux raisons qui, en l'espèce, se conjuguent et se prêtent un appui mutuel.

1. La première raison concerne le respect dû au requérant. Tout au long de cette affaire, aussi bien devant les juridictions internes que devant la Cour, le requérant n'a pas voulu réduire le litige à une seule question d'argent, mais il l'a soutenu comme une question de discrimination liée au statut des « enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne » et encore malheureusement qualifiés d'enfants naturels « adultérins ». Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle il a décliné une proposition de règlement amiable qui se limitait au seul aspect patrimonial du litige.

Le seul fait que la succession était déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, ce qui justifie aux yeux de la Cour l'examen de celle-ci sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens (paragraphe 24, 42 et 43 de l'arrêt), comme le demandait le Gouvernement, ne nous paraît pas décisif. La commission pour le droit de la famille instituée en 1998, notamment pour éviter « que ne se creuse un fossé

entre les aspirations [des citoyens] et le droit », estime à juste titre, dans son rapport du 14 septembre 1999, que situer le problème sur le seul terrain successoral « ne paraît ni juste ni opportun », car « n'est-il pas vain d'espérer qu'un avantage successoral pourra réparer une déchirure qui se situe par nature dans un tout autre plan ? » (paragraphe 22 de l'arrêt).

2. La seconde raison concerne la limitation des droits successoraux telle qu'elle est prévue par l'article 760 du code civil. Cette limitation, jugée à juste titre par la Cour comme contraire à l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, trouve sa cause dans le statut d'infériorité de l'enfant « adultérin », lequel subsiste encore dans d'autres dispositions du code civil (articles 334-7, 759, 761, 762, 767, alinéa 3, 908, 915-2, 1097-1) à la suite de la réforme inachevée de la loi du 3 janvier 1972. C'est donc bien là, au niveau de la vie familiale, que le problème se pose : une discrimination fondée sur la filiation. Le même rapport de la commission sur le droit de la famille du 14 septembre 1999, que nous avons évoqué au point précédent, l'a bien perçu lorsqu'il préconise de « parfaire l'égalité des filiations » et, à cette fin, estime qu'il est nécessaire « d'achever l'égalité des statuts

» (paragraphe 22 de l'arrêt). En se limitant à l'une des conséquences de ce statut, en l'espèce les restrictions aux droits successoraux des enfants « adultérins », sur l'abrogation desquelles il existe d'ailleurs un large consensus, la Cour ne pose peut-être pas le problème dans les termes où il est susceptible de trouver son sens, à savoir le maintien d'inégalités, dans le droit de la filiation, fondées sur les conditions de naissance. En l'espèce, le choix de la *lex specialis* risque de s'apparenter à une forme de « minimalisme » judiciaire ou, pour reprendre les termes du rapport de la commission présidée par le professeur Dekeuwer-Defossez, à une « solution hybride », car « ce qui est en cause, en effet, n'est pas seulement l'égalité concrète entre enfants issus de lits différents dans le partage de la succession de leur auteur commun, mais, de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation » (paragraphe 22 in fine de l'arrêt). En outre, l'arrêt de la Cour laisse dans l'incertain la question de savoir si elle considère, comme le suggère le Gouvernement, que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention, ce qui pourrait paraître comme une régression par rapport à des arrêts antérieurs.

A la lumière de l'importance que les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent à l'égalité, en matière de droits civils, entre les enfants issus du mariage et les enfants nés hors mariage, la clarté de notre jurisprudence, essentielle pour l'exécution et la mise en œuvre des arrêts de la Cour ainsi que leur contribution à la garantie collective des droits de l'homme, nous paraît une exigence à rappeler. Nous espérons toutefois que le présent arrêt permettra d'achever une évolution qui est souhaitée depuis longtemps et d'atteindre ainsi l'égalité des filiations.

### **Document 2 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 2010, n°08-14.619 :**

Sur le moyen unique des pourvois principal et incident, qui sont identiques, pris en ses deux branches :

Attendu que le 7 avril 1999 est née Eglantine Charlotte X... de Brigitte X... qui l'a reconnue le 14 avril 1999 ; que le 30 octobre 1999, M. Y..., concubin de la mère, a



reconnu l'enfant ; que par déclaration conjointe de Brigitte X... et de M. Y... du 2 mars 2000, Eglantine a pris le nom de Y... ; que le 14 juin 2002, M. Z... a déclaré, devant l'officier d'état civil, reconnaître pour sa fille Eglantine Y... et a, le 11 juillet 2003, fait assigner Brigitte X... et M. Y... en contestation de la reconnaissance de ce dernier ; qu'à la suite du décès de Brigitte X... survenu le 7 octobre 2004, Mme Liliane X..., épouse A..., tante de l'enfant, a été désignée en qualité d'administrateur ad hoc d' Eglantine par le juge des tutelles ; que, statuant après dépôt d'un rapport d'expertise ayant exclu de façon certaine la paternité de M. Y... et dit que M. Z... avait 99,999 chances sur cent d'être le père de l'enfant, le tribunal de grande instance de Nanterre a, par jugement du 8 septembre 2006, annulé la première reconnaissance paternelle, donné son plein effet à la seconde et dit que l'enfant porterait désormais le nom de X...;

Attendu que M. Y... et Mme A..., ès qualités, font grief à l'arrêt attaqué (Versailles, 28 février 2008) de les débouter de leur demande tendant à ce qu'Eglantine conserve le nom de Y... et ce, malgré son changement de filiation paternelle, alors, selon le moyen

:

1°/ que conformément aux dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 26 novembre 1989, ayant une autorité supérieure à la loi, les décisions concernant l'enfant doivent être impérativement rendues en considération de l'intérêt supérieur de celui-ci, fût-ce au prix d'une mise à l'écart des dispositions internes contraires ; qu'en l'espèce, M. Y... faisait régulièrement valoir qu'il était de l'intérêt supérieur de l'enfant Eglantine, aujourd'hui âgée de 9 ans, de conserver le nom de Y... et non pas de prendre le nom de sa mère, aujourd'hui décédée qu'en jugeant pourtant que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut justifier une contrariété directe avec la loi, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les articles 3.1 et

8.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

2°/ que le principe de l'immutabilité du nom ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en permettre l'acquisition, dès lors que cette possession n'est pas déloyale ; qu'en l'espèce en jugeant que la possession d'état ne pouvait constituer un mode autonome d'acquisition du nom patronymique, la cour d'appel a violé l'article 1er de la loi du 6 fructidor an II ;

Mais attendu qu'après avoir justement rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions concernant les enfants conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et que cette disposition était directement applicable devant les tribunaux français, la cour d'appel a constaté que les premiers juges avaient à bon droit annulé la reconnaissance effectuée par M. Y... et donné plein effet à celle souscrite par M. Z... le 14 juin 2002 et en a déduit que l'annulation de la première reconnaissance entraînait le changement de patronyme de l'enfant dès lors que le seul fait d'avoir porté ce nom depuis l'âge de un an ne pouvait permettre à l'enfant d'acquiescer ce nom et qu'en outre, l'enfant allait reprendre le nom de sa mère qui demeurait dans sa mémoire et à laquelle elle était très attachée et non celui de son père qu'elle ne connaissait pas encore ; que par ces motifs, la cour d'appel, qui a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas refusé de le faire prévaloir, a souverainement estimé qu'en l'espèce, cet intérêt ne justifiait pas le maintien du nom de l'auteur de la reconnaissance annulée ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PARCESMOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

**Document 3 : Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 février 2005, n°05-13.006**

LA COUR DE CASSATION, PREMIERE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant : Sur le moyen unique :

Vu les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que Mme Aïcha X... Y... épouse Z... A..., agissant tant en son nom personnel qu'en sa qualité de représentante légale de ses enfants mineurs Ghezlene et Yahia, et Mlle Himmène Z... A..., sa fille majeure, ont engagé une action déclaratoire de nationalité française fondée sur l'article 18 du Code civil en faisant valoir que leur père et grand-père, M. Amar X... Y..., né en 1931 en Algérie, avait la nationalité française et l'avait conservée à la suite de l'indépendance de l'Algérie, sa propre mère, Mekna B..., française d'origine israélite, étant soumise au statut civil de droit commun en vertu du décret du 24 octobre 1870 ;

Attendu que pour débouter les intéressés de leur demande et constater leur extranéité, l'arrêt attaqué retient que faute de reconnaissance de M. Amar X... Y... par Mekna B... et en l'absence de possession d'état ou de mariage démontré de ses parents, son acte de naissance ne pouvait suffire à établir sa filiation maternelle ;

Qu'en statuant ainsi, alors que Mekna B... était désignée en tant que mère dans l'acte de naissance de M. Amar X... Y..., ce dont il résultait que la filiation maternelle de celui-ci était établie, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PARCESMOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu entre les parties le 30 mars 2004 par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée;

## II. L'ADOPTION

---

### **Document 4 : CEDH, 10 janvier 2008, Kearns c/ France, n°35991/04 :**

La Cour européenne des droits de l'homme a communiqué aujourd'hui par écrit son arrêt de chambre dans l'affaire Kearns c. France (requête no 35991/04).

La Cour conclut, à l'unanimité, à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne des droits de l'homme.

#### **1. PRINCIPAUX FAITS**

La requérante, Karen Kearns, est une ressortissante irlandaise née en 1966 et résidant à Dublin (Irlande). La présente requête concerne la demande de restitution d'un enfant suite à un accouchement anonyme, et ce au-delà des délais prévus par la loi pour accueillir une telle demande.

Mariée et résidant en Irlande, la requérante accoucha le 18 février 2002, en France, d'une petite fille née d'une relation extraconjugale.

Demandant le secret de cette naissance, la requérante signa un procès-verbal d'admission de l'enfant comme pupille de l'Etat et donna son consentement à son adoption le 19 février 2002. Les conditions et les conséquences d'un accouchement anonyme lui furent exposées durant deux entretiens avec les services sociaux, notamment quant au délai de deux mois suivant l'acte de remise de l'enfant par la mère pour en demander la restitution. Durant ces entretiens, la requérante fut assistée d'une infirmière et d'un médecin parlant anglais et qui firent fonction d'interprètes.

Le 7 mai 2002, l'enfant fut placé, par les services de l'Etat, dans une famille d'accueil en vue de son adoption plénière.

Les 25 et 26 juillet 2002, la requérante se présenta auprès de la maternité de l'hôpital, puis des services sociaux français en demandant la restitution de l'enfant. Sa demande se heurtant à un refus en raison de l'expiration du délai de rétractation de deux mois, la requérante saisit le tribunal de grande instance de Lille. Elle faisait valoir que son consentement, tel qu'exprimé le 19 février 2002, avait été vicié en raison des pressions familiales auxquelles elle avait été soumise et qu'elle n'avait pas eu une parfaite conscience des implications d'un accouchement anonyme.

Par un jugement du 31 octobre 2002, le tribunal rejeta les demandes de la requérante. Par un arrêt du 22 septembre 2003, la cour d'appel de Douai, considérant que la requérante « de nationalité irlandaise, de langue anglaise et ne parlant pas le français » n'avait pas été mise en mesure de connaître « les conséquences en droit français d'un accouchement sous X », infirma le jugement. Le 6 avril 2004, la Cour de cassation cassa et annula l'arrêt de la cour d'appel.

L'adoption plénière de l'enfant par la famille d'accueil fut prononcée le 17 juin 2004. Le père biologique de l'enfant a saisi les juridictions irlandaises en vue de voir reconnaître ses droits sur l'enfant.

## **2. PROCEDURE ET COMPOSITION DE LA COUR**

La requête a été introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 6 octobre 2004.

Le 12 septembre 2006, le président de la chambre a autorisé le père biologique de l'enfant à intervenir dans la procédure en qualité de tiers intervenant.

L'arrêt a été rendu par une chambre de sept juges composée de : (...)

## **3. RESUME DEL'ARRET**

### **Griefs**

Invoquant l'article 8 de la Convention, la requérante dénonce la brièveté du délai de deux mois qui lui a été laissé pour réclamer son enfant. Elle se plaint également de ce que les autorités françaises n'ont pas pris toutes les dispositions pour qu'elle comprenne exactement la portée de ses actes, soulignant qu'elle n'a pas bénéficié d'une aide linguistique suffisante pour lui permettre de comprendre toutes les modalités et les délais.

Invoquant également l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable), elle allègue avoir été privée de son droit à un recours effectif en raison de la brièveté du délai de rétractation et que l'information quant à ce délai ne lui aurait pas été fournie avec une précision suffisante.

### **Décision de la Cour**

Article 8

#### **Sur la durée du délai de rétractation**

La Cour observe qu'il n'existe pas de consensus international en matière d'adoption, et relève que, s'agissant du délai de rétractation, il existe une diversité législative considérable parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe ayant établi un tel délai, la rétractation du consentement étant permise dans certains systèmes juridiques jusqu'au jugement d'adoption, alors que dans d'autres, à l'inverse, le consentement est irrévocable. Pour les Etats qui ont prévu un délai fixe de rétractation, celui-ci varie de dix jours à trois mois. Dès lors que la question soulevée en l'espèce se rapporte à un domaine sur lequel il n'y a pas de convergence entre les législations et les pratiques des Etats membres, la Cour rappelle que la latitude dont bénéficie l'Etat est plus ample pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents une fois qu'il s'est saisi de la question.

Dans la mise en balance d'intérêts difficilement conciliables, ceux de la mère biologique, ceux de l'enfant, ceux de la famille d'accueil, ainsi que l'intérêt général, la Cour estime que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer.

Elle souscrit à cet égard aux arguments avancés par le Gouvernement, résultant des travaux menés par les professionnels de l'enfance, qui ont souligné que l'intérêt de l'enfant était de bénéficier le plus rapidement possible de relations affectives stables dans sa nouvelle famille. Elle relève également que le tribunal de grande instance a retenu que la sérénité et la sécurité psychologique comme juridique de l'enfant devaient être recherchées.

La Cour estime qu'en l'espèce, si le délai de deux mois peut sembler bref, il paraît néanmoins suffisant pour que la mère biologique ait le temps de réfléchir et de remettre en cause le choix d'abandonner l'enfant. Tout en reconnaissant la détresse psychologique que Mme Kearns a dû éprouver, la Cour observe que cette dernière était alors âgée de 36 ans, qu'elle était accompagnée par sa mère et qu'elle a été longuement reçue à deux reprises après l'accouchement par les services sociaux.

Dans ces conditions, la Cour estime que le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause. Par ailleurs, la Cour souligne que l'action intentée par le père de l'enfant auprès des autorités irlandaises n'a pas d'incidence sur la conclusion à laquelle elle parvient.

### **Sur l'information donnée à la requérante**

La Cour relève que la requérante, de nationalité irlandaise et résidant à Dublin, a fait le choix de venir accoucher en France pour bénéficier de la possibilité, inconnue en droit irlandais, d'un accouchement anonyme. A cet égard, elle note que la requérante s'est présentée à la maternité, la semaine précédant l'accouchement, assistée notamment d'un avocat. Par ailleurs, les deux longs entretiens avec les services sociaux ont eu lieu en présence de personnes faisant fonction d'interprètes.

La Cour considère, au vu du formulaire de consentement à l'adoption signé par la requérante et des différents documents qui lui furent remis, qu'aucune ambiguïté ne pouvait subsister dans son esprit sur les délais et conditions de restitution de sa fille. La Cour estime que les autorités françaises ont fourni à Mme Kearns une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix. En conséquence, toutes les dispositions pour qu'elle comprenne exactement la portée de ses actes ayant été prises, il n'y a pas eu violation de l'article 8.

Article 6 § 1

La Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 6 § 1.

### **Document 5 : CEDH, 26 février 2002, Fretté c/ France, n° 36515/97 :**

En l'affaire Fretté c. France,

La Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième section), siégeant en une chambre composée de : (...)

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

#### **PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 36515/97) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, Philippe Fretté (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 1er avril 1997 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant alléguait en particulier que la décision rejetant sa demande d'agrément en vue d'une adoption s'analyse en une ingérence arbitraire dans sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, car elle se fonderait exclusivement sur un a priori défavorable envers son orientation sexuelle. Il se plaignait également de ne pas avoir été convoqué à l'audience devant le Conseil d'Etat et de ne pas avoir eu accès aux conclusions du commissaire du Gouvernement avant l'audience, en méconnaissance des articles 6 et 13 de la Convention.

3. La requête a été transmise à la Cour le 1er novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 du Protocole n° 11).

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Au sein de celle-ci, la chambre chargée d'examiner l'affaire (article 27 § 1 de la Convention) a été constituée conformément à l'article 26 § 1 du règlement.

5. Par une décision du 12 juin 2001, la Cour a déclaré la requête partiellement recevable.

6. Une audience s'est déroulée en public au Palais des Droits de l'Homme, à Strasbourg, le 2 octobre 2001 (article 59 § 2 du règlement).

Ont comparu : (...)

#### **EN FAIT I.**

##### **LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

9. En octobre 1991, le requérant fit une demande d'agrément préalable en vue d'adopter un enfant. Une enquête sociale fut ouverte par la direction de l'action sociale, de l'enfance et de la santé du département de Paris. Le 18 décembre 1991, le requérant eut un premier entretien avec une psychologue de cet organisme au cours duquel il dévoila son homosexualité. Il expose qu'à cette occasion, il fut invité fermement à ne pas poursuivre la procédure.

10. Par décision du 3 mai 1993, le requérant se vit refuser le bénéfice de l'agrément de la direction de l'action sociale. La décision se fondait sur « l'absence de référence maternelle constante » offerte par le requérant et sur « les difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant ». Cette décision avait été prise sur base de différentes enquêtes qui débouchèrent notamment sur un rapport social du 2 mars 1993 où on pouvait notamment lire ce qui suit :

« (...) Monsieur FRETTE nous apparaît comme un homme sensible, réfléchi, attentif aux autres. Il aborde avec beaucoup d'honnêteté et de simplicité sa vie affective et son homosexualité. Il nous parle de plusieurs liaisons qui ont marqué sa vie en particulier celle qu'il a eue avec un ami aujourd'hui décédé. Il est d'ailleurs le subrogé tuteur du fils de ce dernier. (...)

Sa tournure d'esprit humaniste et altruiste le fait s'intéresser aux problèmes du tiers- monde. Il parraine deux enfants tibétains dont un bébé.

