



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

ANCIENNE TROISIÈME SECTION

AFFAIRE FRETTÉ c. FRANCE

(Requête n° 36515/97)

ARRÊT

STRASBOURG

26 février 2002

DÉFINITIF

26/05/2002

En l'affaire Fretté c. France,

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

MM. W. FUHRMANN, *président*,

J.-P. COSTA,

P. KURIS,

M^{me} F. TULKENS,

M. K. JUNGWIERT,

Sir Nicolas BRATZA,

M. K. TRAJA, *juges*,

et de M^{me} S. DOLLE, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 2 octobre 2001 et 30 janvier 2002,

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, M. Philippe Fretté (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 1^{er} 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, au sens de l'article 8 de la Convention, et qu'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 de la 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 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention (article 5 § 2 dudit Protocole).

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). 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 chambre a déclaré la requête partiellement recevable [*Note du greffe* : la décision de la Cour est disponible au greffe].

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 :

- *pour le gouvernement français* (« le Gouvernement »)
 - M. R. ABRAHAM, directeur des affaires juridiques,
ministère des Affaires étrangères, *agent,*
 - M^{mes} L. DELAHAYE, magistrat détaché à la sous-direction
des droits de l'homme, direction des affaires
juridiques du ministère des Affaires étrangères,
 - H. DAVO, magistrat au bureau des droits de l'homme,
service des affaires européennes
et internationales, ministère de la Justice,
 - A. OUI, attachée principale d'administration
à la direction générale de l'action sociale,
ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *conseils ;*
- *pour le requérant*
 - MM. R. WINTEMUTE, *Reader in Law*, King's College,
University of London, *représentant agréé,*
 - T. FORMOND, doctorant en droit privé,
université de Paris X (Nanterre),
 - S. GARNERI, doctorant en droit public,
université d'Aix-en-Provence, *conseillers.*

7. La Cour a entendu en leurs déclarations M. Wintemute et M. Abraham.

8. Le 1^{er} novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente requête a cependant continué à être examinée par la chambre de l'ancienne troisième section telle qu'elle existait avant cette date.

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 une 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 la base de différentes enquêtes qui débouchèrent notamment sur un rapport social du 2 mars 1993 où l'on pouvait en particulier 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 une 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 un 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 assistantes 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 M^{me} S. et M^{me} 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 M^{me} 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. La commissaire du Gouvernement, M^{me} C. Maugüe, fut entendue en ses conclusions à l'audience du 16 septembre 1996. Elle conclut que le département de Paris était fondé à demander l'annulation du jugement attaqué. Elle 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 mœurs homosexuelles du père, il serait particulièrement dangereux pour la santé morale et physique des enfants d'aller passer des vacances avec lui, a 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, M^{me} 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 conduits 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 psychiquement 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 un 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, confirmée 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'Etat, 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 être aussi 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 pupilles de l'Etat et les conditions de leur adoption. La procédure d'agrément y est ainsi décrite :

Article 63

« (...) Les pupilles de l'Etat 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 premier

« 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 2 000 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, à la suite de 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 leur 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, aux termes 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 1^{er} 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], n^o 39594/98, § 48, CEDH 2001-VI). 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 fondé 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, 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*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 585, § 22, et *Van Raalte c. Pays-Bas*, 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 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 amène 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 d'un enfant » et de « 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 aspect des plus intimes de la vie privée » (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 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], n° 34369/97, CEDH 2000-IV). Le requérant ajoute subsidiairement que l'adoption, une vie familiale projetée, peut relever de l'article 8 de la Convention dans le cadre d'un examen au titre 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 » (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, pp. 33-34, § 29), le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention (*Di Lazzaro c. Italie*, n° 31924/96, décision de la Commission du 10 juillet 1997, Décisions et rapports (DR) 90-A, 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 de bonnes conditions sur les plans familial, éducatif et psychologique.

Le Gouvernement en déduit que l'article 8 ne trouve pas à s'appliquer ici. 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 de la Convention et, partant, de l'article 14.

