

Si la femme avait été un homme...

Commentaire de l'arrêt *X et autres c. Autriche* sur l'adoption homosexuelle.

Grégor Puppinck,
Directeur de l'ECLJ, Docteur en droit.
Strasbourg, le 20 février 2013.

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

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

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

Une courte majorité des juges (10 sur 17) a adopté le raisonnement des organisations LGBT qui portaient cette affaire (*ILGA, ECSOL FIDH, etc.*). A l'opposé, l'opinion publiée en annexe par les sept juges dissidents cite et reprend largement les [observations écrites](#) soumises par l'ECLJ à la Grande Chambre.

Selon le droit autrichien, une telle adoption n'est pas possible car un enfant ne peut pas avoir sa filiation établie envers plus de deux parents (un homme et une femme), et l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui (Art. 182 § 2 du code civil autrichien). Ainsi, son adoption par une femme romprait le lien avec sa mère biologique.

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

qui porte son nom, et il verse une pension alimentaire. Autrement dit, comme beaucoup d'autres, cet enfant vit avec sa mère et a un père qu'il continue à voir et qui s'occupe de lui.

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

Afin que la compagne de la mère puisse établir des droits parentaux sur l'enfant, les deux compagnes ont demandé au père de renoncer aux siens. Face à son refus, elles ont demandé aux juridictions autrichiennes de l'en déchoir et d'autoriser l'adoption de telle sorte que la compagne de la mère puisse se substituer au père de l'enfant. Les autorités autrichiennes ont jugé cette demande contraire à l'intérêt de l'enfant et l'ont refusée. Les deux compagnes ont alors saisi la Cour européenne invoquant une discrimination.

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

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

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

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

Or, si l'on estime, comme l'a conclu la majorité des juges, que ni l'altérité sexuelle ni la filiation biologique ne sont déterminants pour « être le parent » de son enfant, il y a alors discrimination.

¹ « Si la demande d'adoption (...) avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt du deuxième requérant [l'enfant]. Et si le père de l'enfant avait refusé de consentir à l'adoption, ils auraient dû rechercher s'il existait des circonstances exceptionnelles justifiant qu'ils passent outre à ce refus comme le leur permettait l'article 181 § 3 du code civil » (§ 125).

C'est ce que la Cour a établi en évaluant et écartant une à une les justifications apportées par le gouvernement à l'appuie de sa législation:

- La Cour reproche au Gouvernement ne pas avoir « *présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant.* » (§ 142).

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

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

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

La Cour juge alors que le Gouvernement est dans « *l'incapacité (...) à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères* » (§ 146). Dès lors, selon la Cour, on ne peut pas exclure qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant que la compagne de sa mère se substitue à son père, cette question doit alors pouvoir être tranchée en justice.

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

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

Le problème de fond de cet arrêt est le rapport de la majorité des juges à la réalité : ils font abstraction de la différence naturelle entre un homme et une femme, de la réalité de la famille et de l'enfant. Tout est analysé sous le prisme de l'égalité entre sentiments homosexuels et hétérosexuels. La différence sexuelle physique entre un couple hétérosexuel et un binôme homosexuel est réduite de façon erronée à une simple différence « d'orientation » sexuelle ; et le principe de non-discrimination selon l'orientation sexuelle emporterait interdiction de distinguer selon l'identité sexuelle des parents. Or en matière de filiation, c'est l'identité sexuelle physique des parents qui importe, et non pas leur orientation.

Les juges ont oublié que la réalité précède toujours le droit : le droit est inscrit dans la réalité des choses et des rapports humains. Si l'on fausse le rapport à la réalité, c'est tout le droit qui en est altéré. Ainsi, le régime juridique de l'adoption est « taillé sur mesure » pour la famille naturelle. Les requérantes se plaignent de ne pas pouvoir entrer dans ce régime juridique, et elles prétendent que cette impossibilité matérielle constitue une interdiction légale. « L'interdiction » apparaît lorsque disparaît la « réalité » qui a fondé la législation.

Les juges ont fait primer le droit sur la réalité ; le droit se confond alors avec l'idéologie qui le porte et qu'il se met à servir. Aujourd'hui, il s'agit de l'idéologie néo-marxiste qui refuse toute

norme « imposée » par la morale ou la nature. A notre époque comme à l'époque soviétique, lorsque le droit est absorbé par l'idéologie, il tend à soumettre la réalité pour la remodeler selon ses principes.