Il est capable de parler avec bon sens et intelligence du garçon dont il est le tuteur. Il n'a pas la responsabilité personnelle de ce jeune garçon, confié à sa grand-mère, mais est très présent dans son éducation. Ses principes éducatifs sont réfléchis et empreints de tolérance.

Monsieur FRETTE songe à l'adoption depuis 1985. Il a conscience que son homosexualité peut être un obstacle à l'obtention de l'agrément, compte tenu des valeurs sociales les plus répandues.

Pour lui son choix de vie affective et sexuelle n'a pas d'interférence avec son désir d'élever un enfant. Sa démarche est un acte personnel et non un acte militant.

Depuis 1985, il a rencontré beaucoup d'hommes homosexuels ayant des enfants.

Il a même envisagé d'avoir un enfant avec une amie. Ce projet n'a pas abouti par manque de maturité de part et d'autre. Cette amie reste toutefois très intéressée par le projet d'adoption de Monsieur FRETTE s'engageant même à représenter pour l'enfant une image féminine.

Monsieur FRETTE souhaite adopter un enfant par désir de transmettre affection et éducation. Ce qui est primordial pour lui, c'est d'aimer et de s'occuper d'un enfant, l'adoption n'étant pour lui qu'un acte social et juridique.

Monsieur FRETTE reçoit le soutien de son entourage amical. Il semble que les membres de sa famille soient ou non informés ou réticents devant son projet.

Bien que son désir d'enfant soit réel, Monsieur rencontre des difficultés à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant. Par exemple, il a pris conscience, lors de notre visite à domicile, de l'inadaptation de son logement à l'accueil d'un enfant. Il a alors envisagé la possibilité d'en changer.

Questionné sur la manière dont il envisage son rôle social de père célibataire, il dit ne pas avoir de réponse. Il se dit capable de gérer au quotidien la vie d'un enfant et pense qu'il trouvera en temps voulu les réponses aux questions que l'enfant se posera au fur et à mesure de son évolution concernant son homosexualité et l'absence de mère adoptive.

Monsieur est tout à fait conscient de l'importance de révéler à l'enfant ses origines. Il est tolérant à l'égard des femmes qui sont amenées à abandonner leur enfant. Il se refuse à avoir une idée précise sur les caractéristiques de l'enfant qu'il souhaiterait adopter.

Toutefois, il pense à un bébé, le plus jeune possible et envisage de s'orienter vers la Corée ou le Vietnam.

Monsieur FRETTE possède des qualités humaines et éducatives certaines. Un enfant serait probablement heureux avec lui. Ses particularités, homme célibataire homosexuel, permettent-elles de lui confier un enfant ?»

11. Le recours gracieux que le requérant forma le 21 mai 1993 fut rejeté par décision du 15 octobre 1993 dans laquelle il était notamment indiqué que les « choix de vie » du requérant ne semblaient pas de nature à présenter les garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique.

12. Le même jour, le requérant déposa un recours en excès de pouvoir devant le tribunal administratif, demandant l'annulation des décisions rejetant sa demande d'agrément.

13. Par jugement du 25 janvier 1995, le tribunal administratif de Paris annula les décisions lui refusant l'agrément. Il s'exprima essentiellement comme suit :

« (...) pour refuser à M. FRETTE le bénéfice de l'agrément en vue de l'adoption d'un enfant, l'administration s'est d'abord fondée sur 'l'absence de référence maternelle constante' offerte par M. FRETTE, et sur les 'difficultés de celui-ci à projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant' ; que le premier de ces motifs est une périphrase par laquelle l'administration n'a pu qu'entendre se prévaloir du célibat de M. FRETTE, qui pouvait être légalement invoqué à l'appui de la décision attaquée, mais aux termes des dispositions de l'article 9 alinéa 2 du décret du 23 août 1985, ne saurait légalement en constituer l'unique motivation ; que par ailleurs aucun élément du dossier n'établit le bien-fondé du second motif ci-dessus rappelé, qui apparaît au contraire erroné au regard des indications fournies par les rapports établis par les assistances sociales ;

que la décision du 15 octobre 1993 par laquelle le directeur de l'Action sociale, de l'enfance et de la santé a rejeté le recours gracieux de M. FRETTE et confirmé la décision initiale sus-analysée est, quant à elle, motivée par 'les choix de vie' de M. FRETTE, que par cette motivation euphémistique, l'administration a entendu évoquer l'homosexualité de M. FRETTE ; qu'ainsi qu'elle l'admet elle-même dans son mémoire en défense, cet aspect de la personnalité de M. FRETTE ne pouvait justifier un refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant ; que le rapport social établi par Mme S. et Mme D. attribue à M. FRETTE des 'qualités humaines et éducatives certaines' et conclut 'qu'un enfant serait probablement heureux avec lui', et s'interroge exclusivement sur la compatibilité d'un projet d'adoption avec des 'particularités' constituées par le fait d'être 'un homme célibataire homosexuel' ; que l'enquête sociale effectuée par l'adjoint au vice-consul de France à Londres relève les qualités pédagogiques de M. FRETTE, manifestées tant dans sa vie privée que dans son activité professionnelle ; que le docteur D., médecin psychiatre ne décèle 'aucun obstacle d'ordre psychologique' s'opposant au projet de

M. FRETTE, que si Mme O., psychologue, émet un avis défavorable, elle ne fournit aucun motif à cette position alors qu'elle relève par ailleurs 'les qualités affectives, éducatives de M. FRETTE et sa compréhension profonde des problèmes concernant l'adoption' ;

qu'alors même que les rapports sociaux produits comportent des indications, notamment en ce qui concerne la famille de M. FRETTE, qui, inutiles à la formation de l'appréciation de l'administration sur la décision à prendre, méconnaissent le droit au respect de la vie privée, aucune pièce versée au dossier ne permet d'établir ni même n'autorise à alléguer que le mode de vie de M. FRETTE traduirait un manque de rigueur morale, une instabilité affective, la possibilité de le voir détourner l'adoption de ses fins, ou tout autre comportement de nature à faire considérer son projet comme dangereux pour tout enfant adopté ;



ainsi les auteurs des décisions attaquées ont fait en l'espèce une inexacte appréciation des dispositions précitées ; que M. FRETTE est fondé à demander l'annulation des décisions susvisées du 3 mai 1993 et du 15 octobre 1993 ; (...) »

14. Le département de Paris interjeta appel de ce jugement devant le Conseil d'Etat.

15. Le commissaire du Gouvernement fut entendu en ses conclusions à l'audience du 16 septembre 1996. Il conclut que le département de Paris était fondé à demander l'annulation du jugement attaqué. Il s'exprima notamment comme suit :

« Le dossier pose donc la question suivante : en dépit des qualités humaines et intellectuelles incontestables de M.F., l'administration a-t-elle pu à bon droit estimer qu'il ne présentait pas de garanties suffisantes pour l'accueil d'un enfant en raison de ses choix de vie ?

Compte tenu des éléments du dossier, cette interrogation revêt le rang d'une question de principe. En effet, il n'est pas possible de régler cette affaire par une décision d'espèce car nous n'avons pas de doute, au vu des pièces qui figurent au dossier, sur le fait que M.F. possède à bien des égards de réelles aptitudes pour l'éducation d'un enfant. Le seul élément qui a conduit l'administration à refuser l'agrément est le fait que M.F. est homosexuel et qu'elle a estimé que de ce fait il ne présentait pas des garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Mais il ne ressort en aucune façon du dossier que M.F. ait une vie dissolue et aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant n'est évoqué. Admettre la légalité du refus d'agrément dans le cas présent revient à condamner implicitement mais nécessairement à l'échec toute demande d'agrément en vue de l'adoption émanant d'un homosexuel(...)

Il est certain que plusieurs éléments plaident dans le sens de l'erreur d'appréciation du département de Paris.

En premier lieu, et c'est certainement l'argument le plus fort, depuis la grande réforme du droit de l'adoption réalisée par la loi du 11 juillet 1966, le législateur reconnaît l'aptitude à l'adoption plénière des personnes seules, hommes ou femmes. (...)

Décider (...) par voie prétorienne qu'un célibataire homosexuel ne présente pas de garanties suffisantes au plan psychologique et familial pour adopter un enfant revient à introduire une discrimination non voulue expressément par le législateur entre les candidats à l'adoption en fonction de leurs choix de vie privée.

Or, et c'est un second argument dans le sens de la solution du tribunal administratif, le droit de toute personne à mener la vie sexuelle de son choix ne saurait bien sûr être contesté. Il s'agit là d'une composante fondamentale du droit au respect de la vie privée, garanti notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 9 du Code civil. Sur le plan interne, l'homosexualité ne souffre plus d'aucune discrimination(...)

En troisième lieu l'examen de la jurisprudence judiciaire relative à l'attribution de la garde des enfants de couples divorcés ou à l'exercice de l'autorité parentale montre qu'en ce domaine, le juge judiciaire fait essentiellement preuve de pragmatisme et cherche à éviter les écueils de prises de position trop tranchées. C'est ainsi qu'il n'hésite pas le cas échéant, en fonction des situations concrètes, à reconnaître un

droit de visite au parent homosexuel, voire à lui confier la garde de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi compte tenu des perturbations existant au foyer de la mère, de la preuve non apportée d'un danger physique au foyer du père, de ce que ce dernier vit en couple stable avec un autre homme et de ce que l'enfant s'épanouit chez son père, c'est ce dernier qui bénéficie de la garde (CA Pau, 25 avril 1991, n° 91-40734). En revanche un père ayant des « relations homosexuelles immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale » ne peut exercer celle-ci (CA Rennes, 27 septembre 1989, n° 89-48660). De même un arrêt qui retient que du fait des moeurs homosexuelles du père, il serait particulièrement dangereux pour la santé morale et physique des enfants d'aller passer des vacances avec lui, à constaté des motifs graves justifiant le refus de ce droit (Cass.civ. I, 13 janvier 1988, n° 86-17784). Plus récemment, la Cour de cassation a reconnu au donneur, homosexuel, le bénéfice de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant né par insémination d'une mère elle-même engagée dans une autre relation homosexuelle (Cass.civ. I, 9 mars 1994, Mme L. c/ M.L ; D.1995.197 note E.Monteiro ; D.1995 Somm.131, obs.D.Bourgault-Coudeyville). Le juge ne tire donc pas de la circonstance de l'homosexualité une présomption d'incapacité de la personne concernée à exercer ses droits parentaux : le débat se porte essentiellement sur l'intérêt de l'enfant et sur les risques que cette circonstance peut faire courir à la santé mentale de ce dernier.

Enfin l'agrément n'est qu'une décision administrative qui intervient en amont du processus d'adoption. (...)

2.2 Nous sommes pourtant d'avis que le département de Paris n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que M.F. ne remplissait pas toutes les garanties nécessaires. Plusieurs considérations nous ont conduit à cette conclusion.

En premier lieu, le droit de toute personne à avoir la vie sexuelle de son choix ne doit pas être confondu avec un hypothétique droit à l'enfant. (...)

En deuxième lieu le rapprochement avec la jurisprudence sur la garde des enfants ou l'exercice de l'autorité parentale rencontre des limites évidentes. Les exemples cités ne se rapportent en effet qu'au sort d'un lien de parenté déjà constitué ou correspondant à une filiation réelle. Or une chose est de maintenir un lien de parenté entre un enfant et son père et sa mère qui se séparent ou veulent établir leur lien à son égard, une autre est de permettre l'établissement d'un lien familial ex nihilo entre un enfant et un adulte (...)

En troisième lieu la question de savoir si un enfant ne risque pas d'être psychologiquement perturbé d'avoir un lien avec un adulte qui ne peut lui offrir de référence à un père et une mère différenciée, c'est-à-dire à un modèle d'altérité sexuelle, est très difficile et divise les psychiatres et les psychanalystes. Or l'enfant adopté a d'autant plus besoin d'avoir un environnement familial stable et épanouissant qu'il a été privé de sa famille d'origine et a déjà un passé douloureux : il importe donc tout particulièrement qu'il ne trouve pas une difficulté supplémentaire dans son milieu d'adoption. (...)

Il n'existe donc pas de consensus sur la réponse à apporter à cette question. Ou si consensus il y a, il est plutôt dans la prise de conscience que les droits de l'enfant tracent la limite du droit à l'enfant et que l'intérêt de l'enfant ne s'accommode pas de toutes les évolutions actuelles. Notre conviction est que dans ces conditions, s'agissant d'une question aussi délicate et dont les implications sont davantage éthiques et sociologiques que juridiques, c'est au législateur de prendre position sur

ce qui constitue un choix de société : le juge, quant à lui, n'a pas à précéder mais à accompagner l'évolution de l'opinion publique.

Or, et c'est notre quatrième argument, la question de l'adoption par un ou des homosexuels ne saurait être considérée comme ayant été réglée par le législateur. (...)

En cinquième lieu le rôle de l'agrément dans la procédure d'adoption ne doit pas être minimisé. Sans doute ne s'agit-il que d'une étape dans le processus d'adoption, mais cette étape est décisive puisqu'elle conditionne la possibilité de poursuivre la procédure. (...)

Ajoutons, pour en terminer avec l'agrément, que nous avons conscience que la solution que nous vous proposons présente une faiblesse, celle de paraître inciter les candidats à l'adoption à la dissimulation s'ils ont le sentiment que leur choix de vie privée constitue un obstacle dirimant pour la délivrance de l'agrément. Toutefois cette faiblesse ne nous paraît pas insurmontable, pour deux raisons. D'une part, la question ne se posera pas fréquemment car encore une fois, l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes incite les services d'aide sociale à l'enfance à écarter généralement les demandes émanant de candidats célibataires. D'autre part les enquêtes menées pour l'obtention de l'agrément sont précisément destinées à permettre de s'assurer que le candidat à l'adoption offre des conditions satisfaisantes d'accueil, ce qui conduit nécessairement les experts à des investigations sur sa vie privée. Bien que le caractère inquisitorial de ces enquêtes ait parfois été dénoncé (voir par exemple J.Rubellin-Devichi, RFDA 1992, p. 904 et s.), elles présentent l'avantage de garantir que l'agrément sera délivré en toute connaissance de cause.

Enfin, et c'est notre dernier argument, si vous éprouviez un dernier scrupule à trancher, à travers l'examen de la légalité d'un refus d'agrément, une question qui est plus normalement du ressort du juge judiciaire en sa qualité de juge de l'état des personnes, ce scrupule pourrait être en partie apaisé par le fait que la position que vous allez prendre ne fera pas complètement obstacle à ce que le juge judiciaire autorise quand même dans certains cas l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle, s'il l'estime compatible avec l'intérêt de l'enfant. A l'occasion de la récente loi sur l'adoption, le législateur a en effet inséré dans le code civil un article 353-1, dont le deuxième alinéa dispose que si l'agrément a été refusé ou n'a pas été délivré dans le délai légal, le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime que les requérants sont aptes à recueillir l'enfant et que celui-ci est conformé à son intérêt. (...)

Il résulte de ce qui précède que le département de Paris est fondé à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le TA de Paris a annulé les deux décisions attaquées. »

16. Par arrêt du 9 octobre 1996, le Conseil d'Etat annula le jugement et, statuant sur le fond, rejeta la demande d'agrément du requérant. Il décida notamment ce qui suit :

« Considérant que, par décision du 3 mai 1993, confirmé sur recours gracieux par une nouvelle décision en date du 15 octobre 1993, le président du Conseil de Paris (...) a rejeté la demande d'agrément aux fins d'adoption de M. Fretté au motif que si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour

l'épanouissement de cet enfant ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des éléments recueillis au cours de l'instruction de la demande de M. Fretté, que celui-ci, eu égard à ses conditions de vie et malgré les qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ; qu'ainsi, c'est à tort que pour annuler les décisions contestées, le tribunal administratif de Paris s'est fondé sur ce que, en refusant par le motif sus-indiqué l'agrément sollicité par M. Fretté, le président du Conseil de Paris aurait fait une inexacte application desdites dispositions ; Considérant, toutefois, qu'il appartient au Conseil d'État, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. Fretté devant le tribunal administratif de Paris ; (...) Considérant que la motivation des décisions contestées satisfait aux exigences de la loi (...)

(...)

## **II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS**

### **A. Règles et informations relatives à la procédure d'adoption**

17. Les dispositions pertinentes du code civil se lisent comme suit : Article 343

« 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

« L'adoption peut aussi être demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans » (trente ans au moment des faits de l'espèce, c'est-à-dire avant l'adoption de la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996).

18. Le code de la famille et de l'aide sociale régit l'admission à la qualité de pupille de l'Etat et les conditions de leur adoption. La procédure d'agrément y est ainsi décrite :

Article 63

« (...) Les pupilles de l'État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service avait confié leur garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, dans des conditions fixées par décret, par le responsable du service de l'aide sociale à l'enfance (...). »

Article 100-3

« Les personnes qui souhaitent accueillir en vue de son adoption, un enfant étranger doivent demander l'agrément prévu à l'article 63 du présent code. »

19. C'est un décret n° 85-938 du 23 août 1985 qui a fixé les modalités d'instruction des demandes d'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'Etat, selon les dispositions suivantes :

Article 1

« Toute personne qui souhaite obtenir l'agrément prévu au deuxième alinéa de l'article 63 du Code de la famille et de l'aide sociale doit en faire la demande au responsable du service de l'aide sociale à l'enfance de son département de résidence. »

#### Article 4

« Pour l'instruction de la demande, le responsable du service de l'aide sociale à l'enfance fait procéder à toutes les investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que le demandeur est susceptible d'offrir à des enfants sur les plans familial, éducatif et psychologique (...). »

#### Article 9

« Tout refus d'agrément doit être motivé dans les conditions fixées à l'article 3 de la loi du 11 juillet 1979 susvisée. Il ne peut être motivé par la seule constatation de l'âge ou de la situation matrimoniale du demandeur ou de la présence d'enfants à son foyer. »

#### Article 11

« La décision du responsable du service de l'aide sociale à l'enfance est valable trois ans. La demande d'agrément peut être renouvelée à l'expiration de ce délai. Elle est instruite dans les mêmes conditions. (...) »

20. Selon les données rassemblées par les autorités françaises, il y a eu en 1999 à peu près 11 500 demandes d'agrément. Environ 8 000 demandes ont été examinées au cours de cette année et, comme habituellement, une moyenne de 10 % ont été rejetées. Il y avait à cette époque plus ou moins 2000 pupilles de l'Etat en attente d'adoption. Au cours de l'année 1999, les autorités compétentes ont approximativement délivré 4 000 visas à des enfants étrangers, suite à leur adoption par des personnes résidant en France.