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 » (*Syndicat national de la police belge c. Belgique*, arrêt du 27 octobre 1975, série A n° 19, p. 20, § 45), ou que les mesures critiquées « se rattache[nt] (...) à l'exercice d'un droit garanti » (*Schmidt et Dahlström c. Suède*, arrêt 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*, précité, et *Inze c. Autriche*, 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 (*Di Lazzaro*, décision de la Commission précitée ; *X c. Belgique et Pays-Bas*, n° 6482/74, décision de la Commission du 10 juillet 1975, DR 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*, 13 juin 1979, série A n° 31, pp. 14-15, § 31, et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 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 (*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* ») (*Engel et autres c. Pays-Bas*, arrêt 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 la 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*, 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 *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n°s 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999, *Smith et Grady*, et *Salgueiro da Silva Mouta* 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 sans toutefois établir 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, cela 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 et Grady* 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 à adopter. 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 dispose explicitement qu'une personne qui serait autrement éligible ne peut adopter un enfant si elle est homosexuelle : il s'agit de 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 d'abord fondée 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 à la suite de leur visite et de 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 tracent la limite du droit à l'enfant », comme l'a souligné la commissaire du Gouvernement (voir *supra*, paragraphe 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 la non-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 (*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 les arrêts *Petrovic* précité, pp. 587-588, § 38, et *Rasmussen c. Danemark*, 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*, 26 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 de 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 adoptantes 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 » (arrêts *E.P. c. Italie*, n° 31127/96, § 62, 16 novembre 1999, ainsi que *Johansen c. Norvège*, 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 rapport aux demandes. Dans ces conditions, les autorités nationales, notamment le Conseil d'Etat en se fondant entre autres sur les conclusions pondérées et circonstanciées de la 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 soient 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 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 (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) »

45. Le requérant constate qu'en l'absence de toute information des autorités judiciaires, il n'a pu avoir connaissance des conclusions de la commissaire du Gouvernement 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. Bien 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 d'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, évoquée par la Cour dans son arrêt *Kress* précité, de produire une note en délibéré.

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 d'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 d'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 d'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 aux Conseils. 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, *Nideröst-Huber c. Suisse*, arrêt du 18 février 1997, *Recueil* 1997-I, pp. 107-108, § 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*, 25 juin 1997, *Recueil* 1997-III, *J. J. et K.D.B. c. Pays-Bas*, 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, ainsi que *Nideröst-Huber* précité, p. 108, § 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 1^{er} janvier 2001, puisque depuis lors toute partie est informée de la date d'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 ni être avisé 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. En outre, pareille exigence n'aurait 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*, 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, pp. 2148-2149, § 28, et *Colozza c. Italie*, 12 février 1985, série A n° 89, p. 15, § 28).

50. De la sorte, le requérant n'a pas pu prendre connaissance des conclusions de la 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. Cela 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 (EUR), 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 trente-neuf ans, l'âge qu'il avait à la date à laquelle fut prise la première décision, qu'à quarante-huit ou quarante-neuf ans, l'âge qu'il aura à la date à laquelle une nouvelle décision pourrait être prise à la suite d'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 EUR) 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 (arrêts *Coëme et autres c. Belgique*, n^{os} 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 155, CEDH 2000-VII, et, *mutatis mutandis*, *Scuderi c. Italie*, 24 août 1993, série A n^o 265-A, p. 8, § 20).

B. Frais et dépens

56. Le requérant réclame, justificatifs à l'appui, le versement de la somme de 43 132 FRF (6 575,43 EUR), dont 40 000 FRF (6 097,96 EUR) au titre des honoraires pour sa représentation devant la Cour, 1 000 FRF (152,45 EUR) pour ses propres frais de correspondance et de photocopies devant la Cour et les juridictions internes, et 2 132 FRF (325,02 EUR) 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 dépens 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 dépens 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 EUR au titre des frais et dépens.

C. Intérêts moratoires

59. Selon les informations dont la Cour dispose, 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 quatre voix contre trois, 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 EUR (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.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 26 février 2002, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

S. DOLLE
Greffière

W. FUHRMANN
Président

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

- opinion partiellement concordante de M. Costa, à laquelle déclarent se rallier M. Jungwiert et M. Traja ;
- opinion partiellement dissidente commune à Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et M^{me} Tulkens.

W.F.
S.D.