Dans cet arrêt, la majorité a traduit en droit l'idéologie de la *dérégulation* selon laquelle rien ne doit être interdit par principe, car en morale, rien ne serait démontrable de façon absolue, tout serait une question d'espèce, donc relatif. Par suite, toute impossibilité ou interdiction doit pouvoir être contestée devant une juridiction, et *in fine*, devant la Cour européenne. Ainsi la Cour a récemment condamné l'Allemagne en ce qu'elle interdit par principe le suicide assisté, c'est à dire l'euthanasie². Il est évident que cette idéologie vide les droits de l'homme de toute substance propre découlant d'une certaine idée de l'homme, et les transforme en une machine à libéraliser l'agir humain, à le rendre totalement amoral pour finalement substituer l'idéologie à la morale.

Il est difficile de mesurer l'étendue des conséquences potentielles de cet arrêt. Même si la majorité de la Grande Chambre « reconnaît que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement » (§ 138), dans les faits, la majorité impose une conception non-biologique et asexuée de la famille, dont la famille naturelle n'est que l'une des modalités multiples. On ne sait plus ce qu'est un « parent » car la filiation biologique n'est plus la norme biologique, sociale et juridique de référence.

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

Pour exécuter cet arrêt, l'Autriche pourrait adopter une loi déclarant qu'un enfant peut avoir plus de deux parents en même temps (rien n'est impossible à la loi quand elle prime sur la réalité). L'Autriche pourrait aussi adopter une loi spéciale déclarant –tout aussi fictivement– qu'un enfant peut avoir deux mères ou deux pères. Dans ce cas, les deux femmes requérantes pourront faire convoquer le père devant le juge pour tenter de l'évincer. Le père devra alors prouver au juge qu'il est un meilleur « parent » pour son fils que la nouvelle compagne de son ex-femme, même s'il ne vit plus avec lui...

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

En conclusion, on peut s'interroger sur la portée de cet arrêt.

- Sa conformité au droit international est douteuse, en particulier parce que, comme le proclament plusieurs textes internationaux, l'intérêt de l'enfant est de garder son père et sa mère³ et que le père a le droit et le devoir de continuer à s'occuper de son fils⁴. Admettre des filiations fantaisistes constitue une grave atteinte aux droits de l'enfant, en particulier à la sécurité et aux repères dont il a besoin pour se développer, ainsi qu'une violation manifeste de la Convention relative aux droits

² Affaire Koch c. Allemagne, No 497/09, 19 juillet 2012.

³ Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (art. 1) et la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 9 et 21)

⁴ Convention relative aux droits de l'enfant art. 5 et la Convention européenne sur les enfants nés hors mariage, art. 6

de l'enfant qui rappelle notamment que l'enfant a, « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* » (article 7) et le droit « *de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales* » (article 8).

Sa conformité au droit international est également douteuse en ce que cet arrêt étend les obligations des Etats bien au-delà de ce à quoi ils ont souverainement consentis en ratifiant la Convention. Plus encore, on peut estimer que cette nouvelle obligation va à l'encontre de la volonté d'une large proportion des 47 Etats parties à la Convention auxquels il devrait s'appliquer, notamment le Portugal, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine qui excluent explicitement la possibilité d'adoption « coparentale » par un partenaire de même sexe. Ces Etats peuvent, à l'imitation des dix juges, rétorquer que cet arrêt « *ne fait que refléter la position de certains pans de la [Cour favorables] à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels* » ; le droit cède alors la place à idéologie et aux seuls rapports de forces.

Plus généralement, quelle est la portée de cet arrêt quand pas moins de sept juges, dont deux vice-présidents, sur les dix sept de la Grande Chambre, ont exprimé une opinion dissidente (les juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jociene, Sikuta, De Gaetano et Sicilianos) ? Et parmi les 10 juges majoritaires (dont le juge français), combien ont préféré suivre la pensée dominante plutôt que de réfléchir et de s'exposer au politiquement correct ? Sur une affaire à ce point idéologique et éloignée du contenu original de la Convention, la Cour aurait dû préférer la prudence du droit à l'idéologie. Malgré sa division interne, la faible majorité des juges a préféré faire un « passage en force » pour imposer son choix au risque de fragiliser la Cour et les droits de l'homme.

Nul doute que les opposants à la Cour vont trouver en cet arrêt un nouveau motif de réjouissance. La Cour en sort davantage divisée et fragilisée auprès de l'opinion publique des 47 Etats membres dont une large part sera choquée par cet arrêt et l'orientation idéologique dont il témoigne.

La Cour s'engage dans une logique enthousiasmante pour certains, inquiétante pour d'autres. Selon votre degré d'attachement à la réalité humaine, vous verrez dans cet arrêt la marque de l'audace ou de la déraison.