### **B. La convocation à l'audience dans la procédure devant le Conseil d'Etat**

21. A l'époque des faits de l'espèce, l'article 55 du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat prévoyait que les avocats soient avisés, quatre jours au moins avant la séance, que les affaires pour lesquelles ils sont inscrits figurent au rôle et que les questions posées par les rapports leur soient communiquées. L'obligation d'information ne valait donc que pour les avocats.

22. En effet, pour ce qui est des particuliers, un arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 1966 (Paisnel, Rec. p. 216) a précisé que :

« aucune disposition ne prescrit que les requérants doivent recevoir [l'avis de la date à laquelle l'affaire vient à l'audience] ; qu'il leur appartient, s'ils n'ont pas constitué avocat, de demander à être informés de la date de mise au rôle de son affaire, ou de consulter les panneaux apposés à cet effet auprès du greffe de la section du contentieux.

Cette règle, qui ne prévoit la convocation automatique des parties à l'audience que pour autant qu'elles ont constitué avocat, est à rapprocher de celle, posée à l'article

67 de l'ordonnance du 31 juillet 1945, au terme de laquelle seuls les avocats aux conseils, c'est-à-dire habilités à plaider devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, peuvent prendre la parole à l'audience. »

23. Depuis le 1er janvier 2001, toute partie devant le Conseil d'Etat est automatiquement informée de la date d'audience. Comme par le passé, les rôles sont en outre affichés au secrétariat de la section du contentieux et donc accessibles au public.

24. A l'audience, l'intervention du commissaire du Gouvernement se situe après la clôture des débats et les parties au litige ne peuvent donc pas prendre la parole après lui (Kress c. France [GC], no 39594/98, CEDH 2001, 7.6.2001, § 48). Elles ont toutefois, même si elles ne sont pas représentées par un avocat, la possibilité, consacrée par la pratique, de faire parvenir à l'organe de jugement une « note en délibéré » pour compléter leurs observations orales ou répondre aux conclusions du commissaire du Gouvernement. Cette note en délibéré est lue par le rapporteur avant qu'il ne lise le projet d'arrêt, et que ne s'ouvre la discussion.

25. Aux termes de l'article 45 de l'ordonnance de 1945, les recours qui sont dispensés du ministère d'un avocat sont, notamment, les recours en excès de pouvoir contre les actes des diverses autorités administratives.

## EN DROIT

### I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 14 DE LA CONVENTION

26. Relevant que le rejet de sa demande d'agrément est implicitement fondée sur sa seule orientation sexuelle, le requérant soutient que cette décision, prise dans un ordre juridique qui autorise l'adoption d'un enfant par un seul parent adoptif célibataire, revient à exclure de façon absolue toute possibilité d'adoption pour une catégorie de personnes définies par leur orientation sexuelle, à savoir les personnes homosexuelles ou bisexuelles, sans prendre d'aucune façon en considération leurs qualités humaines et éducatives individuelles.

Se référant à la manière de procéder suivie par la Cour dans l'affaire Salgueiro (Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal du 21 décembre 1999, n° 33290/96, CEDH 1999-IX), il estime approprié de se placer sur le terrain de l'article 14 de la Convention. Il se prétend victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle, contraire à cette disposition combinée avec l'article 8. Il lui paraît inutile, au vu du constat auquel on doit aboutir à cet égard, de statuer sur une possible violation de l'article 8 pris isolément.

Les parties pertinentes des dispositions en cause sont ainsi libellées : **Article 14**

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...) »

#### **Article 8**

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, (...).

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 protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

## **A. Applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8**

27. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 de la Convention 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, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise de l'une au moins des dispositions de la Convention (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II, p. 585, § 22, et Van Raalte c. Pays-Bas du 21 février 1997, Recueil 1997-I, p. 184, § 33).

28. S'il reconnaît que le droit au respect de la vie privée et familiale ne comprend pas le droit de tout célibataire d'adopter un enfant, le requérant soutient que le refus d'agrément a violé son droit à la jouissance du droit au respect de la vie privée sans discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Il considère, en effet, que l'examen des décisions rendues par les autorités françaises amènent à la conclusion que le refus d'agrément a été motivé par sa seule orientation sexuelle. Selon lui, le seul moyen d'écarter cette conclusion serait de démontrer que ce refus se fonde sur un autre motif et que celui-ci aurait été appliqué de la même manière à une personne célibataire, hétérosexuelle ou homosexuelle (mais dont l'homosexualité serait restée secrète), présentant les mêmes qualités humaines et éducatives que celles qui lui ont été reconnues. Or, un tel motif n'existe pas. Si la décision du 3 mai 1993 a fait état de ses difficultés à « projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée de l'enfant » et « l'absence de référence maternelle constante », il faut constater que ces motifs n'ont pas été repris ultérieurement. En outre, le tribunal administratif a estimé qu'aucun élément du dossier n'établissait le bien-fondé de la première raison et a interprété la seconde comme « une périphrase (...) qui ne saurait légalement constituer l'unique motivation ». Quant au motif de l'intérêt de l'enfant sur lequel se fonde le Gouvernement, il faut souligner qu'aucun enfant spécifique n'est identifié dans la procédure d'agrément et qu'il vise donc tous les enfants au monde qui pourraient avoir besoin de parent(s) adoptif(s). Or, l'exclusion de l'adoption tout célibataire homosexuel en se fondant sur l'intérêt de tout enfant pouvant avoir besoin de parents adoptifs démontre que la différence de traitement est fondée sur l'orientation sexuelle.

Rappelant que l'orientation sexuelle est « un des aspects des plus intimes de la vie privée (Smith et Grady c. Royaume-Uni du 27 septembre 1999, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI), le requérant fait valoir que presque toute différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle constitue une ingérence dans la vie privée d'un homosexuel, puisqu'elle lui impose de choisir entre nier son orientation sexuelle ou se faire pénaliser, contrairement à toute autre personne. Or, l'abandon de toute possibilité d'adopter un enfant qui vient, du fait des décisions rendues par les autorités françaises à propos de sa demande d'agrément, accompagner la révélation de l'homosexualité d'un demandeur est particulièrement grave. On ne respecte guère la vie privée d'un individu en l'obligeant à renoncer à une possibilité de devenir parent,

ouverte en France à tout célibataire hétérosexuel, si cet individu veut rester fidèle à son orientation sexuelle. L'ensemble des circonstances dont le requérant se plaint tombe donc sous l'empire de l'article 8 (voir, mutatis mutandis, *Thlimmenos c. Grèce* [GC] du 6 avril 2000, n° 34369/97, CEDH 2000-IV). Le requérant ajoute à titre subsidiaire que l'adoption, une vie familiale projetée, peut tomber sous l'empire de l'article 8 de la Convention pour les fins de l'article 14.

29. D'après le Gouvernement, au contraire, le litige ne relève pas du champ d'application de la Convention. En effet, l'article 8 de la Convention ne garantit pas les aspirations, non encore concrétisées, à développer une vie familiale. Le refus d'accorder à une personne l'agrément administratif préalable à une éventuelle adoption ne constitue pas une décision qui interfère dans la sphère de la vie privée de cette personne et ne tombe donc pas dans le champ d'application de l'article 8. Si le respect de la vie privée doit aussi englober « dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables » (arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29), le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention (Comm. eur. D.H., *Dallila Di Lazzaro c. Italie*, n° 31924/96, déc. 10.7.1997, D.R. 90, p. 134). De l'avis du Gouvernement, le requérant entretient une confusion entre les motifs du refus d'agrément, fondés selon lui sur son orientation sexuelle, et l'objet même de la décision de refus qui ne porte en soi aucune atteinte à sa vie privée. Sur ce dernier point, le Gouvernement relève que ce qui est en jeu dans la présente affaire, ce n'est pas une éventuelle remise en cause d'une situation existante, comme c'était le cas pour les requêtes citées par le requérant, mais une demande concernant sa vie future, de sorte qu'il ne peut se prévaloir d'aucun droit auquel il aurait été porté atteinte. Ce que revendique le requérant, ce n'est pas la reconnaissance - et la protection - d'un droit entrant dans la sphère de sa vie privée, mais la reconnaissance d'une simple potentialité, une virtualité de paternité adoptive.

Quant aux motifs du refus d'agrément, le Gouvernement constate que ni la décision du 3 mai 1993, qui ne vise que l'absence de référence maternelle constante et les difficultés pour le requérant d'évaluer au quotidien les conséquences d'une adoption, ni celle du 15 octobre 1993, qui ne fait référence qu'à ses « choix de vie », ne comportent la moindre indication selon laquelle elles auraient été prises sur la seule base de son orientation sexuelle. Il en va de même du jugement du tribunal administratif et de l'arrêt du Conseil d'Etat, même si ces deux décisions divergent sur la solution adoptée. S'il n'est pas douteux que l'expression « choix de vie » englobe l'orientation sexuelle, elle ne vise pas exclusivement cette seule circonstance, mais également d'autres éléments laissant à penser que le requérant n'était pas prêt à accueillir un enfant dans des bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique.

Le Gouvernement en déduit que l'article 8 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce. Il n'y a dès lors pas d'atteinte à l'article 14, qui n'a pas d'existence autonome.

30. En l'espèce, il appartient donc à la Cour de rechercher si les faits du litige se situent dans le champ d'application de l'article 8 et, partant, de l'article 14 de la Convention.



31. La Cour a affirmé à maintes reprises que l'article 14 de la Convention entre en jeu dès lors que « la matière sur laquelle porte le désavantage (...) compte parmi les modalités d'exercice d'un droit garanti » (arrêt Syndicat national de la police belge c. Belgique du 27 octobre 1975, série A n° 19, p. 20, § 45), ou que les mesures critiquées « se rattachent à l'exercice d'un droit garanti » (arrêt Schmidt et Dahlström

c. Suède du 6 février 1976, série A n° 21, p. 17, § 39). Pour que l'article 14 trouve à s'appliquer, il suffit que les faits du litige tombent sous l'empire de l'une au moins des dispositions de la Convention (arrêts Thlimmenos, op. cit., et Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 36).

32. La Cour rappelle que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter (Comm. eur. D.H., décision Dallila Di Lazzaro précitée ; X c. Belgique et Pays-Bas, n° 6482/74, déc. 10.7.75, D.R. 7, p. 75). Par ailleurs, le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille (arrêts Marckx c. Belgique du 13 juin 1979, Série A n° 31, pp. 14-15, § 31 et Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, Série A n° 94, p. 32, § 62). En l'espèce, le rejet de la demande d'agrément du requérant ne saurait en soi être considéré comme portant atteinte au droit du requérant au libre développement et épanouissement de sa personnalité ou à la manière dont il mène sa vie, en particulier sa vie sexuelle.

Toutefois, le droit interne français (article 343-1 du code civil) autorise toute personne célibataire - homme ou femme - à faire une demande d'adoption, sous réserve de l'obtention de l'agrément pour l'adoption de pupilles de l'Etat et d'enfants étrangers, et le requérant affirme que les autorités françaises ont rejeté sa demande en se fondant implicitement sur sa seule orientation sexuelle. Si cette affirmation est avérée, il faudra en conclure qu'il y a eu une différence de traitement reposant sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention (arrêt Salgueiro da Silva Mouta précité, § 28). La Cour rappelle d'ailleurs à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « any ground such as ») (arrêt Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 30-31, § 72).

La Cour doit donc déterminer si, comme le soutient le requérant, son homosexualité déclarée a revêtu un caractère décisif. La Cour convient que les autorités administratives et judiciaires françaises ont motivé leur refus par le « choix de vie » du requérant, sans jamais expressément mentionner son homosexualité. Au vu du dossier, il faut toutefois constater qu'implicitement mais certainement, ce critère renvoyait de manière déterminante à son homosexualité. Cette conclusion est renforcée par les considérations développées par le tribunal administratif de Paris dans son jugement du 25 janvier 1995 et par le commissaire du Gouvernement dans les conclusions déposées devant le Conseil d'Etat. Le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil, qui tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, est dès lors atteint sur le fondement déterminant de son orientation sexuelle.

33. Partant, l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer.

## B. Observation de l'article 14 combiné avec l'article 8

34. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32- 33, § 24, et *Van Raalte* précité, p. 186, § 39). La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53).

35. D'après le requérant, la différence de traitement ne saurait reposer sur une justification objective et raisonnable. Rappelant que lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement solides et convaincantes (arrêts *Smith*, *Salgueiro da Silva Mouta* et *Lustig-Prean* précités), il fait valoir que rien ne peut raisonnablement justifier l'exclusion absolue d'adopter dont il a fait l'objet. Si le gouvernement fait état de l'intérêt de l'enfant, il faut remarquer qu'en l'espèce, il ne s'agit pas de l'intérêt d'un enfant spécifique, mais de l'intérêt de tous les enfants au monde qui pourraient avoir besoin de parents adoptifs. La présomption irréfragable qu'aucun homosexuel ne présente des garanties suffisantes pour accueillir un enfant à adopter qui découlerait de cet intérêt reflète en réalité un préjugé social et une peur irrationnelle : qu'un enfant élevé par un homosexuel aura un « risque plus élevé de devenir lui-même homosexuel ou de développer des problèmes psychologiques ». De plus, il souffrira de toute manière des préjugés homophobes que les tiers auront envers son parent adoptif. Le préjugé social nie la commune humanité entre hétérosexuels et homosexuels - qui ont les mêmes émotions et capacités - en supposant que ces derniers seraient des parents moins aimants ou attentifs. Les nombreuses études scientifiques démontrent le caractère irrationnel de cette présomption et aucune ne démontre les hypothétiques « incertitudes qui pèseraient sur l'épanouissement d'un enfant », s'il était adopté par un homosexuel, incertitudes sur lesquelles repose l'argument du Gouvernement.

Si le requérant reconnaît qu'un enfant dans cette situation peut souffrir à court terme d'une stigmatisation, ceci ne crée pas un risque plus élevé de problèmes à long terme et les enfants apprennent à s'en défendre, au besoin avec l'aide d'un parent, d'un proche ou d'un enseignant. Accepter que les préjugés de tiers puissent justifier l'exclusion de l'adoption donnerait un droit de veto aux tiers qui usent de ces préjugés. Cet argument ne saurait donc être considéré comme une justification suffisante, comme la Cour l'a estimé dans l'arrêt *Smith* précité et comme la Cour Suprême des Etats-Unis l'a décidé en 1984 dans l'affaire *Palmore c. Sidoti*. L'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés commande, au contraire, qu'aucune catégorie de parents adoptifs ne soit exclue pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leurs qualités humaines et éducatives.

Le requérant remet également en cause la conception qu'il y a plus de parents adoptifs prospectifs que d'enfants. C'est un fait avéré en ce qui concerne les enfants pour lesquels l'Aide sociale à l'enfance en France cherche un placement en adoption, mais il y a des milliers d'enfants écartés en France en raison de leur âge, leur

appartenance ethnique, leur handicap ou leur passé, sans compter l'adoption internationale. Il y a en effet dans le monde des milliers d'enfants orphelins ou abandonnés, qui attendent dans des orphelinats de misère qu'un adulte vienne s'occuper d'eux.

Le requérant relève aussi qu'il n'existe, dans les sociétés démocratiques, aucun consensus sur la nécessité d'une exclusion absolue de l'adoption par un célibataire homosexuel. Au Canada, toutes les entités fédérales permettent l'adoption par un célibataire et aucune n'en exclut les homosexuels. La législation d'un seul Etat des Etats-Unis prévoit explicitement qu'une personne qui serait autrement éligible ne peut adopter un enfant si elle est homosexuelle, celle de la Floride qui prévoit aussi l'interdiction de certains comportements sexuels en privé entre majeurs consentants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe. Parmi les quarante-trois Etats du Conseil de l'Europe, la grande majorité permet l'adoption par un célibataire, même si ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, et n'exclut pas de façon absolue cette possibilité, que ce soit dans la législation ou dans la jurisprudence, pour les homosexuels. Au terme de ses recherches, le requérant a constaté que ce n'est que dans deux pays, la France et la Suède, que la jurisprudence a établi une telle exclusion pour l'adoption par un célibataire. Il a en outre relevé qu'une commission gouvernementale suédoise a recommandé, en janvier 2001, l'abrogation législative de l'exclusion des homosexuels de l'adoption qui avait été introduite par un arrêt de la Cour administrative suprême de 1993.

Le requérant en conclut que le Conseil d'Etat a violé l'article 14 de la Convention, combiné avec son article 8, en opérant une distinction dont le facteur déterminant est son orientation sexuelle.

36. Le Gouvernement soutient que les orientations sexuelles du requérant n'ont pas été à l'origine du refus d'agrément. Il observe en effet que la décision du 3 mai 1993 est fondée en premier lieu sur son statut de célibataire masculin n'ayant pas de référence féminine proche. Il relève à cet égard que l'absence de référence paternelle a déjà été un motif de rejet d'une demande d'agrément d'une femme célibataire, comme il ressort d'un arrêt du Conseil d'Etat du 18 février 1994. Le second motif de cette décision vise les difficultés du requérant d'évaluer au quotidien les conséquences d'une adoption, révélées par le rapport social établi le 2 mars 1993 par les assistantes sociales suite à leur visite et à l'entretien concomitant. Par ailleurs, si la référence aux « choix de vie » englobe sans nul doute l'orientation sexuelle de M. Fretté, elle ne vise pas exclusivement celle-ci, mais a aussi en vue son statut de célibataire tout court et plus généralement son mode de vie quotidien qui a laissé à penser qu'il n'était pas prêt à accueillir un enfant dans de bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique. Le jugement du tribunal administratif et l'arrêt du Conseil d'Etat ne comportent d'ailleurs aucune indication selon laquelle le refus aurait été opposé sur la seule base de l'orientation sexuelle du requérant, même si ces deux décisions divergent quant à la solution adoptée.