OPINION PARTIELLEMENT CONCORDANTE
DE M. LE JUGE COSTA, À LAQUELLE DÉCLARENT SE RALLIER
MM. LES JUGES JUNGWIERT ET TRAJA

La Cour européenne des Droits de l'Homme est souvent confrontée à deux difficultés, quoique plus rarement aux deux en même temps. La première touche à la détermination du champ d'application matériel de la Convention. La seconde touche à la marge d'appréciation laissée aux Etats, en certains domaines, par la jurisprudence de la Cour.

L'affaire *Fretté c. France* est un cas dans lequel une chambre a dû résoudre les deux problèmes à la fois, et il n'est pas surprenant qu'elle ait été divisée. Personnellement, j'ai conclu à la non-violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, mais pour une raison toute différente de celle de la majorité, et tenant à l'applicabilité, ou plutôt, en ce qui me concerne, à l'inapplicabilité de ces stipulations. Je vais essayer d'expliquer mon raisonnement.

1. L'applicabilité de l'article 14, combiné avec l'article 8

Il n'est pas contesté que le cœur du litige est constitué par le motif du rejet de la demande d'agrément en vue de l'adoption formée par le requérant, à savoir son homosexualité, courageusement déclarée lors des enquêtes menées dans le cadre de la procédure d'agrément qui relève, on le sait, des services du département, celui de Paris en l'espèce. Le jugement du tribunal administratif qui annula le refus d'agrément le dit explicitement. Si l'arrêt du Conseil d'Etat annulant le jugement et confirmant ce refus parle plus discrètement des « choix de vie de l'intéressé devant être respectés », les remarquables conclusions de M^{me} Christine Maugüe, commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'Etat, juridiction à laquelle elle appartient, ne laissent planer aucun doute sur le fait que c'est parce que M. Fretté se dit homosexuel que l'agrément lui a été refusé ; et elle a souligné que le Conseil était appelé à rendre sur ce point un arrêt de principe (voir les citations des conclusions au paragraphe 15 du présent arrêt).

Je rappelle par ailleurs que le système français d'adoption requiert d'abord un agrément administratif, accordé ou refusé *in abstracto* en fonction des garanties du demandeur (ou des demandeurs dans le cas d'un couple) quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique. Cet agrément n'est pas une condition suffisante pour l'adoption, car celle-ci est accordée ou refusée *in concreto* par le tribunal de grande instance, et les parties et le ministère public peuvent faire appel de son jugement ; mais il en est une condition pratiquement indispensable : il ne peut y avoir adoption sans agrément, sauf si l'enfant est un pupille de l'Etat dont la garde avait été confiée aux personnes demandant à l'adopter, ou dans l'hypothèse prévue à l'article 353-1 du code civil (« Si l'agrément a été refusé (...) le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime

que les requérants sont aptes à accueillir l'enfant et que celle-ci est conforme à son intérêt »). La première exception n'a aucune chance de jouer en faveur de M. Fretté, et la seconde n'est guère plus vraisemblable.

Les données du litige sont donc claires. En pratique, un homosexuel tel que le requérant se trouve privé, en tout cas en l'occurrence, de toute possibilité d'adopter un enfant.

L'arrêt, au paragraphe 27, rappelle judicieusement la jurisprudence de la Cour : l'article 14 ne trouve pas à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'emprise d'au moins une des dispositions de la Convention. Cette interprétation de l'article 14 découle logiquement de son texte même : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune (...) » Elle est encore renforcée *a contrario* par le texte du Protocole n° 12, signé le 4 novembre 2000 mais non encore entré en vigueur, qui institue une interdiction générale de la discrimination : « La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune (...) » Si le législateur européen a voulu aller plus loin qu'il ne l'avait fait en 1950, appartient-il au juge européen, *de lege ferenda*, d'anticiper sur l'entrée en vigueur d'un Protocole exprimant clairement cette intention, mais subordonné à la ratification des Etats ? Selon moi, la réponse est non, sous peine de substituer la volonté de la Cour à celle des Etats qui lui ont donné naissance.