Même s'il fallait considérer que le refus d'agrément reposait exclusivement ou principalement sur l'orientation sexuelle du requérant, il n'y aurait aucune discrimination à son égard, dans la mesure où le seul élément pris en compte est l'intérêt de l'enfant à adopter. La décision prise trouve sa justification dans l'intérêt supérieur de l'enfant qui sous-tend toute la législation applicable en matière

d'adoption. Dans ce domaine en particulier, « les droits de l'enfant limitent le droit à l'enfant », comme l'a souligné le commissaire du Gouvernement (voir supra, § 15). Le droit de pouvoir adopter dont se prévaut le requérant trouve sa limite dans l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté.

Or, les critères mis en œuvre à cette fin ont été à la fois objectifs et raisonnables. En effet, la différence de traitement résulte, en l'état actuel des connaissances, des incertitudes pesant sur le développement d'un enfant élevé par une personne homosexuelle et privé de la double référence maternelle et paternelle. Les incidences éventuelles d'une adoption par un adulte affirmant son homosexualité sur le développement psychologique et plus généralement la vie future de l'enfant concerné ne font pas l'objet d'une réponse unique et divisent les spécialistes de l'enfance comme les sociétés démocratiques dans leur ensemble.

Il n'existe pas non plus de consensus sur ce point au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe. A ce jour, les seuls Pays-Bas, qui ont très récemment légiféré en la matière, permettent à deux personnes du même sexe de se marier, d'adopter et d'élever ensemble des enfants. Au sein des Etats de l'Union européenne, beaucoup ne permettent pas à des célibataires de présenter une demande d'adoption et d'autres enferment cette possibilité dans des conditions restrictives dans la mesure où l'adoption par des personnes homosexuelles, vivant seules ou en couple, suscite de fortes réserves au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'absence totale de consensus sur l'opportunité de permettre à un célibataire homosexuel d'adopter un enfant doit conduire à reconnaître aux Etats une marge d'appréciation importante et, selon sa jurisprudence, ce n'est pas le rôle de la Cour de se substituer aux autorités nationales pour trancher de manière univoque une controverse aussi délicate et imposer une solution unique. Le Gouvernement conclut donc à l'absence de violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

37. La Cour rappelle qu'elle a considéré que la décision mise en cause par le requérant reposait de manière déterminante sur l'homosexualité déclarée de celui-ci. Si les autorités compétentes ont également eu égard à d'autres circonstances, elles apparaissent comme secondaires.

38. Selon la Cour, il est indéniable que les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime : protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption, pour laquelle l'octroi d'agrément constitue en principe une condition préalable. Il reste à savoir si la deuxième condition, l'existence de la justification d'un traitement différencié, se trouve elle aussi remplie.

39. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (arrêt *Thlimmenos* précité, § 44).

40. Cependant, les Etats 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 juridique.

L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir notamment l'arrêt Petrovic précité, pp. 587-588, § 38, et Rasmussen c. Danemark du 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 15, § 40).

41. Force est de constater qu'il n'existe pas un tel dénominateur commun dans ce domaine. Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique. La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération dans les limites de leurs compétences les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans ces domaines. Etant en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays, les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et le contexte locaux. Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat (voir, mutatis mutandis, arrêts Manoussakis et autres c. Grèce du 29 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1364, § 44 et Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC], n° 27417/95 § 84, CEDH 2000-VII). Pareille marge d'appréciation ne saurait cependant se transformer en reconnaissance d'un pouvoir arbitraire à l'Etat et la décision des autorités reste soumise au contrôle de la Cour, qui en vérifiera la conformité avec les exigences de l'article 14 la Convention.

42. Comme le soutient le Gouvernement, sont ici en cause les intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés. Le seul fait qu'il n'y ait pas, dans le cadre de la demande d'agrément, d'enfant précisément identifié, ne saurait impliquer l'absence de tout intérêt concurrent. L'adoption est « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » et l'Etat doit veiller à ce que les personnes choisies comme adoptants soient celles qui puissent lui offrir, sur tous les plans, les conditions d'accueil les plus favorables. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a déjà considéré que, lorsqu'un lien familial est établi entre un parent et un enfant, « une importance particulière doit être attachée à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent » (E.P. c. Italie, n° 31127/96, 16.9.99, § 62, ainsi qu'arrêt Johansen c. Norvège du 7 août 1996, Recueil 1996-III, p. 1008, § 78). Force est de constater que la communauté scientifique - et plus particulièrement les spécialistes de l'enfance, les psychiatres et les psychologues - est 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 réalisées sur la question à ce jour. S'ajoute à cela les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, sans compter le constat de l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapports aux demandes. Dans ces

conditions, les autorités nationales, notamment le Conseil d'Etat en se fondant entre autres sur les conclusions pondérées et circonstanciées du commissaire du Gouvernement, ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait selon l'article 343-1 du code civil trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soit remis en cause ses choix personnels. Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre à l'équilibre voulu, le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité.

43. En bref, la justification avancée par le Gouvernement paraît objective et raisonnable et la différence de traitement litigieuse n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention.

## II SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 DE LA CONVENTION

44. Le requérant se plaint de ce qu'il n'a pu assister à l'audience du Conseil d'Etat, faute de convocation. Il invoque la méconnaissance du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, dont la partie pertinente se lit ainsi:

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial (...) qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) »

45. Le requérant constate qu'en l'absence de toute information des autorités judiciaires, il n'a pu avoir connaissance des conclusions de l'avocat général et n'a pas pu y répondre. Il souligne qu'il ne pouvait, du fait de ses activités professionnelles, se rendre régulièrement au Conseil d'Etat pour voir si son affaire était inscrite sur les panneaux apposés à cet effet. Malgré qu'il ait téléphoné à plusieurs reprises au greffe du Conseil d'Etat pour connaître la date d'audience, il n'a jamais reçu de réponse claire. Il n'a pas non plus été informé de la possibilité de demander par écrit la date de l'audience. Il considère que le fait que les parties ne soient pas d'office convoquées aux audiences est, en soi, contraire à l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, sanctionner un individu qui exerce son droit de ne pas engager un avocat aux Conseils n'est pas conforme au principe d'équité, d'autant que sa non-convocation l'a privé de la possibilité de produire une note en délibéré, comme l'a constaté la Cour dans son arrêt du 7 juin 2001 (arrêt Kress, op. cit.).

46. Le Gouvernement rappelle que les règles régissant la procédure contentieuse devant le Conseil d'Etat prévoient l'affichage du rôle des audiences au greffe, de telle sorte qu'il soit accessible au public. Elles ne prescrivent par contre une convocation automatique des parties, quatre jours au moins avant la séance, que pour autant qu'elles ont constitué avocat. Or, toute partie est susceptible de constituer avocat jusqu'à la date de l'audience, au besoin en sollicitant l'aide juridictionnelle. Quant aux parties n'ayant pas constitué avocat, elles doivent se soumettre à une obligation de diligence, c'est-à-dire demander à être prévenues de la date de l'audience. En l'espèce, le Gouvernement relève que le requérant ne peut invoquer le grief relatif à

l'absence de convocation car rien ne semble établir qu'il ait rempli la formalité de demande de la date de l'audience auprès du greffe du Conseil d'Etat.

Le Gouvernement rappelle par ailleurs que dans un souci de libéralisme et de large ouverture de l'accès au juge, les règles de procédure au Conseil d'Etat dispensent, dans certaines matières, les parties au procès de l'obligation d'avoir un avocat pour introduire leur recours ou présenter leurs arguments par écrit. Le monopole de la prise de parole reste toutefois réservé à un corps d'avocats spécialisés, les avocats au Conseil. Pareil système n'empêche pas le respect du principe du contradictoire du fait que la procédure devant le Conseil d'Etat est essentiellement écrite et que toutes les pièces écrites sont communiquées aux parties respectives. De la sorte, l'absence de convocation du requérant, qui n'avait pas constitué avocat, n'a pas porté atteinte aux droits que lui garantit l'article 6, puisqu'il n'aurait pas pu plaider lui-même s'il avait été informé de la tenue de l'audience. En outre, l'avocat de la partie adverse n'a présenté aucune plaidoirie.

47. La Cour rappelle que le principe de l'égalité des armes - l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable - requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse* du 18 février 1997, Recueil 1997- I, § 23). Il implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter (voir notamment les arrêts *Van Orshoven c. Belgique* du 25 juin 1997, Recueil 1997-III, et les deux arrêts

*J. J. et K.D.B. c. Pays-Bas* du 27 mars 1998, Recueil 1998-II, ainsi que l'arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, § 24).

48. La Cour rappelle aussi que dans l'arrêt *Kress* précité (§§ 72, 73 et 76), elle a constaté que, dans la majorité des cas, les conclusions du commissaire du Gouvernement ne font pas l'objet d'un document écrit, que celui-ci présente ses conclusions pour la première fois oralement à l'audience publique de jugement de l'affaire et que tant les parties à l'instance que les juges et le public en découvrent le sens et le contenu à cette occasion. Toutefois, les avocats qui le souhaitent peuvent demander au commissaire du Gouvernement, avant l'audience, le sens général de ses conclusions. Les parties peuvent en outre répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire du Gouvernement. Se fondant sur ces circonstances, la Cour a estimé, dans l'affaire *Kress* où la requérante était représentée dans la procédure devant le Conseil d'Etat, que cette procédure offrait suffisamment de garanties au justiciable et qu'aucun problème ne se posait sous l'angle du droit à un procès équitable en ce qu'il garantit le respect du contradictoire.

49. Les circonstances de l'espèce (c'est-à-dire celles prévalant avant le 1er janvier 2001, puisque depuis lors toute partie est informée de la date de l'audience) sont quelque peu différentes. Le requérant, qui n'avait pas constitué avocat comme l'autorisait expressément le droit interne, n'était pas présent à l'audience, faute d'y avoir été convoqué selon ses explications. Il soutient à cet égard qu'il a téléphoné à plusieurs reprises au greffe du Conseil d'Etat pour connaître la date d'audience sans

recevoir de réponse claire ou être informé de la possibilité de demander d'en être informé par écrit, affirmation non contestée par le Gouvernement. De l'avis de la Cour, on ne pouvait exiger du requérant qu'il se rendît régulièrement au greffe du Conseil d'Etat afin de vérifier si son affaire figurait sur les panneaux sur lesquels l'affichage est prescrit quatre jours au moins avant la séance. Pareille exigence n'aurait en outre pas été compatible avec la « diligence » que les Etats contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6 (arrêts Vacher c. France du 17 décembre 1996, Recueil 1996-VI, pp. 2148 et 2149, § 28 et Colozza c. Italie du 12 février 1985, série A n° 89, p. 15, § 28).

50. De la sorte, le requérant n'a pas pu prendre connaissance des conclusions du commissaire du Gouvernement, du fait de l'absence de convocation. N'étant pas représenté, il n'a pas non plus pu obtenir, avant l'audience, le sens général de ces conclusions. Ceci l'a privé de la possibilité de déposer une note en délibéré pour y répliquer.

51. Ainsi, faute d'avoir offert au requérant un examen équitable de sa cause devant le Conseil d'Etat dans le cadre d'un procès contradictoire, il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 6 § 1.

### III. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

52. 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. Dommage

53. Devant la Cour, le requérant sollicite l'allocation de 100 000 francs français (FRF), soit 15 244,90 euros (€), au titre du préjudice moral, en raison du retard discriminatoire de neuf ans que son rêve de devenir parent adoptif aurait subi en cas de constat de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. Or, les sentiments d'injustice, de frustration et d'impuissance résultant du traitement que lui ont réservé les administrations et les juridictions françaises tout au long de cette période extrêmement étendue durant laquelle il a attendu l'issue de la procédure de demande d'agrément sont d'autant plus forts que la décision d'adopter est plus facile à 39 ans, l'âge qu'il avait à la date à laquelle fut prise la première décision, qu'à 48 ou 49 ans, l'âge qu'il aura à la date à laquelle une nouvelle décision pourrait être prise suite à un constat de violation.

54. Le Gouvernement estime qu'un arrêt de la Cour constituerait par lui-même une satisfaction équitable suffisante. Si la Cour jugeait toutefois nécessaire d'allouer une somme à ce titre, il soutient, à titre subsidiaire, qu'un montant de 30 000 FRF (4 573,47 €) réparerait les préjudices moraux subis par le requérant, à la fois en raison du refus d'agrément et de la procédure devant le Conseil d'Etat.



55. La Cour relève que la seule base à retenir pour l'octroi d'une satisfaction équitable réside en l'espèce dans la violation de l'article 6 § 1 du fait de la procédure devant le Conseil d'Etat. Or, le requérant ne sollicite pas la réparation du dommage moral qu'il aurait subi à ce titre ; d'après la jurisprudence constante de la Cour, pareille question n'appelle pas un examen d'office (voir, Coëme et autres c. Belgique, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII, § 155 et, mutatis mutandis, l'arrêt Scuderi c. Italie du 24 août 1993, série A n° 265-A, p. 8, § 20).

#### **B. Frais et dépenses**

56. Le requérant réclame, justificatifs à l'appui, le versement de la somme de 43 132 FRF (6 575,43 €), dont 40 000 FRF (6 097,96 €) au titre des honoraires pour sa représentation devant la Cour, 1 000 FRF (152,45 €) pour ses propres frais de correspondance et de photocopies devant la Cour et les juridictions internes et 2 132 FRF (325,02 €) pour les frais de voyage et d'hébergement exposés aux fins de participer à l'audience qui s'est tenue à Strasbourg.

57. Le Gouvernement considère que seuls les frais et dépenses engagés devant la Cour peuvent être remboursés.

58. La Cour rappelle que les frais exposés devant les juridictions nationales ne peuvent être pris en compte que s'ils ont été engagés pour faire redresser la violation de la Convention constatée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Quant aux frais et dépenses engagés devant les organes de la Convention, la Cour rappelle également n'avoir conclu à la violation qu'en ce qui concerne l'article 6 § 1 de la Convention. Statuant en équité et dans le respect des critères énoncés dans sa jurisprudence (voir, entre autres, l'arrêt Nikolova c. Bulgarie [GC], n° 31195/96, § 79, CEDH 1999- II), la Cour alloue au requérant la somme de 3 500 € au titre des frais et dépenses.

#### **C. Intérêts moratoires**

59. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 4,26 % l'an.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. Dit, par 4 voix contre 3, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 ;
2. Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 de la Convention ;
3. Dit, à l'unanimité,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention,

3 500 (trois mille cinq cents) euros, plus tout montant pouvant être dû au titre de la taxe sur la valeur ajoutée, pour frais et dépens ;

b) que ce montant sera à majorer d'un intérêt simple de 4,26 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;

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

**Document 6 : Civ. 1ère, 25 février 2009, n°0811.033 :**

Sur le moyen unique :

Attendu que le tribunal de grande instance de Lyon a été saisi, le 6 novembre 2006, par Mme X... d'une requête en adoption plénière de l'enfant Zina Y..., née le 3 novembre 2003 en Algérie, sans filiation connue et bénéficiant d'une décision de kafala prononcée le 13 janvier 2004 par une juridiction algérienne ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Lyon, 23 octobre 2007) d'avoir rejeté sa demande, à titre principal, d'adoption plénière et, à titre subsidiaire, d'adoption simple, alors, selon le moyen :

1°/ que 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 ; qu'en refusant le bénéfice d'une adoption plénière ou simple à un enfant algérien sans filiation établie recueilli à titre définitif en France par une française en vertu d'une décision de kafala, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

2°/ que de surcroît, viole le droit au respect d'une vie familiale normale le texte qui interdit à un enfant étranger sans filiation établie et à une mère élective l'ayant recueilli à titre définitif, de bénéficier d'une adoption plénière ou simple ; qu'en refusant à l'exposante le droit d'adopter l'enfant algérien sans filiation établie qu'elle avait recueilli en France à titre définitif, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'enfin, un tel refus a pour effet d'établir une différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant en raison de sa nationalité et de son lieu de naissance, les enfants nés dans des pays ne prohibant pas l'adoption pouvant en bénéficier en France ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26

janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PARCESMOTIFS :

REJETTE le pourvoi;

**Document 7 : CEDH, 4 octobre 2012, Harroudj c/ France, n°43631/09 :**

STRASBOURG

4 octobre 2012

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

**En l'affaire Harroudj c. France,**

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de : (...)

**Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 11 septembre 2012, Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :**

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 43631/09) dirigée contre la République française et dont une ressortissante de cet Etat, Mme Katya Harroudj (« la requérante »), a saisi la Cour le 10 août 2009 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).
2. La requérante est représentée par Me M. Bescou, avocat à Lyon. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, Mme E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.
3. La requérante allègue une violation des articles 8 et 14 de la Convention.
4. Le 15 septembre 2010, le président de la cinquième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

**EN FAIT**

**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

5. La requérante est née en 1962 et réside à Villeurbanne.
6. Née le 3 novembre 2003 en Algérie, Zina Hind fut abandonnée à sa naissance par sa mère biologique qui accoucha sous X. Son père étant également inconnu, Zina Hind devint pupille de l'Etat algérien le 3 décembre 2003. Le directeur de l'action sociale de Bourmedes fut désigné comme tuteur.

7. Par un acte de recueil légal du 13 janvier 2004, le président du tribunal de Bourmedes (Algérie) accorda à la requérante, alors âgée de quarante-deux ans et célibataire, le droit de recueil légal, dit kafala, sur l'enfant Zina Hind. Il autorisa également Zina Hind à sortir du territoire algérien et à s'établir en France.

8. Par une ordonnance du 19 janvier 2004, le président du tribunal de Bordj Menaiel (Algérie) accueillit la requête en concordance des noms et autorisa le changement de nom de Zina Hind en Hind Harroudj.

9. Hind Harroudj entra en France le 1er février 2004. Elle réside depuis lors avec la requérante et la mère decelle-ci.

10. Le 8 novembre 2006, la requérante déposa une requête en adoption plénière concernant l'enfant Hind. A l'appui de cette demande, elle fit valoir que permettre à Hind d'être adoptée était la solution la plus conforme à « l'intérêt supérieur de l'enfant » au sens des articles 3 – 1 de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et 1er de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

11. Par un jugement du 21 mars 2007, le tribunal de grande instance de Lyon rejeta sa demande d'adoption, après avoir relevé que la requérante était titulaire de l'autorité parentale en vertu de la kafala et qu'elle pouvait prendre à l'égard de l'enfant toutes les décisions dans son intérêt. Le tribunal estima que la kafala apportait à la mineure la protection reconnue par les conventions internationales dont tout enfant a besoin. Il rappela enfin qu'en application de l'article 370-3 du code civil (paragraphe 23 ci-dessous), l'adoption d'un enfant ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, ce qui était le cas en l'espèce, le code de la famille algérien énonçant que « l'adoption est interdite par la Charia et la loi » (paragraphe 17 ci-dessous). La requérante interjeta appel de ce jugement.

12. Par un arrêt du 23 octobre 2007, la cour d'appel de Lyon confirma le jugement :

« Attendu que l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, introduit par la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, dispose que « 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 » ;

Attendu que la règle de conflit, en tant qu'elle renvoie à la loi du statut personnel, n'est pas discriminatoire et est conforme aux articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ainsi qu'au droit international ; qu'ainsi l'article 4 a. de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale prévoit que l'adoption ne peut être prononcée que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine ont établi que l'enfant est adoptable, ce qui n'est pas le cas lorsque l'adoption est interdite ;

Attendu que Hind Harroudj est née en Algérie ;

Attendu que l'article 46 du Code de la famille algérien autorise la kafala, mais prohibe l'adoption ; qu'en droit français, l'adoption simple ou plénière crée un lien de filiation au profit des adoptants et ne saurait être assimilé à la kafala ; que le code de la famille algérien ne prévoit pas d'exception à la prohibition de l'adoption lorsque l'enfant n'a pas de filiation établie ; que le décret exécutif du 13 janvier 1992 relatif au changement de nom n'établit pas de lien de parenté, l'attributaire du recueil légal conservant la dénomination de tuteur ;

Attendu que la kafala préserve l'intérêt de l'enfant en légalisant l'accueil des tuteurs ; qu'elle est expressément reconnue par l'article 20 alinéa 3 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ; que le droit musulman prévoit d'autres dispositions pour la transmission des biens ; qu'en conséquence, les dispositions précitées ne sont pas contraires à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

13. La requérante forma un pourvoi en cassation. Sous l'angle des articles 8 et 14 de la Convention, elle invoqua le droit au respect de la vie familiale de Hind, faisant valoir qu'il était dans l'intérêt de l'enfant qu'un lien de filiation soit établi avec elle. Elle alléguait également que l'impossibilité d'adopter Hind portait une atteinte disproportionnée à sa propre vie familiale. Elle fit valoir que le refus d'adoption avait pour effet d'établir une différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant en raison de sa nationalité et de son lieu de naissance, les enfants nés dans des pays ne prohibant pas l'adoption pouvant en bénéficier en France.

14. Par un arrêt du 25 février 2009, la Cour de cassation rejeta le pourvoi :

« Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 [adoptée le 20 novembre 1989] relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ; (...) »

## **II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL ET LA PRATIQUE PERTINENTS ( non reproduits)**

(...)

### **EN DROIT**

#### **I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION**

28. La requérante se plaint de l'impossibilité d'adopter l'enfant de nationalité algérienne, Hind, recueillie au titre de la kafala. Elle estime que le refus de reconnaissance d'un lien de filiation entre elle et Hind, qu'elle considère comme sa propre fille, porte une atteinte disproportionnée à sa vie familiale. Les parties pertinentes de la disposition en cause sont ainsi libellées :

##### **Article 8**

« 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. »

#### A. Sur la recevabilité

29. Le Gouvernement soulève une exception tirée de l'absence d'épuisement des voies de recours internes. Il estime que la requérante ne saurait se plaindre de l'impossibilité d'adopter Hind dans la mesure où elle n'a effectué aucune réclamation de nationalité française au profit de l'enfant, en vertu de l'article 21-12 du code civil. Il précise qu'elle aurait pu effectuer cette demande dès le 1er février 2009 puisqu'elle l'a recueilli depuis le 1er février 2004.

30. La requérante conteste cette exception, estimant que cet argument est inopérant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

31. La Cour observe que l'atteinte alléguée à la vie familiale de la requérante concerne l'impossibilité d'adopter l'enfant, avec toutes les conséquences qui en découlent, dont l'absence d'acquisition immédiate de la nationalité française. La Cour considère que cette exception se trouve étroitement liée au bien-fondé du grief de la requérante. Par ailleurs, le Gouvernement soulève une partie de ces arguments dans le cadre de son argumentation au fond. En conséquence, la Cour décide de la joindre au fond.

32. Elle constate par ailleurs que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. La Cour relève qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

#### B. Sur le fond

##### 1. Arguments des parties

33. La requérante estime que l'impossibilité d'adopter Hind constitue une atteinte à sa vie familiale. Elle fait valoir que, même si elle a pu, par décision judiciaire, lui donner son nom de famille, l'impossibilité de faire établir le lien de filiation est contraire à l'article 8 de la Convention. Elle rappelle que Hind est née en Algérie mais qu'elle n'a aucune attache familiale dans ce pays dans la mesure où ses parents biologiques demeurent inconnus. Etant arrivée en France à l'âge de trois mois et ayant grandi dans ce pays, la fillette y a également développé toutes ses attaches culturelles, sociales et affectives.

34. La requérante considère que le fait que les autorités internes ne reconnaissent pas le lien de filiation entre l'enfant et elle constitue une ingérence dans son droit à une vie familiale. Elle précise tout d'abord qu'en cas de décès, cette absence de filiation ne permettrait pas à Hind de demeurer auprès de Mme A., sa mère, qu'elle considère comme sa grand-mère. Elle indique ensuite que la fillette serait exclue de toute vocation successorale. Enfin, elle reconnaît qu'il est possible pour l'enfant de solliciter la nationalité française, mais seulement après cinq années de résidence sur le territoire.

Selon elle, cette ingérence ne répond à aucun but légitime et l'intérêt de l'enfant, en raison de son caractère fondamental, doit primer l'intérêt de l'Etat d'entretenir de bonnes relations diplomatiques avec les pays interdisant l'adoption. Elle allègue à cet égard qu'il ne semble pas ressortir de l'évolution des législations belge et suisse, qui reconnaissent l'adoption d'un enfant recueilli par kafala, de quelconques tensions diplomatiques avec les pays de droit musulman.

35. Le Gouvernement fait valoir en premier lieu que le refus d'adoption ne constitue pas une ingérence dans la « vie familiale » de la requérante – dont l'existence doit cependant être admise en raison de l'âge auquel l'enfant a été recueilli et de la continuité de la vie commune – au motif qu'il ne fait pas obstacle au déroulement effectif de cette « vie familiale ». L'intéressée s'est vue reconnaître des droits à l'égard de l'enfant lui permettant d'agir au mieux de ses intérêts dans un cadre familial, dont celui notamment de prendre soin de lui et de le représenter dans les actes de la vie civile ou devant les tribunaux (article 390 du code civil, effet d'une tutelle en droit français).

36. Outre que la requérante n'a pas été privée de la possibilité d'avoir une vie de famille effective, le Gouvernement conteste avoir manqué à ses obligations positives inhérentes au respect de celle-ci. En effet, si l'absence d'adoption empêche la création d'un lien de filiation juridique, cette interdiction répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et à la nécessité de ménager des intérêts concurrents.

37. Le Gouvernement rappelle que la Convention ne garantit pas le droit d'adopter et que l'adoption doit prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant : l'adoption consiste à « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille » (Fretté c. France, no 36515/97, § 42, CEDH 2002-I ; Pini et autres c. Roumanie, nos 78028/01 et 78030/01, § 151, CEDH 2004-V). Le Gouvernement indique qu'il ne serait pas dans l'intérêt de l'enfant de lui conférer un statut d'adopté qui n'est pas susceptible d'être reconnu par sa loi personnelle dans son pays d'origine et qui serait de nature à entraîner des conflits de lois. Il rappelle d'ailleurs que selon la Convention de New York relative aux droits de l'enfant la kafala est reconnue comme une des modalités de prise en charge des enfants délaissés par leur famille, conforme aux intérêts de cet enfant. En outre, si la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993 n'est pas applicable en l'espèce, il paraît difficile à la France, partie à ce traité, de ne pas en respecter au moins l'esprit, alors que cette convention prescrit aux parties de vérifier que l'enfant est adoptable selon la loi du pays dont il est ressortissant.

38. Le Gouvernement fait état enfin des aménagements permettant à un enfant confié par kafala d'accéder au statut d'adopté et fait valoir que l'interdiction d'adopter un enfant confié par kafala n'est pas absolue. L'article 370-3 du code civil permet l'adoption du mineur dont la loi personnelle prohibe l'adoption si ce dernier est né et réside habituellement en France. Cette exception se justifie par le fait que l'enfant a vocation à devenir automatiquement français à sa majorité, en vertu de l'article 21-7 du code civil. Par ailleurs, en application de l'article 21-12 du code civil, l'enfant recueilli et élevé pendant au moins cinq ans par une personne de nationalité française peut réclamer la nationalité française. Le Gouvernement observe que la requérante n'a entamé aucune démarche en vue de faire obtenir la nationalité française à l'enfant qui lui a été confiée. Enfin, le Gouvernement souligne que l'article

370-3 alinéa 2 du code civil qui ne concerne que les enfants mineurs, ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant à sa majorité.

39. A titre très subsidiaire, et si la Cour estimait qu'il y a eu ingérence dans la vie familiale de la requérante, le Gouvernement, outre ce qu'il a déjà soutenu sous l'angle des obligations positives, la considère proportionnée. La réclamation de la nationalité française, au bout de cinq années de résidence en France, rend possible l'adoption si le temps écoulé permet de s'être assuré que cette adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant, lequel est intégré dans la société qui connaît l'adoption et dans laquelle il est manifestement destiné à vivre.

## **2. Appréciation par la Cour**

### **(a) Principes applicables**

40. La Cour rappelle que l'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre d'éventuelles ingérences arbitraires des pouvoirs publics ; il engendre de surcroît des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Dans un cas comme dans l'autre, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble. De même, dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (Keegan c. Irlande, 26 mai 1994, § 49, série A no 290 ; Pini et autres, précité, § 149).

41. La Cour rappelle aussi que la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, § 41, série A no 31 ; Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, § 31, série A no 26 ; Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, § 26, série A no 32 ; Moretti et Benedetti c. Italie, no 16318/07, § 61, 27 avril 2010). Dans ce contexte, la Cour a déjà jugé que les dispositions de l'article 8 ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (E.B. c. France [GC], no 43546/02, 22 janvier 2008). Cela n'exclut toutefois pas que les Etats parties à la Convention puissent néanmoins se trouver, dans certaines circonstances, dans l'obligation positive de permettre la formation et le développement de liens familiaux (voir, dans ce sens, Keegan, précité, § 50 ; Pini et autres, précité, §§ 150 et suiv.). D'après les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, no 76240/01, § 119, 28 juin 2007).

42. La Convention ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international. Il convient en effet, en vertu de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties », en particulier celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme. En ce qui concerne plus précisément les obligations positives que l'article 8 fait peser sur les Etats contractants en la matière, celles-ci doivent s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (Wagner et J.M.W.L., précité, § 120).

43. Que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'Etat – adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu



en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 – ou sous celui d'une obligation négative – une « ingérence d'une autorité publique », à justifier selon le paragraphe 2 –, les principes applicables sont assez voisins.

44. La marge d'appréciation dont disposent les Etats contractants est de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'existe pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger (Evans c. Royaume-Uni [GC], no 6339/05, §§ 77-81, CEDH 2007-I ; Chavdarov c. Bulgarie, no 3465/03, §§ 46 à 48, 21 décembre 2010).

45. La Cour rappelle par ailleurs qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités internes, mais d'examiner sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (Hokkanen c. Finlande, 23 septembre 1994, § 55, série A no 299-A ; Mikulić c. Croatie, no 53176/99, § 59, CEDH 2002-I ; P. C. et S. c. Royaume-Uni, no 56547/00, § 122, CEDH 2002-VI).

***(b) Application en l'espèce***

46. La Cour constate en premier lieu que le Gouvernement ne conteste pas l'existence d'une vie familiale entre la requérante et Hind, compte tenu de l'âge de l'enfant lorsqu'elle a été recueillie et de la continuité de la vie commune (paragraphe 35 ci-dessus).

47. Le Gouvernement exclut en revanche que l'impossibilité d'adopter l'enfant Hind constitue une « ingérence » dans la vie familiale de la requérante. La Cour partage cet avis. Elle observe à cet égard que la requérante ne se plaint pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale mais qu'elle soutient que le respect de celle-ci impliquerait une assimilation de la kafala à une adoption plénière et donc à l'établissement d'un lien de filiation, ce que l'article 370-3 du code civil exclut dès lors que le pays d'origine de l'enfant interdit l'adoption. Dans ces conditions, elle juge plus approprié d'examiner le grief sous l'angle des obligations positives. A ce titre, la Cour opère une distinction entre, d'une part, la présente espèce, où le droit de l'Etat défendeur se limite à ne pas assimiler la kafala à une adoption et à désigner la loi personnelle de l'enfant pour déterminer si une telle adoption est possible, et, d'autre part, l'arrêt Wagner et J.M.W.L. précité, par lequel elle a décidé que les juges luxembourgeois, en prenant une décision de refus d'exequatur d'un jugement d'adoption prononcé par un tribunal péruvien, avaient passé outre au statut juridique créé valablement à l'étranger de façon non raisonnable et ainsi violé l'article 8 de la Convention. La Cour rappelle que la notion de « respect », au sens de l'article 8, manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, en raison de la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants. De plus, la marge d'appréciation laissée aux autorités peut être plus large en cette matière que pour d'autres questions relevant de la Convention. Afin de déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 72, CEDH 2002-VI).

48. Quant à la marge d'appréciation qu'il y a lieu d'accorder à l'Etat, la Cour constate tout d'abord qu'il ressort du droit comparé qu'aucun Etat n'assimile la kafala à une adoption mais que, en droit français et dans d'autres Etats, celle-ci a des effets comparables à ceux d'une tutelle, d'une curatelle ou d'un placement en vue d'une adoption. Ensuite, les données recueillies afin de savoir si la prohibition par la loi nationale de l'enfant mineur constitue un obstacle à l'adoption révèlent des situations variées et nuancées dans la législation des différents Etats. Il n'y a pas, de manière claire, communauté de vue entre les Etats membres (paragraphe 21 et 22 ci-dessus). Il en résulte que la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français doit donc être considérée comme ample.

49. En l'espèce, pour rejeter la requête en adoption de l'enfant Hind, les juridictions nationales se sont fondées sur l'article 370-3 alinéa 2 du code civil qui interdit le prononcé de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution.

Elles ont également pris appui sur la Convention de New York relative aux droits de l'enfant dont l'article 20 qui reconnaît expressément la kafala de droit islamique comme « protection de remplacement », au même titre que l'adoption. La Cour relève que ce même article cite, parmi les critères guidant le choix du mode de protection le plus adapté à l'enfant, son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. Elle observe par ailleurs que l'article 21 de cette même Convention, qui concerne l'adoption, indique que « les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale » (paragraphe 18 ci-dessus).

La Cour de cassation a d'autre part rappelé que l'article 370-3 du code civil était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993, inspirée par le souci de prévenir « l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfant », même si cette convention ne vise que les adoptions « établissant un lien de filiation » (article 2 § 2), et a souligné que ces adoptions ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine ont établi que l'enfant est adoptable (article 4 a ; paragraphe 19 ci-dessus). Enfin, la kafala entre explicitement dans le champ d'application de la Convention de la Haye de 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (paragraphe 20 ci-dessus).

50. Il résulte de ce qui précède que le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales. Or, la Cour considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les Etats la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent.

51. De plus, la Cour relève que la kafala judiciaire est reconnue de plein droit par l'Etat défendeur et qu'elle y produit des effets comparables en l'espèce à ceux d'une tutelle dès lors que l'enfant Hind était sans filiation lors de son recueil. A ce titre, elle observe que les juridictions nationales ont souligné que la requérante et l'enfant avaient, à la suite de la requête en concordance des noms, le même nom de famille et que la première était titulaire de l'autorité parentale ce qui lui permettait de prendre à l'égard de l'enfant toute décision dans son intérêt. Certes, la kafala ne créant pas de lien de filiation, elle est dépourvue d'effets successoraux et ne suffit pas pour permettre à l'enfant d'acquérir la nationalité du recueillant. Cela étant, il peut être

remédié aux restrictions qu'engendre l'impossibilité d'adopter l'enfant. Outre la requête en concordance de nom ici acquise du fait de la filiation inconnue de l'enfant en Algérie, il est possible d'établir un testament, qui a pour effet de faire entrer l'enfant dans la succession de la requérante et de nommer un tuteur légal en cas de décès du recueillant.

L'ensemble des éléments examinés ci-dessus fait apparaître que l'Etat défendeur, appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du code civil mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française. C'est ainsi, d'une part, que la règle de conflit est écartée explicitement par ce même article 370-3 lorsque « le mineur est né et réside habituellement en France ». D'autre part, cette règle de conflit est volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. La Cour observe à ce titre que l'Etat défendeur soutient sans être démenti que la jeune Hind pourrait déjà bénéficier de cette possibilité.

La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante.

52. Dans ces conditions, et après avoir rejeté l'exception du Gouvernement déduite du non épuisement des voies de recours internes, dont ne fait pas partie l'acquisition de la nationalité française, la Cour conclut, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat en la matière, qu'il n'y a pas eu manquement au respect du droit de l'intéressée à sa vie familiale. Partant, il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention.

## II SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DES ARTICLES 8 ET 14 COMBINÉS DE LA CONVENTION

53. La requérante allègue qu'en se fondant sur la loi personnelle de l'enfant, laquelle ne permet pas l'adoption, les dispositions du code civil français opèrent une discrimination injustifiée fondée sur l'origine nationale. Elle invoque l'article 14 de la Convention, lequel est ainsi libellé :

Article 14

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale (...) »

54. Le Gouvernement estime que la différence de traitement alléguée résulte d'une donnée objective relative à la loi personnelle de l'enfant qui répond à l'intérêt supérieur de l'enfant et est proportionnée au but poursuivi.

55. La Cour estime qu'au cœur du grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention se trouve l'impossibilité d'adopter l'enfant Hind en raison de sa loi personnelle. Cette question a été examinée sous l'angle de l'article 8, dont la

non-violation a été constatée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 de la Convention et ne formule aucune conclusion séparée sur ce grief.