Si donc l'interprétation de l'article 14 doit demeurer – la question d'une éventuelle violation du Protocole n° 12 quand il sera en vigueur étant d'ailleurs à la fois prématurée et non évidente, car il n'est pas sûr que le système légal d'agrément prévoie bien un droit ou une liberté d'adopter – alors je pense qu'il ne s'applique pas en l'espèce.

D'abord, la Convention ne garantit aucun droit d'adopter (voir les décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme citées dans l'arrêt, et notamment celle du 10 juillet 1997 sur la requête de M^{me} Dallila Di Lazzaro), ni même aucune protection du désir – aussi respectable soit-il – de fonder une famille (voir les arrêts cités au paragraphe 32 et notamment l'arrêt *Marckx*). On ne trouve pas de droits de cette sorte non plus dans les autres instruments internationaux qui, sans lier notre Cour, peuvent la guider, comme la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant.

Ensuite, il ne suffit pas de dire que l'orientation sexuelle d'une personne fait partie de sa vie privée, comme le rappelle le requérant (paragraphe 28 de l'arrêt). C'est bien entendu exact, et je n'ai eu aucun doute à conclure, par exemple, que l'article 8 avait été violé dans le cas d'homosexuels des deux sexes révoqués des forces armées pour homosexualité (arrêts *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n^{os} 31417/96 et 32377/96, 27 septembre 1999, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). Mais c'est parce qu'il y avait eu ingérence dans la vie privée des requérants, comme dans d'autres affaires célèbres telles que

Dudgeon c. Royaume-Uni (arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45) ou *Modinos c. Chypre* (arrêt du 22 avril 1993, série A n° 259), dont je ne rappellerai pas les circonstances tellement elles sont connues (répression pénale des relations homosexuelles). Ici, précisément, s'il n'y a pas de droit à l'enfant (adoptif), si la Convention ne protège pas le désir de fonder une famille, il n'y a pas à mon avis d'atteinte de l'Etat à la vie privée ou familiale de M. Fretté. Le rejet de la demande d'agrément de celui-ci n'attente pas en soi à sa vie privée, ni à son état de célibataire sans enfant. Pourrait-on dire que les motifs mêmes de cette décision négative l'atteignent dans sa vie privée, en ce qu'ils stigmatiseraient un certain choix de vie ? On peut hésiter sur ce point, mais en fin de compte je ne le crois pas, car l'attitude de l'administration départementale, reflétée par des appréciations d'ailleurs nuancées et non hostiles *a priori* au requérant, prend surtout en compte l'intérêt de l'enfant susceptible d'être adopté en cas d'octroi de l'agrément. Que l'administration ait tort ou raison, c'est un autre problème, mais en tout cas sa décision ne me paraît pas toucher le droit au respect de la vie privée et/ou familiale au sens de l'article 8.

Ensuite, je voudrais dire avec tout le respect dû à mes pairs que le paragraphe 32 de notre arrêt, qui conclut que l'article 14, combiné avec l'article 8, est applicable, est faible. Explicitement, il reparle d'un droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil, mais cet article se borne à prévoir que l'adoption peut être demandée : or la possibilité de demander quelque chose ne fonde pas un droit de l'obtenir, ou alors les mots n'ont plus de sens. Et, implicitement, ce paragraphe repose sur l'idée que le refus opposé à M. Fretté constitue bien une ingérence de l'Etat dans son droit ; mais cela me paraît un raisonnement circulaire.

Reste enfin un argument du requérant, tiré de l'arrêt de notre Cour du 6 avril 2000 *Thlimmenos c. Grèce* ([GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV), que d'ailleurs le présent arrêt ne reprend pas dans la partie exposant le raisonnement de la Cour. Tout en reconnaissant que *Thlimmenos* élargit l'applicabilité de l'article 14, je ne trouve pas l'analogie décisive car dans cette affaire il s'agissait d'une exclusion fondée sur le fait d'avoir commis un crime, et de l'absence de prise en compte du fait que celui imputé au requérant était la conséquence *exclusive* de l'exercice de sa liberté de religion. Ici, le requérant n'a – heureusement ! – fait l'objet d'aucune sanction pénale à raison de sa vie privée. Et le refus qui lui a été opposé pourrait tout à fait – et cela arrive tous les jours – être opposé à bien d'autres demandeurs de l'agrément, des célibataires comme lui ou des couples, sans que leurs mœurs sexuelles constituent le motif du rejet, dès lors qu'aux yeux du département ils ne présentent pas des garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique (au demeurant, bien que la Cour, où je siégeais, ait été unanime dans *Thlimmenos*, je me demande si elle n'est pas allée un peu loin

et je remarque que cet arrêt a été rendu avant que le Protocole n° 12 – élément capital à mes yeux – n'ait été ouvert à la signature).