PARCES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. Joint au fond l'exception du Gouvernement déduite du non-épuisement des voies de recours internes et la rejette
2. Déclare la requête recevable ;
3. Dit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention;
4. Dit qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 4 octobre 2012, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

**Document 8 : Civ. 1ère, 4 mai 2011, n° 10-13996**

Attendu que, par acte authentique du 16 mai 2001, Jeanine X..., née le 6 janvier 1928, a donné à ses cinq neveux et nièces (les consorts X...) la nue-propiété des parts sociales dont elle était propriétaire dans deux SCI ; qu'elle a institué, le 22 octobre 2001, comme légataire universelle, Mme Y... qu'elle a adoptée simplement par jugement du 18 octobre 2002 ; que Jeanine X... est décédée le 31 mars 2004 ; que, par acte du 30 juin 2004, Mme Y... a assigné les consorts X... en révocation des donations intervenues le 16 mai 2001, au motif qu'elles avaient, de plein droit, été révoquées par son adoption ; que, par jugement du 10 février 2005, le tribunal de grande instance d'Aix-en-Provence, statuant à la fois sur la tierce opposition au jugement d'adoption des consorts X... et sur la demande en révocation des donations du 16 mai 2001, a joint les deux procédures, reçu la tierce opposition, refusé l'adoption de Mme Y... par Jeanine X..., au motif que cette adoption avait pour but de consacrer les liens amoureux existant entre elles et non de créer une relation filiale, et rejeté les demandes de révocation ou de réduction des donations ; que l'arrêt confirmatif de la cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait l'objet d'un pourvoi sur lequel la première chambre civile a statué par arrêt du 6 février 2008 (n° 06-20.054) ; que, sur renvoi de cassation, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par arrêt du 25 novembre 2009, a confirmé la décision entreprise sur la recevabilité et le bien-fondé de la tierce opposition et rétracté le jugement d'adoption du 18 octobre 2002 ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 25 novembre 2009) d'avoir confirmé le jugement du 10 février 2005 sur la recevabilité et le bien-fondé de la tierce opposition, ainsi que sur le rejet de ses demandes en révocation et en réduction des donations du 16 mai 2001 ;  
Attendu qu'en vertu de l'article 446 du code de procédure civile, les contestations afférentes à la publicité des débats doivent être présentées, à peine d'irrecevabilité avant leur clôture ; qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des productions qu'une telle contestation ait été soulevée devant les juges du fond ; d'où il suit que le moyen n'est pas recevable ;

Sur le deuxième moyen, ci-après annexé :

Attendu que Mme Y... fait le même grief à l'arrêt attaqué ;

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que le rapport de police, établi lors du décès de Jeanine X..., mentionnait Mme Y... comme étant sa " compagne ", d'autre part, que celle-ci admettait avoir entretenu avec la défunte une relation homosexuelle ancienne, continue et persistante jusqu'à son décès et avoir vécu en concubinage avec elle depuis les années 1990, c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé que Jeanine X..., en ne révélant pas ses relations homosexuelles avec l'adoptée et en travestissant la réalité par son silence sur la nature véritable de leurs relations, avait commis une omission dolosive constitutive d'une fraude de nature à influencer de façon déterminante sur la décision d'adoption et rendant recevable la tierce opposition des consorts X... ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que Mme Y... fait le même grief à l'arrêt attaqué, alors, selon le moyen :

1°/ que l'adoption simple qui n'a pas pour but unique la création, le maintien ou la reprise de relations sexuelles entre l'adoptant et l'adopté ne peut être considérée comme un détournement de l'institution au seul motif que l'un et l'autre entretiennent des relations sexuelles ; qu'au cas d'espèce, en ce que l'arrêt s'est fondé, pour retenir un détournement de l'institution de l'adoption simple, sur la circonstance que Mme Y... et Mme X... entretenaient des relations homosexuelles, il a été rendu en violation des articles 353, 353-2 et 361 du code civil, ensemble les articles 6 et 1133 du même code, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que l'adoption simple ne peut être refusée, au motif d'un détournement de l'institution, que lorsqu'elle poursuit exclusivement un but étranger à celui prévu par la loi ; qu'au cas d'espèce, en accueillant la tierce opposition formée contre le jugement d'adoption simple de Mme Y... par Mme X... au motif que Mme X... avait notamment poursuivi un but patrimonial, sans constater que celui-ci était l'unique but poursuivi, les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision au regard des articles 353, 353-2, 355 et 361 du code civil ;

Attendu qu'ayant rappelé, à bon droit, que l'adoption simple a pour objet non pas de renforcer des liens d'affection ou d'amitié entre deux personnes ayant des relations sexuelles mais de consacrer un rapport filial, la cour d'appel, après avoir retenu que Mme Y... et Jeanine X... vivaient en concubinage depuis 1990 et que l'adoptante n'avait jamais évoqué l'existence d'un rapport filial, mais aussi, que l'adoption simple leur permettait de contourner les règles civiles régissant les donations entre vifs, a souverainement apprécié leur demande au regard de la finalité de l'institution et constaté son détournement ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

Sur le quatrième moyen, ci-après annexé :

Attendu que le moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de Mme Y... et la condamne à payer la somme totale de 3 000 euros aux défendeurs ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre mai deux mille onze.

**Document 9: I. Gallmeister, « Adoption au sein du couple homosexuel : pas de condamnation de la France : Arrêt rendu par Cour européenne des droits de l'homme anc. 5 sect. 15032012 », Recueil Dalloz 2012, p. 1241**

### **Sommaire :**

Dans son arrêt du 15 mars 2012, rendu dans l'affaire *Gas et Dubois c/ France*, la CEDH décide que l'impossibilité pour une femme d'adopter l'enfant de sa partenaire n'est pas discriminatoire

(1).

### **Texte intégral :**

*LA* *COUR* : En fait

**I. Les circonstances de l'espèce**

8. Les requérantes sont nées respectivement en 1961 et 1965 et résident à Clamart.

9. Vivant en concubinage depuis 1989 avec Madame Valérie Gas (« la première requérante »), Madame Nathalie Dubois (« la deuxième requérante ») donna naissance en France, le 21 septembre 2000, à une fille, A. conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme. A. n'a pas de filiation établie à l'égard du père, qui est un donneur anonyme conformément à la loi belge. L'enfant vit depuis sa naissance au domicile commun des requérantes. Le 22 septembre 2000, l'enfant a été inscrite sur les registres de l'état civil de la mairie de Clamart. Elle a été reconnue par sa mère le 9 octobre 2000.

10. Les deux requérantes conclurent ensuite un pacte civil de solidarité (PACS), enregistré le 15 avril 2002 au greffe du tribunal d'instance de Vanves.

11. Le 3 mars 2006, la première requérante forma devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire, avec le consentement exprès de celle-ci donné devant notaire.

12. Le 12 avril 2006, le procureur de la République s'opposa à la demande d'adoption de la première requérante sur le fondement de l'article 365 du code civil (voir paragraphe 19).

13. Par un jugement du 4 juillet 2006, le tribunal constata que les conditions légales de l'adoption étaient remplies et qu'il était démontré que les requérantes s'occupent activement et conjointement de l'enfant, lui apportant soin et affection. Toutefois, le tribunal rejeta la demande aux motifs que l'adoption sollicitée aurait eu des conséquences légales contraires à l'intention des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, en transférant l'autorité parentale à l'adoptant et en privant ainsi la mère biologique de ses propres droits sur l'enfant.

14. La première requérante interjeta appel de cette décision, et la deuxième requérante intervint volontairement dans la procédure.

Devant la cour d'appel de Versailles, les requérantes réaffirmèrent leur volonté d'établir, grâce à l'adoption, un cadre juridique sécurisant pour l'enfant conforme à la réalité sociale vécue par lui. Elles soutinrent par ailleurs que la perte de l'autorité parentale subie par la mère de l'enfant pouvait être corrigée par une délégation totale ou partielle de cette autorité, et arguèrent de l'admission par d'autres pays européens de l'adoption d'enfant établissant un lien entre personnes de même sexe.

15. Par un arrêt du 21 décembre 2006, la cour d'appel confirma le rejet de leur demande.

Si, à l'instar des premiers juges, la cour releva que les conditions légales de l'adoption étaient réunies et qu'il était établi que la première requérante participait activement au bien-être affectif et matériel de l'enfant, elle confirma que les conséquences légales de cette adoption n'étaient pas conformes à l'intérêt de l'enfant, dès lors que les requérantes ne pouvaient bénéficier du partage de l'autorité parentale prévu par l'article 365 du code civil en cas d'adoption par le conjoint du père ou de la mère, et que donc Madame Dubois se trouverait privée, du fait de l'adoption, de tout droit sur son enfant. La cour estima par ailleurs qu'une simple délégation ultérieure éventuelle de l'exercice de cette autorité ne suffisait pas à pallier les risques pour l'enfant résultant de la perte de l'autorité parentale par sa mère. La requête ne répondrait dès lors, selon la cour, qu'au souhait des requérantes de consacrer et légitimer une parenté conjointe à l'égard de l'enfant.

16. Le 21 février 2007, les requérantes formèrent un pourvoi en cassation, mais ne menèrent pas à son terme la procédure engagée devant la Cour de cassation. Le 20 septembre 2007, le premier président de la Cour de cassation rendit une ordonnance de déchéance du pourvoi.

## **II. Le droit et la pratique internes pertinents**

### **A. Adoption**

17. Il existe en droit français deux types d'adoption, l'adoption plénière et l'adoption simple.

#### *1. L'adoption plénière*

18. Elle ne peut être prononcée que durant la minorité de l'enfant et peut être demandée par des conjoints mariés ou par une personne seule. Elle a pour effet de conférer à l'enfant adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine (si elle existe) et de lui conférer le nom de l'adoptant. Un nouvel acte de naissance est établi et l'adoption est irrévocable (articles 355 et suivants du code civil).

#### *2. L'adoption simple*

19. En revanche, l'adoption simple ne rompt pas les liens entre l'enfant et sa famille d'origine, mais crée un lien de filiation supplémentaire (articles 360 et suivants du code civil). Elle peut être réalisée quel que soit l'âge de l'adopté, y compris lorsqu'il est majeur. Elle ajoute le nom de l'adoptant au nom déjà porté par l'adopté. Ce dernier conserve des droits successoraux dans sa famille d'origine et en acquiert vis-à-vis de l'adoptant. Elle crée des obligations réciproques entre l'adoptant et l'adopté,

notamment une obligation alimentaire. Les parents de l'adopté ne sont tenus de lui fournir une aide financière que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant.

Si l'adopté est mineur, l'adoption simple a pour effet d'investir l'adoptant de tous les droits d'autorité parentale dont le père ou la mère de l'enfant se trouve dès lors dessaisi. Le législateur a aménagé une exception à cette règle : lorsque l'adoption simple est réalisée par le conjoint marié du père ou de la mère de l'enfant adopté. Dans cette hypothèse, l'autorité parentale est partagée entre les époux. Ainsi : Article 365 du code civil « 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 devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. (...) ».

De plus, contrairement à l'adoption plénière, l'adoption simple peut être révoquée, à la demande de l'adoptant, de l'adopté, ou, lorsque celui-ci est mineur, du ministère public.

L'adoption simple est destinée, pour l'essentiel, et s'agissant de mineurs, à pallier les défaillances du ou des parents biologiques. Dans la pratique, les cas d'adoptions plénières concernent majoritairement des adoptions internationales d'enfants, alors qu'une large majorité des adoptions simples prononcées dans un cadre intrafamilial concernent des majeurs et ont souvent un objectif successoral.

## **B. Autorité parentale**

20. L'autorité parentale est définie comme l'ensemble des droits et des devoirs des parents à l'égard des enfants mineurs. Elle vise à protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité pour assurer son éducation et permettre son développement » (article 3711 du code civil). En principe, dès lors que le lien de filiation est établi, tout parent d'un enfant mineur est titulaire de l'autorité parentale, qui ne peut lui être retirée que pour des causes graves. L'autorité parentale prend fin lors de la majorité, en principe à dix-huit ans. L'autorité parentale se distingue de l'exercice de l'autorité parentale. Ce dernier peut être confié à un seul des parents pour des motifs tenant à l'intérêt de l'enfant. Le parent auquel l'exercice de l'autorité parentale n'a pas été confié conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants. Il doit être informé des choix importants relatifs à leur vie et un droit de visite et d'hébergement ne peut, sauf motifs graves, lui être refusé.

21. Il existe des possibilités de délégation de l'autorité parentale à des tiers (articles 376 et suivants du code civil). Depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la délégation « classique » d'autorité parentale, régie par l'article 377 du code civil, prévoit que, lorsque les circonstances l'exigent, les parents ou l'un des deux peuvent saisir le juge aux affaires familiales pour que l'exercice de l'autorité parentale soit délégué à un tiers (un particulier, un établissement agréé ou le service départemental de l'Aide sociale à l'enfance). La délégation n'est pas définitive et ne peut comporter le droit de consentir à l'adoption. Dans ce cadre, il y a transfert total ou partiel de l'autorité parentale : les parents demeurent titulaires de l'autorité parentale, mais sont dépossédés de son exercice au profit d'un tiers.

22. Au sein de la procédure de délégation classique, la loi du 4 mars 2002 a institué une mesure plus souple de délégation-partage de l'autorité parentale (article 3771 du code civil). Ainsi, le jugement de délégation de l'autorité parentale peut prévoir, « pour les besoins d'éducation de l'enfant », que les parents ou l'un d'entre eux, partageront tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale avec le tiers délégataire, sans être dépossédés d'une autorité partagée. Cette mesure permet l'organisation des rapports entre l'enfant, le couple séparé et les tiers, qu'il s'agisse des grands-parents, des beaux-parents ou des concubins. Chaque parent reste titulaire de l'autorité parentale et en conserve l'exercice. La délégation n'entraîne pas de transfert de nom ni d'établissement d'un lien de filiation, elle est provisoire et disparaît à la majorité de l'enfant.

## **C. Mariage et pacte civil de solidarité (PACS)**

23. En France, le mariage n'est pas autorisé pour les couples homosexuels (article 144 du code civil). Ce principe a été réitéré par la Cour de cassation qui a rappelé, dans un arrêt rendu le 13 mars 2007, que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ».

24. Le pacte civil de solidarité (PACS) est défini par l'article 5151 du code civil comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Le PACS implique pour les partenaires un certain nombre d'obligations dont celles de maintenir une vie commune et de s'apporter une aide matérielle et une assistance réciproques.

Le PACS confère également aux partenaires certains droits, accrus depuis l'entrée en vigueur au 1er janvier 2007 de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Les partenaires forment ainsi un seul foyer fiscal ; ils sont par ailleurs assimilés aux conjoints mariés pour l'exercice de certains droits, spécialement au titre de l'assurance maladie et maternité et de l'assurance décès. Certains effets propres au mariage restent inapplicables aux partenaires du PACS, la loi notamment ne créant pas de lien d'alliance ou de vocation héréditaire entre partenaires. En particulier, la dissolution du PACS échappe aux procédures judiciaires de divorce et peut intervenir sur simple déclaration conjointe des partenaires ou décision unilatérale de l'un d'eux signifiée à son cocontractant (article 5157 du code civil). De plus, le PACS n'a aucune incidence sur les dispositions du code civil relatives à la filiation adoptive et à l'autorité parentale.

#### **D. Procréation médicalement assistée (PMA)**

25. L'assistance médicale à la procréation, qui désigne les pratiques permettant la conception *in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle est régie par les articles L. 21411 et suivants du code de la santé publique. Aux termes de l'article L. 21412 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.

26. Dans ce cas, l'article 31120 du code civil prévoit une reconnaissance judiciaire de paternité pour le second parent dans les termes suivants : « 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. (...) 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 ».

#### **E. Jurisprudence**

##### *1. Sur le refus de l'adoption simple de l'enfant mineur du partenaire d'un PACS*

27. La Cour de cassation a statué sur cette question à plusieurs reprises. Les deux premiers arrêts rendus le 20 février 2007 concernaient des espèces mettant en cause des femmes homosexuelles vivant en partenariat (PACS) et ayant des enfants tous rattachés légalement à leur mère, la filiation paternelle n'étant pas établie. Dans les deux cas, l'adoption simple des enfants avait été demandée, avec le consentement de la mère, par la partenaire. Une des requêtes avait été accueillie favorablement par la cour d'appel de Bourges, aux motifs notamment que « l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant » et l'autre avait été rejetée par la cour d'appel de Paris. Au visa de l'article 365 du code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation cassa et annula le premier arrêt d'appel : « Qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption réalisait un transfert des droits d'autorité parentale sur l'enfant en privant la mère biologique, qui entendait continuer à élever l'enfant, de ses propres droits, de sorte que, même si Mme Y... avait alors consenti à cette adoption, en faisant droit à la requête la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Elle confirma le second arrêt d'appel : « Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que Mme Y



..., mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par Mme X ..., alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ; » (1re Civ. 20 février 2007, 2 arrêts, Bulletin civil 2007 I nos 70 et 71).

La Cour de cassation confirma par la suite cette approche : « d'une part, que (le père ou) la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'(il ou) elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, a légalement justifié sa décision » (1re Civ. 19 décembre 2007, Bulletin civil 2007 I n° 392 ; voir aussi, dans le même sens, 1re Civ. 6 février 2008, inédit, pourvoi n° 0712948 et 1re Civ. 9 mars 2011).

28. Les deux premiers arrêts rendus le 20 février 2007 furent publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation, sur internet et au rapport annuel.

## *2. Sur la délégation d'autorité parentale*

29. Dans un premier arrêt de principe (Cass. 1re civ., 24 février 2006, publié au Bulletin), la Cour de cassation autorisa un couple homosexuel pacsé à bénéficier de ce dispositif. Elle jugea que l'article 377 al. 1 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, dès lors que les circonstances l'exigent et que la mesure est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant ». Par la suite, la Cour de cassation restreignit les conditions requises pour l'octroi d'une délégation d'autorité parentale (Cass. 1re civ., 8 juillet 2010, publié au Bulletin). Si les conditions posées restent identiques (il faut que les circonstances l'exigent et que la mesure soit conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant), la Cour de cassation exige désormais que les demanderesse justifient qu'une telle mesure permettrait d'améliorer les conditions de vie des enfants et qu'elle présente un caractère indispensable. Cette conception restrictive est désormais appliquée par les juges du fond (TGI Paris, 5 novembre 2010).