En résumé, je ne vois pas comment je pourrais trouver dans cette affaire l'article 14 applicable, même combiné avec l'article 8.

2. *La non-violation de ces dispositions*

Etant arrivé à cette ferme conclusion, je ne ferai que de brèves remarques sur ce second point, car mon constat d'inapplicabilité me conduit inéluctablement à celui de non-violation.

En réalité, l'arrêt aboutit à cette dernière conclusion en combinant le concept de marge d'appréciation, dont l'étendue est influencée par le caractère de la matière en cause et par l'absence de dénominateur commun en Europe dans ce domaine (paragraphes 40 et 41 de l'arrêt), et les intérêts supérieurs de l'enfant à adopter (la primauté des droits de l'enfant sur le droit à l'enfant), en l'absence de consensus de la communauté scientifique sur l'impact d'une adoption par un célibataire ou un couple homosexuel (paragraphe 42 de l'arrêt). En réalité, la majorité de la majorité, sans le dire, s'est en quelque sorte fondée sur le principe de précaution.

S'il m'avait fallu opter, j'aurais été très hésitant. Je reconnais que ces arguments sont forts et qu'ils ne sont pas en dysharmonie avec la jurisprudence de notre Cour. On peut faire valoir en sens inverse que d'une part la loi en France n'interdit pas l'adoption par un célibataire homosexuel, d'autre part il ressort du dossier que le requérant semblait offrir beaucoup de garanties propres à convaincre qu'il pourrait rendre un enfant heureux, même en l'absence d'image ou de référence maternelle ou féminine pour ce dernier ; or la Cour s'efforce de juger des cas concrets, et de ne pas prendre de décisions générales et abstraites.

Il y a donc des éléments dans les deux sens, et la solution dépend de l'éclairage, selon que l'on met l'accent sur la subsidiarité du rôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme, ou sur l'importance du « contrôle européen » qui lui incombe.

Mais finalement tout se tient, car comment faire prévaloir le contrôle européen sur la subsidiarité lorsque le droit revendiqué par le requérant – si compréhensible cette revendication soit-elle au plan affectif et humain – n'est ni un droit au sens du droit national ni une liberté garantie par la Convention ?

Le paradoxe de cet arrêt, dans le fond, me semble qu'il eût été plus facile de fonder juridiquement le rejet de la requête sur l'inapplicabilité de l'article 14, plutôt que de le déclarer applicable – et non violé.

OPINION PARTIELLEMENT DISSIDENTE COMMUNE
À Sir Nicolas BRATZA, M. FUHRMANN ET M^{me} TULKENS, JUGES

Nous ne pouvons souscrire à l'opinion de la majorité selon laquelle il n'y a pas violation de l'article 14 de la Convention, lu en conjonction avec l'article 8.

1. Avant d'expliquer les motifs de notre désaccord quant à l'article 14 de la Convention, nous souhaitons apporter des éléments complémentaires sur la question de l'applicabilité de l'article 8 de la Convention.

Nous acceptons sans difficulté l'opinion formulée de manière constante par la Commission européenne des Droits de l'Homme selon laquelle l'article 8 de la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit à l'adoption. Nous acceptons aussi que l'article 8, qui garantit le droit au respect de la vie familiale, ne peut être interprété comme protégeant le simple désir de fonder une famille, que ce soit par l'adoption ou de toute autre manière. A cet égard, la présente affaire peut être distinguée de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (n° 33290/96, CEDH 1999-IX) dans laquelle une vie de famille établie existait déjà entre le requérant et sa fille et où la décision de la cour d'appel de Lisbonne de confier l'autorité parentale de l'enfant à l'ex-femme du requérant constituait une nette interférence dans son droit au respect de sa vie familiale, et dès lors rentrait dans le champ d'application de l'article 8. Il s'ensuit, dans le cas d'espèce, que le rejet par le Conseil d'Etat de la demande d'agrément en vue de l'adoption formulée par le requérant n'implique pas une interférence directe dans ses droits garantis par l'article 8 de la Convention ; il n'implique pas davantage la violation d'une quelconque obligation positive de l'Etat de garantir au requérant le droit au respect de sa vie privée ou familiale.

Cependant, comme le présent arrêt l'indique clairement, l'affaire ne peut s'en terminer là dans la mesure où la requête concerne aussi l'article 14 de la Convention. La jurisprudence de la Cour établit deux principes importants concernant l'interprétation de cette disposition et qui sont directement pertinents dans le cas d'espèce.

D'abord, dans la mesure où l'article 14 n'a pas d'existence indépendante, son application ne présuppose pas nécessairement la violation d'un des droits substantiels garantis par la Convention, tout comme elle ne présuppose pas une interférence directe des autorités nationales avec les droits garantis par une telle disposition. Il faut, mais il suffit, que les faits de la cause tombent « sous l'empire » de l'une ou l'autre des dispositions en question (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94, p. 35, § 71 ; *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, série A n° 291-B, p. 32, § 22, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 585, § 22).

Le second principe est étroitement relié au premier. L'article 14 s'étend non seulement à la jouissance des droits que les Etats sont obligés de garantir par la Convention mais également à ces droits et libertés qui tombent sous l'empire d'une disposition matérielle de la Convention et que l'Etat a choisi de garantir, même si en ce faisant il va au-delà de ce qui est exigé par la Convention. Ce principe a été pour la première fois énoncé par la Cour dans l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique* (arrêt du 23 juillet 1968, série A n^o 6, pp. 33-34, § 9). La Cour relève que le droit d'obtenir des autorités publiques la création d'un établissement d'éducation d'un type particulier ne peut être déduit de l'article 2 du Protocole n^o 1 et elle poursuit :

« (...) néanmoins, l'Etat qui aurait créé pareil établissement, ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14.

Pour rappeler un autre exemple cité au cours de la procédure, l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats à instituer un double degré de juridiction. L'Etat qui établit des cours d'appel va par conséquent au-delà des obligations dérivant de l'article 6. Il violerait pourtant l'article 6, combiné avec l'article 14, s'il refusait cette voie de recours à certains sans raison légitime, alors qu'il l'ouvrirait à d'autres pour la même catégorie de litiges.

Dans des cas semblables, on se trouverait en présence d'une violation d'un droit ou d'une liberté garantis, tels qu'ils sont énoncés par l'article pertinent combiné avec l'article 14. Tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés. Il n'y a pas lieu, à cet égard, de distinguer selon la nature de ces droits et libertés et des obligations qui y correspondent, et par exemple suivant que le respect du droit dont il s'agit implique une action positive ou une simple abstention (...) »

De la même manière, dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* (précité), il n'y avait pas une obligation à charge de l'Etat, au regard de l'article 8 de la Convention, d'autoriser les femmes étrangères qui résidaient dans le pays à être rejointes par leurs maris, en dépit du fait que ceux-ci n'avaient pas un droit indépendant d'entrée et de séjour sur le territoire. Néanmoins, le fait qu'un tel droit ou privilège a été accordé et que la situation rentre « sous l'empire » du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8, exige que la différence de traitement entre les personnes autorisées à résider, en l'espèce les femmes étrangères qui ne jouissaient pas du droit d'être rejointes par leurs maris, soit justifiée au regard de l'article 14 (pp. 37-38, § 78).

Appliquant ces principes au cas d'espèce, nous considérons que, quoique l'article 8 de la Convention ne garantisse pas en tant que tel le droit à l'adoption, ni non plus le droit pour un célibataire d'adopter, la situation qui est à la base de la présente requête rentre incontestablement dans le « champ d'application » ou « sous l'empire » de cette disposition. Dans la jurisprudence de la Cour, le concept de « vie privée », au sens de l'article 8 de la Convention, est un concept large qui comprend, entre autres, le droit

de nouer et de développer des relations avec ses semblables et avec le monde extérieur (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29), le droit à la reconnaissance de son identité (*Burghartz c. Suisse*, arrêt du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, § 24) ou encore le droit au « développement personnel » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I).