## *3. Décision du Conseil constitutionnel du 6 octobre 2010*

30. Dans le cadre d'une espèce concernant des faits similaires à ceux de la présente affaire, les requérantes alléguèrent une atteinte au principe constitutionnel d'égalité et demandèrent la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) au Conseil constitutionnel, ce que la Cour de cassation accepta.

31. Dans une décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel précisa qu'il ne lui appartenait pas de statuer *in abstracto* sur la constitutionnalité des dispositions légales contestées, mais à la lumière de l'interprétation jurisprudentielle constante qu'en fait la Cour de cassation. En l'espèce, la constitutionnalité de l'article 365 du code civil devait donc s'apprécier en ce que cette disposition a pour effet (consacré par la Cour de cassation le 20 février 2007) d'interdire par principe l'adoption de l'enfant par un partenaire ou un concubin.

En premier lieu, le Conseil rappela que les dispositions de l'article 365 ne font pas obstacle à la liberté des couples de vivre en concubinage ou de conclure un PACS, pas plus qu'elles n'empêchent le parent biologique d'associer son concubin ou son partenaire à l'éducation de l'enfant. Il jugea cependant que le droit de mener une vie familiale, tel que garanti par la Constitution, n'ouvre pas droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive entre l'enfant et le partenaire de son parent.

En second lieu, il constata que le législateur a délibérément décidé de réserver la faculté d'une adoption simple aux couples mariés et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur.

### III. Textes et documents du conseil de l'europe

#### A. La Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée)

32. Ouverte à la signature le 27 novembre 2008, cette Convention est entrée en vigueur le 1er septembre 2011. Elle n'a pas été signée ni ratifiée par la France. Elle prévoit, en ses dispositions pertinentes :

« 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 Etats 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 visàvis 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.

(...)

4 Les Etats Parties peuvent prévoir des dispositions relatives à d'autres formes d'adoption ayant des effets plus limités que ceux mentionnés aux paragraphes précédents du présent article. »

#### B. Recommandation du Comité des ministres

33. La recommandation CM/Rec(2010) du Comité des ministres, adoptée le 31 mars 2010, sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et sur l'identité de genre recommande notamment aux Etats membres : « (...) 24. Lorsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les Etats 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 ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris visàvis 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 ».

En droit

34. Les requérantes allèguent avoir subi un traitement discriminatoire fondé sur leur orientation sexuelle et portant atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale. Elles invoquent l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, qui se lisent comme suit :

Article 8 « 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 ».

Article 14 « 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 ».

## **I. Sur l'exception préliminaire du gouvernement**

35. A titre principal, le Gouvernement réitère que l'article 8 de la Convention n'est pas applicable en l'espèce. Reprenant l'argumentation déjà développée lors de l'examen de la recevabilité de l'affaire, le Gouvernement se réfère à la jurisprudence de la Cour selon laquelle il s'agit d'apprécier *in concreto* l'existence d'une vie familiale, qui n'est pas limitée au cadre juridique du mariage. Toutefois, le Gouvernement souligne que, selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 8 ne garantit aucun droit à l'adoption, ni à l'établissement d'une filiation entre l'adulte et l'enfant avec lequel il entretient une vie familiale, et moins encore un droit à l'enfant. Or, dès lors que le droit à l'adoption ne relève pas de la Convention, le Gouvernement estime que les requérantes ne peuvent se prévaloir d'une discrimination dans le bénéfice de ce droit puisque l'article 14 de la Convention n'a pas d'existence indépendante.

36. Les requérantes se réfèrent aux arguments exposés dans le cadre de l'examen de la recevabilité de l'affaire.

37. La Cour constate que les requérantes se fondent sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention et que cette dernière disposition ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter, ce dont les parties conviennent (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 41, 22 janvier 2008). Toutefois, force est de constater que l'examen *in concreto* de la situation des requérantes permet de conclure à la présence d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention. De plus, l'orientation sexuelle relève de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention. Il s'ensuit que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention, qui pourra être complété par l'article 14 invoqué en l'espèce.

38. La Cour renvoie à cet égard à sa décision du 31 août 2010 sur la recevabilité de la requête laquelle a conclu à l'applicabilité en l'espèce de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

39. Il y a lieu en conséquence de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement et de poursuivre l'examen au fond du grief.

## **II. Sur le bienfondé**

### **A. Thèses des parties**

#### *1. Les requérantes*

40. Les requérantes se plaignent du rejet de l'adoption sollicitée par la première requérante de l'enfant de sa compagne. Elles soutiennent que le motif pris des conséquences légales d'une telle adoption opérant retrait de l'autorité parentale de la mère ne constitue un obstacle définitif à l'adoption que pour les couples de même sexe puisque, contrairement aux personnes de sexe différent, elles ne peuvent pas contracter mariage, et donc bénéficier des dispositions de l'article 365 du code civil. Elles estiment que le refus ainsi opposé, par une position de principe, de prononcer l'adoption simple de A. par la première requérante a porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et ce de façon discriminatoire.

41. Les requérantes rappellent que A. a été conçue en Belgique par insémination artificielle avec donneur anonyme. Bien qu'élevée depuis sa naissance par les deux femmes, A. n'a, sur le plan juridique, qu'un seul parent, la deuxième requérante. Celle-ci a transmis son nom à A., exerce seule l'autorité parentale, et lui transmettra ses biens à sa mort. En revanche, sur le plan juridique, la première requérante n'a ni devoir ni droit vis-à-vis de l'enfant. Les requérantes expliquent avoir souhaité remédier à cette situation par une demande d'adoption simple, celle-ci permettant d'établir un lien de filiation qui s'ajoute au lien de filiation d'origine. A. aurait donc eu juridiquement deux parents et la sécurité juridique qui en découle, ce qui leur a été refusé par les instances nationales.

42. Les requérantes feraient donc l'objet d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle puisque les autorités françaises ont exclu de l'adoption simple les partenaires d'un couple de personnes du même sexe, mais pas les personnes unies par un mariage. Les requérantes rappellent en effet que le mariage homosexuel demeure interdit en France, comme l'a indiqué la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 13 mars 2007.

Cette différence de traitement discriminatoire se vérifierait également entre la situation des concubins et pacsés de même sexe et ceux de sexe différent, puisque les hétérosexuels peuvent échapper à la rigueur de l'article 365 du code civil en se mariant, ce qui n'est pas possible pour les homosexuels. Les requérantes exposent ne pas demander en l'espèce l'accès au mariage, mais soulignent la neutralité seulement apparente des dispositions du code civil, qui créent une discrimination indirecte.

43. A l'audience, pour illustrer leur propos, les requérantes ont comparé la situation d'A. à celle d'une autre enfant, A.D. Celle-ci aurait été conçue par insémination artificielle avec un donneur anonyme par une femme vivant en concubinage avec un homme, Monsieur D. Or, alors que les situations d'A. et d'A.D. seraient en tous points comparables, leur statut juridique est différent, puisque par application de l'article 31120 du code civil Monsieur D. est le père juridique de l'enfant, sans même avoir à faire de demande d'adoption simple (voir paragraphe 26). Ainsi, que ce soit pour des actes de la vie courante (inscription à l'école et suivi scolaire) ou dans des circonstances plus graves (accident de la circulation), A. ne peut être accompagnée que par sa mère, alors qu'A.D. peut être prise en charge par Monsieur D. De plus, en cas de décès de la mère biologique, A. devient orpheline et peut être confiée à un tuteur ou à une famille d'accueil, alors qu'A.D. sera confiée à son père juridique. Les requérantes en déduisent que la législation française concernant l'adoption simple et l'insémination avec donneur anonyme (IAD) empêche l'établissement d'un lien de filiation adoptif entre A. et la première requérante, alors que cela serait possible si cette dernière était un homme. Même si les requérantes soulignent ne pas souhaiter remettre en cause l'accès à l'IAD tel que prévu par le droit français, il y aurait une différence de traitement juridique selon que les couples élevant les enfants sont composés de deux femmes vivant en concubinage ou ayant conclu un PACS, ou d'un homme et d'une femme concubins ou pacsés.

44. Ajoutant un autre exemple, les requérantes évoquent la possibilité que, suite au décès de Monsieur D., la mère d'A.D. rencontre un autre homme, Monsieur N., et décide de vivre en concubinage ou de se marier avec lui. Monsieur N. pourrait demander l'adoption simple d'A.D. alors que celle d'A. serait refusée à la première requérante.

45. Il y aurait donc une différence de traitement entre la situation de deux femmes vivant en concubinage ou ayant conclu un PACS, qui ne peuvent pas se marier, et la situation d'une femme et d'un homme qui, s'ils se marient, autorise le conjoint de la mère à demander l'adoption simple de l'enfant avec un partage automatique de l'autorité parentale.

46. Or, selon les requérantes, cette différence de traitement ne poursuit aucun but légitime. En tout cas, l'intérêt de l'enfant commanderait de lui assurer la protection juridique de deux parents plutôt que d'un seul. De plus, selon elles, la délégation partage de l'autorité parentale (DPAP), qu'elles n'ont d'ailleurs pas demandée aux instances nationales, serait insuffisante. En effet, la DPAP ne concerne que l'autorité parentale, est temporaire et n'est pas accordée aisément par les juridictions nationales depuis le 8 juillet 2010 (voir paragraphe 29). Elles soulignent que la meilleure protection de l'intérêt de l'enfant est assurée par l'adoption simple, et non par la DPAP.

47. Les requérantes concluent que le refus d'adoption simple qui leur a été opposé constitue une discrimination à la fois directe et indirecte fondée sur l'orientation sexuelle et contraire à la Convention. Elles considèrent que le gouvernement français devrait proposer des modifications législatives pour mettre fin à cette discrimination.

## *2. Le Gouvernement*

48. Le Gouvernement rappelle d'abord les régimes juridiques de l'adoption en droit français ainsi que celui relatif à la délégation de l'autorité parentale, et leurs fondements (voir paragraphes 17 à 22 ci-dessus). Quant à la présente espèce, à l'audience le Gouvernement a noté que les requérantes n'ont pas formulé de demande de DPAP, alors que celle-ci peut être justifiée par les circonstances (par exemple, départ en voyage de la deuxième requérante).

49. Ensuite, le Gouvernement considère qu'aucune discrimination objective ne résulte de l'article 365 du code civil, puisque cette disposition est applicable de la même façon à tous les couples non mariés, et ce quelle que soit la composition du couple. La seule exception prévue par l'article litigieux, le conjoint marié, a été mise en place par le législateur dans un souci de protection des intérêts de l'enfant. En effet, selon le Gouvernement, le mariage demeure une institution garantissant une stabilité du couple plus importante que d'autres types d'unions. De plus, en cas de dissolution du mariage, l'intervention du juge aux affaires familiales est automatique. Au contraire, le PACS présente une grande souplesse aussi bien pour le conclure que pour le défaire, et n'emporte aucune conséquence en matière familiale et aucun effet en matière de filiation. Compte tenu de ces éléments, le législateur a donc voulu limiter les possibilités d'adoption simple afin d'assurer à l'enfant un cadre pérenne, tant dans sa prise en charge que dans son éducation.

50. Le Gouvernement réfute également l'existence d'une discrimination par ricochet ou indirecte invoquée par les requérantes, découlant de ce que le mariage est réservé en France aux couples hétérosexuels. Le Gouvernement expose à cet égard que, selon la jurisprudence de la Cour, la vie familiale peut s'exercer en dehors du seul cadre du mariage, comme elle peut s'exercer en dehors de liens juridiques de filiation.

51. En tout état de cause, si la Cour venait à considérer qu'il existe une différence de traitement, le Gouvernement considère que celle-ci est justifiée et ne constitue pas une discrimination, qu'il s'agisse de la comparaison de la situation des requérantes avec celle d'un couple marié ou avec celle d'un couple hétérosexuel pacsé ou vivant en concubinage.

52. A l'audience, le Gouvernement a souligné en particulier que l'ensemble du droit français de la filiation est fondé sur l'altérité sexuelle. Compte tenu de cette approche, qui relève d'un choix de société, le Gouvernement estime que la mise en place de la possibilité pour un enfant d'avoir une filiation établie uniquement à l'égard de deux femmes ou de deux hommes constitue une réforme de principe qui ne pourrait émaner que d'un Parlement. Cette question devrait donc être traitée globalement à l'occasion d'un débat démocratique, et non par des biais détournés comme le partage de l'autorité parentale dans l'adoption simple.

## *3. Les tiers intervenants*

53. La Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), la Commission internationale des Juristes (ICJ), l'European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGAEurope), la British Association for Adoption and Fostering (BAAF) et le Network of European LGBT Families Associations (NELFA) soumettent à la Cour une intervention commune.

54. Ces organisations précisent d'abord que l'adoption par des homosexuels relève de trois situations bien distinctes : en premier lieu, il peut s'agir d'un célibataire souhaitant adopter, dans un pays membre où cela est autorisé, même à titre exceptionnel, étant entendu que tout partenaire n'aura aucun droit à

l'égard de l'enfant adopté (adoption individuelle) ; en deuxième lieu, l'un des membres d'un couple du même sexe peut souhaiter adopter l'enfant de son partenaire, permettant ainsi aux deux membres de ce couple d'exercer l'autorité parentale vis à vis de l'enfant adopté (adoption par un second parent) ; enfin, les deux membres d'un couple du même sexe peuvent vouloir adopter ensemble un enfant qui n'a aucun lien avec eux, de sorte que les deux partenaires acquièrent simultanément les droits parentaux à l'égard de l'enfant adopté (adoption conjointe). Dans l'affaire *E.B. c. France* précitée, la Cour s'est prononcée en faveur d'un accès égal à l'adoption simple pour toute personne, quelle que soit son orientation sexuelle. En l'espèce, c'est l'adoption par un second parent qui est en cause.

55. En 2011, dix Etats membres du Conseil de l'Europe sur quarantesept autorisaient l'adoption par le second parent, et des modifications législatives dans le même sens sont à l'étude dans d'autres pays. Selon les tiers intervenants, un consensus paraît donc se dégager de plus en plus dans le sens suivant : lorsqu'un enfant est élevé par un couple homosexuel stable, la reconnaissance juridique du statut du deuxième parent renforce le bien-être de l'enfant et assure une meilleure protection de ses intérêts.

56. Dans d'autres Etats, la législation et la jurisprudence suivent la même orientation. Ainsi, l'adoption par le second parent est possible pour les couples homosexuels dans treize provinces du Canada, dans au moins seize des cinquante Etats américains et dans d'autres pays tels que le Brésil, l'Uruguay, la Nouvelle Zélande et certaines parties de l'Australie.

57. Se référant à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, à la jurisprudence pertinente de la Cour ainsi qu'à celle de certaines cours nationales (comme la Chambre des Lords britannique ou la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud), les tiers intervenants demandent à la Cour de consacrer cette approche, qui privilégie selon eux la protection de l'intérêt de l'enfant.

## **B. Appréciation de la Cour**

### *1. Principes généraux applicables*

58. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats 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 (*Burden c. RoyaumeUni* [GC], n° 13378/05, § 60, CEDH 2008), y compris des distinctions de traitement juridique (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 38, série A n° 31).

59. D'une part, la Cour a maintes fois dit que, comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 37, CEDH 2003IX, *L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, § 45, CEDH 2003I, *Smith et Grady c. RoyaumeUni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 90, CEDH 1999VI, et *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, §§ 96 et 97, CEDH 2010).

60. D'autre part, la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Schalk et Kopf*, précité, § 97).

### *2. Application de ces principes au cas d'espèce*

61. Avant tout, la Cour relève que la présente affaire diffère de l'affaire *E.B. c. France* précitée. Celle-ci concernait le traitement d'une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par une personne

célibataire homosexuelle. Dans cette affaire, la Cour a rappelé que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle. Compte tenu de cette réalité du régime légal interne, elle a en revanche considéré que les raisons avancées par le Gouvernement ne pouvaient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante. Celle-ci s'était donc vue opposer des motifs tenant à sa situation, que la Cour a jugés discriminatoires (*E.B. c. France*, précitée, § 94).

62. La Cour constate que tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que les requérantes se plaignent du refus d'adoption simple qui leur a été opposé concernant l'enfant A. A l'appui de leur décision, les juridictions nationales ont estimé que puisque l'adoption simple réalise un transfert des droits d'autorité parentale à l'adoptante, elle n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dès lors que la mère biologique entend continuer à élever cet enfant. Les juridictions ont ainsi appliqué les dispositions de l'article 365 du code civil qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple. N'étant pas mariées, les requérantes n'ont pas pu bénéficier de la seule exception prévue par ce texte.

63. S'agissant de l'insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD) telle que prévue par le droit français, la Cour constate que, sans remettre en cause les conditions d'accès à ce dispositif, les requérantes en critiquent les conséquences juridiques et allèguent une différence de traitement injustifiée (paragraphe 43 *in fine*). Or, la Cour observe d'abord que les requérantes n'ont pas contesté cette législation devant les juridictions nationales. Surtout, la Cour relève que si le droit français ne prévoit l'accès à ce dispositif que pour les couples hétérosexuels, cet accès est également subordonné à l'existence d'un but thérapeutique, visant notamment à remédier à une infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement constaté ou à éviter la transmission d'une maladie grave (voir paragraphes 25 et 26). Ainsi, pour l'essentiel, l'IAD n'est autorisée en France qu'au profit des couples hétérosexuels infertiles, situation qui n'est pas comparable à celle des requérantes. Il s'ensuit, pour la Cour, que la législation française concernant l'IAD ne peut être considérée comme étant à l'origine d'une différence de traitement dont les requérantes seraient victimes. La Cour constate également que ces normes ne permettent pas l'établissement du lien de filiation adoptif qu'elles revendiquent.

64. Les requérantes soutiennent que le refus opposé par les juridictions françaises de prononcer l'adoption simple de A. par la première requérante a porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale de façon discriminatoire. Elles allèguent subir une différence de traitement injustifiée en tant que couple homosexuel par rapport aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou non.

65. D'abord, la Cour estime donc nécessaire d'examiner la situation juridique des requérantes par rapport à celle des couples mariés. Elle constate que l'article 365 du code civil aménage un partage de l'autorité parentale lorsque l'adoptant se trouve être le conjoint du parent biologique de l'adopté, ce dont ne peuvent bénéficier les requérantes, compte tenu de l'interdiction de se marier qui leur est faite en droit français.

66. D'emblée, la Cour rappelle qu'elle a déjà énoncé, dans le cadre de l'examen de l'affaire *Schalk et Kopf* précitée, que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux gouvernements des Etats parties l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel (*Schalk et Kopf*, précité, §§ 49 à 64). Le droit au mariage homosexuel ne peut pas non plus se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 (*ibid.*, § 101). De plus, elle a estimé que lorsque les Etats 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 (*ibid.*, § 108).

67. La Cour relève qu'en l'espèce, les requérantes précisent ne pas demander l'accès au mariage, mais, se trouvant, selon elles, dans une situation analogue, elles allèguent une distinction discriminatoire.

68. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle rappelle, comme elle l'a déjà constaté, que 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 (*Burden*, précité, § 63, et *Joanna Shackell c. RoyaumeUni* (déc.), n° 45851/99, 27 avril 2000 ; voir aussi *Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999VI, *Lindsay c. RoyaumeUni* (déc.), n° 11089/84, 11 novembre 1986, et *Serife Yigit c. Turquie* [GC], n° 3976/05, 2 novembre 2010). Par conséquent, la Cour estime que l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés.

69. Ensuite, et pour en venir à la deuxième partie du grief des requérantes, la Cour doit examiner leur situation par rapport à celles des couples hétérosexuels non mariés. Ces couples peuvent avoir conclu un PACS, comme les requérantes, ou vivre en concubinage. Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans des situations juridiques comparables, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple (voir paragraphes 19, 24 et 31). Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

70. Certes, les requérantes allèguent une discrimination indirecte fondée à nouveau sur l'impossibilité de se marier, alors que les couples hétérosexuels peuvent échapper à l'article 365 du code civil par ce biais.

71. Toutefois, à cet égard, la Cour ne peut que se référer au constat déjà effectué précédemment (voir paragraphes 66 à 68).

72. Enfin, et à titre subsidiaire, la Cour observe qu'elle a déjà reconnu que la logique de la conception de l'adoption litigieuse, qui entraîne la rupture du lien de filiation antérieur entre la personne adoptée et son parent naturel est valable pour les personnes mineures (voir, *mutatis mutandis*, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 80, 13 décembre 2007). Elle estime que, compte tenu du fondement et de l'objet de l'article 365 du code civil (voir paragraphe 19), qui régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple, l'on ne saurait, 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 en faveur de A.

73. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Par ces motifs, la Cour

1. *Rejette* à l'unanimité, l'exception préliminaire du Gouvernement ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention.

NOTE :

On se souvient que, par une décision du 31 août 2010 (CEDH 31 août 2010, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France*, D. 2011. 1585, obs. GranetLambrechts, et 1713, obs. Bernaud; RTD civ. 2011. 114, obs. Hauser), la Cour avait déclaré recevable cette requête de deux Françaises estimant que le rejet par la France de l'adoption simple de l'enfant de l'une par l'autre portait atteinte de façon discriminatoire à leur droit à la vie privée et familiale, en violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Sa décision sur le fond était donc particulièrement attendue, d'autant plus que, le 8 octobre 2010, le Conseil constitutionnel avait quant à lui déclaré l'article 365 conforme à la Constitution (Cons. const., 6 oct. 2010, n° 201039 QPC, D. 2010. 2293, obs. Gallmeister, 2744, note Chénéde; D. 2011. 529, chron. N. Maziau, 1585, obs. GranetLambrechts, et 1713, obs. Bernaud et Gay; RTD civ. 2010. 776, obs. Hauser; *ibid.* 2011. 90, obs. Deumier). Il avait en effet jugé que l'interprétation jurisprudentielle de cette disposition n'était contraire ni au droit de mener une vie familiale normale, qui n'implique pas le droit à l'établissement d'une filiation adoptive, ni au principe d'égalité, le maintien de cette interprétation jurisprudentielle par le législateur signifiant que, pour ce dernier, une différence de traitement entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas est justifiée.



Devant la CEDH, les requérantes alléguent subir une différence de traitement injustifiée en tant que couple homosexuel par rapport aux couples hétérosexuels, qu'ils soient mariés ou non. La Cour examine d'abord leur situation juridique par rapport à celle des couples mariés. A cet égard, elle constate que l'article 365 aménage un partage de l'autorité parentale lorsque l'adoptant se trouve être le conjoint du parent biologique de l'adopté, ce dont ne peuvent bénéficier les requérantes, compte tenu de l'interdiction de se marier qui leur est faite en droit français (§ 65). La Cour rappelle qu'aucune disposition de la Convention n'impose aux Etats d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (CEDH 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk, Kopf c/ Autriche*, D. 2011. 1040, obs. Lemouland et Vigneau; RTD civ. 2010. 738, obs. Marguénaud, et 765, obs. Hauser). En l'espèce, cependant, l'argument des requérantes consistait à se prévaloir d'une situation analogue à celle d'un couple marié. La Cour le réfute en relevant que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent (§ 68).

Elle examine ensuite la situation des requérantes par rapport à celle des couples hétérosexuels non mariés. Que ces couples vivent en concubinage ou que, comme les requérantes, ils aient conclu un PACS, ils se voient tous opposer le refus de l'adoption simple de l'enfant de leur concubin ou partenaire. La Cour ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

Elle conclut par conséquent qu'il n'y a pas eu de violation des articles 14 et 8 combinés de la Convention. On relèvera toutefois que, dans son opinion dissidente, le juge Villiger a déploré que l'arrêt se concentre sur les adultes et non sur l'enfant. Selon lui, en effet, il aurait plutôt fallu rechercher si la différence de traitement litigieuse était justifiée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quant aux opinions des juges Costa et Spielmann, bien que concordantes, elles exhortent toutes deux le législateur français à adapter l'article 365 aux réalités sociales contemporaines, celui-ci étant désormais seul en mesure de modifier le droit interne sur ce sujet. Les candidats à l'élection présidentielle ont d'ailleurs bien compris l'enjeu de cette question de société.

I. Gallmeister

**Document 10 : Communiqué de presse de la Cour européenne des droits de l'homme : « L'impossibilité d'accès à l'adoption coparentale pour les couples homosexuels en Autriche est discriminatoire en comparaison avec la situation des couples hétérosexuels non mariés »**

Dans son arrêt de Grande Chambre, définitif<sup>1</sup>, rendu ce jour dans l'affaire **X et autres c. Autriche** (requête n° 19010/07), la Cour européenne des droits de l'homme conclut :

*à la majorité*, à la **violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination)** combiné avec **l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)** de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de la différence de traitement subie par les requérants pour autant que l'on compare leur situation avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre ; et

*à l'unanimité*, à la **non-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.

Dans cette affaire, deux femmes vivant ensemble une relation homosexuelle stable se plaignaient du refus des juridictions autrichiennes de faire droit à la demande de l'une d'elles d'adopter le fils de l'autre sans que les liens juridiques entre la mère et l'enfant ne s'en trouvent rompus (adoption coparentale).

---

<sup>1</sup> Les arrêts de Grande Chambre sont définitifs (article 44 de la Convention). Tous les arrêts définitifs sont transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui en surveille l'exécution. Pour plus d'informations sur la procédure d'exécution, consulter le site internet : <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution>

La Cour a estimé que la différence de traitement opérée entre les requérantes et un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre était fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. Elle a jugé que le Gouvernement n'avait pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que la différence de traitement litigieuse était nécessaire à la préservation de la famille ou à la protection de l'intérêt de l'enfant.

Cependant, la Cour a souligné que la Convention n'obligeait pas les Etats à étendre l'adoption coparentale aux couples non mariés. En outre, elle a souligné que la présente affaire se distinguait de l'affaire *Gas et Dubois c. France*<sup>2</sup>, dans laquelle elle 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 frappe tant les premiers que les seconds.

---

### Principaux faits

Les requérants sont deux ressortissantes autrichiennes (« la première requérante » et « la troisième requérante ») qui sont nées en 1967 et vivent ensemble une relation homosexuelle stable, et le fils de l'une d'elles (« le deuxième requérant »). Né hors mariage en 1995, celui-ci est sous la garde exclusive de sa mère. Les requérants vivent au sein du même foyer, où les deux femmes s'occupent ensemble de l'enfant.

Souhaitant créer une relation juridique entre la première requérante et l'enfant sans rompre la relation entre celui-ci et sa mère, les deux requérantes conclurent en février 2005 une convention d'adoption, qu'elles soumirent pour approbation au tribunal de district compétent. Conscientes que les dispositions pertinentes du code civil pouvaient être interprétées 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 son parent biologique ne s'en trouve rompu, les requérantes invitèrent la Cour constitutionnelle à déclarer inconstitutionnelles lesdites dispositions au motif qu'elles leur faisaient subir une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. En juin 2005, la Cour constitutionnelle rejeta leur demande pour irrecevabilité, le tribunal de district n'ayant pas encore statué.

En octobre 2005, le tribunal de district refusa d'approuver la convention d'adoption, estimant que le code civil prévoyait que, en cas d'adoption monoparentale, le parent adoptant remplaçait le parent biologique du même sexe, ce qui entraînait la rupture des liens entre celui-ci et l'enfant. Dans l'affaire des requérants, l'adoption de l'enfant par la première requérante aurait eu pour effet de rompre la relation de l'enfant avec sa mère, et pas avec son père.

En février 2006, le tribunal régional rejeta le recours formé par les requérants. Faisant siens les motifs retenus par le tribunal de district, le tribunal régional ajouta que le droit autrichien, s'il ne donnait pas de définition précise du terme « parents », désignait clairement par ce terme deux personnes de sexe différent. Lorsque, comme dans l'affaire des requérants, l'enfant avait ses deux parents, il n'y avait pas lieu de remplacer l'un d'eux par un parent adoptif. Le tribunal fit observer à cet égard qu'il ressortait du dossier que l'enfant avait des contacts réguliers avec son père. Il n'examina pas la question de savoir si, comme le prétendaient les requérants, il y avait des raisons de passer outre au refus du père de consentir à l'adoption. En septembre 2006, la Cour suprême rejeta le pourvoi en cassation des requérants, estimant que l'adoption d'un enfant par la partenaire de sa mère était juridiquement impossible et que les dispositions pertinentes du code civil ne révélaient aucune apparence d'inconstitutionnalité.

### Griefs, procédure et composition de la Cour

Invoquant l'article 14 combiné avec l'article 8, les requérants se disaient victimes d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. D'après eux, il n'existait aucun motif raisonnable et

---

<sup>2</sup> *Gas et Dubois c. France* (25951/07), arrêt de chambre du 15 mars 2012.

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.

La requête a été introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme le 24 avril 2007. Le 5 juin 2012, la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre. Une audience de Grande Chambre a eu lieu à Strasbourg le 3 octobre 2012.

Conformément à l'article 36 de la Convention, le président de la Grande Chambre a autorisé les organisations et institutions suivantes à intervenir en qualité de tierces parties dans la procédure écrite :

- conjointement, la Fédération internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH), la Commission internationale de juristes (CIJ), la branche européenne de l'*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association* (ILGA-Europe), la *British Association for Adoption and Fostering* (BAAF), le *Network of European LGBT Families Associations* (NELFA), et l'*European Commission on Sexual Orientation Law* (ECSOL) ;

- le Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ) ; - le procureur général d'Irlande du Nord ;

- *Amnesty International* (AI) ; - *Alliance Defending Freedom*.

L'arrêt a été rendu par la Grande Chambre de 17 juges, composée en l'occurrence de :

Dean **Spielmann** (Luxembourg), *président*, Josep **Casadevall** (Andorre),  
Guido **Raimondi** (Italie),  
Ineta **Ziemele** (Lettonie),

Nina **Vajić** (Croatie),  
Lech **Garlicki** (Pologne),  
Peer **Lorenzen** (Danemark), Anatoly **Kovler** (Russie),  
Elisabeth **Steiner** (Autriche), Khanlar **Hajiyev** (Azerbaïdjan), Egbert **Myjer** (Pays-Bas),  
Danutė **Jočienė** (Lituanie),  
Ján **Šikuta** (Slovaquie),  
Vincent A. **de Gaetano** (Malte), Linos-Alexandre **Sicilianos** (Grèce), Erik **Møse** (Norvège),  
André **Potocki** (France), juges,

ainsi que de Johan **Callewaert**, *greffier adjoint de la Grande Chambre*.

Décision de la Cour :

Article 14 combiné avec l'article 8

Conformément à sa jurisprudence, la Cour estime que les relations unissant les trois requérants relèvent de la « vie familiale » au sens de l'article 8. En conséquence, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer en l'espèce, ce que le Gouvernement n'a pas contesté.

### **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**

Dans l'arrêt qu'elle a récemment rendu dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, la Cour a jugé que la situation d'un couple homosexuel dont l'un des membres souhaitait adopter l'enfant de l'autre sans que les liens juridiques rattachant la mère à son enfant ne s'en trouvent rompus n'était pas comparable à celle d'un couple marié. La Cour n'aperçoit pas de raison de s'écarter ici de la solution à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt en question. Elle rappelle que la Convention n'impose pas aux Etats

membres l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Lorsque les Etats décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine latitude (marge d'appréciation) pour décider de la nature exacte du statut conféré. En outre, le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques.

La Cour conclut en l'espèce que la situation des requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple marié. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des intéressées à celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

### **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**

La Cour admet que la situation des requérantes est comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. Le gouvernement autrichien n'a pas avancé que les couples homosexuels se distinguaient par un statut juridique particulier des couples hétérosexuels non mariés. Il a concédé que les couples homosexuels et les couples hétérosexuels étaient en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général, et à l'adoption coparentale en particulier.

Le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. Le code civil autorise l'adoption monoparentale et aucune de ses dispositions 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, les dispositions pertinentes du code civil prévoyant que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui. La première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle de l'enfant de sa compagne, seuls les liens juridiques entre celui-ci et cette dernière auraient pu être rompus. Les intéressées ne pouvaient donc pas recourir à l'adoption en vue de créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien de filiation *qui se serait ajouté* à celui qui existait entre l'enfant et sa mère.

Selon le gouvernement autrichien, la demande d'adoption litigieuse a été rejetée pour des motifs étrangers à l'orientation sexuelle des requérantes, et les intéressés invitaient donc la Cour à se livrer à un contrôle abstrait de la législation applicable. La Cour n'est pas convaincue par cette thèse. Elle observe que les juridictions autrichiennes ont clairement dit qu'une adoption susceptible de produire les effets désirés par les intéressés était impossible au regard du code civil. Le tribunal de district et le tribunal régional se sont principalement appuyés sur l'impossibilité juridique de l'adoption demandée par les requérants, sans s'arrêter sur les circonstances particulières de l'affaire et sans rechercher s'il existait des raisons de passer outre au refus du père de l'enfant de consentir à l'adoption envisagée. Au lieu de cela, le tribunal régional a souligné que la notion de « parents » telle que la concevait le droit autrichien de la famille renvoyait à deux personnes de sexe opposé et a mis en exergue l'intérêt de l'enfant à entretenir des relations avec deux parents de sexe opposé. La Cour suprême a confirmé que l'adoption envisagée par les requérants était juridiquement impossible.

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 et les a empêchées de rechercher concrètement si cette adoption était dans l'intérêt de l'enfant, alors qu'elles auraient été tenues de vérifier la conformité à l'intérêt de l'enfant si la demande d'adoption avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié. En conséquence, les requérants ont été directement touchés par la législation litigieuse. En outre, les trois requérants vivant ensemble une « vie familiale » au sens de l'article 8, ce qui n'a pas été contesté, ils pouvaient tous se prétendre victimes de la violation alléguée.

La différence de traitement subie par les intéressés par rapport à un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre était fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. Il convient donc de distinguer la présente espèce de l'affaire *Gas et Dubois c. France*, 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 frappe tant les premiers que les seconds.

L'article 8 n'impose pas aux Etats membres d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés. Toutefois, la législation autrichienne ouvrant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels (non mariés) poursuivait un but légitime et était proportionné à ce but.

Selon les juridictions internes et le Gouvernement, le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique. La Cour reconnaît que la préservation de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un but légitime apte à justifier une différence de traitement, de même que la protection de l'intérêt de l'enfant. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour que, dans le cas d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, il incombe au gouvernement défendeur de démontrer que la différence en question était nécessaire à la réalisation de ce but.

Le gouvernement autrichien n'a pas fourni de preuve établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères. En outre, le droit autrichien autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis. 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. En outre, 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 et ne protège pas. Ces considérations suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale faite aux couples homosexuels.

Le gouvernement autrichien soutenait en outre que, faute de consensus européen sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels, les Etats bénéficiaient d'une ample marge d'appréciation pour légiférer en la matière. Toutefois, la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question générale de l'accès des couples 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. Dans ces conditions, seuls les dix Etats membres du Conseil de l'Europe ouvrant l'adoption coparentale aux couples non mariés<sup>3</sup> peuvent servir de point de comparaison. Seuls six d'entre eux ne font pas de distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels à cet égard, les quatre autres<sup>4</sup> ayant la même position que l'Autriche. L'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats européens.

En résumé, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons 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 de l'intérêt de l'enfant. Partant, la distinction opérée par le droit autrichien est discriminatoire. En conséquence, il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

Satisfaction équitable (Article 41)

La Cour dit que l'Autriche doit verser conjointement aux requérants 10 000 euros (EUR) pour dommage moral et 28 420, 88 EUR pour frais et dépens.

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Le Portugal, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine.

## Opinions séparées

Le juge Spielmann a exprimé une opinion concordante. Les juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, de Gaetano, Šikuta et Sicilianos ont exprimé une opinion dissidente commune.

*L'arrêt existe en anglais et en français.*

Rédigé par le greffe, le présent communiqué ne lie pas la Cour. Les décisions et arrêts rendus par la Cour, ainsi que des informations complémentaires au sujet de celle-ci, peuvent être obtenus sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Pour s'abonner aux communiqués de presse de la Cour, merci de s'inscrire ici : [www.echr.coe.int/RSS/fr](http://www.echr.coe.int/RSS/fr).

**La Cour européenne des droits de l'homme** a été créée à Strasbourg par les Etats membres du Conseil de l'Europe en 1959 pour connaître des allégations de violation de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

**SEANCE 10**  
**CORRECTION DU PARTIEL**