Ainsi, en autorisant par la loi des personnes célibataires à formuler une demande d'adoption, la France a été au-delà de ce qui était requis, à titre d'obligation positive, au regard de l'article 8 de la Convention. Toutefois, à partir du moment où elle a accordé un tel droit et établi un système de demande d'agrément en vue de l'adoption, il lui incombe d'appliquer ce système d'une manière qui n'introduit pas une discrimination injustifiée entre les personnes célibataires pour un des motifs énumérés à l'article 14 de la Convention.

Pareille position ne peut en aucune manière être considérée comme une anticipation de la mise en œuvre du Protocole n° 12 à la Convention signé à Rome le 4 novembre 2000 qui, élargissant les conditions d'application de l'article 14 de la Convention limitées « aux droits et libertés reconnus dans la Convention », dispose que « [l]a jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination aucune (...) » (article premier). En l'espèce, comme la majorité le reconnaît elle-même (paragraphe 32 de l'arrêt) et comme nous venons encore de le montrer, la situation dont se plaint le requérant rentre bien sous l'empire de l'article 8 de la Convention et le droit qui est reconnu en droit interne ne peut être accordé de manière discriminatoire.

2. Après avoir conclu que « l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, trouve à s'appliquer » (paragraphe 33 de l'arrêt), la Cour estime néanmoins que « la différence de traitement n'est pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention » (paragraphe 43 de l'arrêt). Pareil constat nous paraît contraire, en fait et en droit, aux exigences de l'article 14 de la Convention, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence de la Cour.

A partir du moment où un système juridique accorde un droit, en l'espèce le droit à toute personne de demander l'agrément en vue de l'adoption, il ne peut, sans violer l'article 14 de la Convention, l'accorder de manière discriminatoire.

Dans le contexte du droit français qui autorise toute personne célibataire, homme ou femme, à formuler une demande d'adoption (article 343-1 du code civil), nous pensons que le refus de la demande d'agrément, *fondé sur l'unique motif tiré de son orientation sexuelle*, constitue une violation de l'article 14 de la Convention. Certes, il n'est pas expressément affirmé que c'est l'homosexualité du requérant qui a fondé le refus d'agrément sollicité mais on peut néanmoins admettre, au vu du dossier, que c'est son « choix de vie » qui est la véritable motivation de ce refus. C'est d'ailleurs ce qu'a relevé la commissaire du Gouvernement, en s'exprimant en ces termes :

« 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 (...) »

En ce qui concerne le champ d'application de l'article 14, la notion d'orientation sexuelle est, sans aucun doute, couverte par cette disposition, que ce soit par la discrimination en raison du « sexe » (ce qui est la position du Comité des Droits de l'Homme des Nations unies notamment dans la décision *Toonen c. Australie* du 4 avril 1994) ou par la discrimination en raison de « toute autre situation » (Commission européenne des droits de l'homme, *Sutherland c. Royaume-Uni*, n° 25186/94, rapport de la Commission du 1^{er} juillet 1997, § 51, non publié). La Cour le reconnaît elle-même dans le présent arrêt (paragraphe 37). Par ailleurs, dans le chapitre III sur l'égalité, l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 interdit expressément « toute discrimination fondée notamment sur le sexe (...) ou sur l'orientation sexuelle ». Au sein du Conseil de l'Europe, la Recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des Ministres « d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs de discrimination prohibés par la Convention européenne des Droits de l'Homme » et « d'inviter les Etats membres à inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination prohibés dans leurs législations nationales ». Dans sa réponse du 21 septembre 2001, le Comité des Ministres donne l'assurance à l'Assemblée qu'il continuera « à suivre la question de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle avec une grande attention ». On peut dès lors raisonnablement soutenir qu'il y a aujourd'hui un consensus européen qui se dessine en la matière.

En ce qui concerne les éléments constitutifs de la discrimination, nous devons donc examiner successivement s'il existe, en l'espèce, une différence de traitement et, dans l'affirmative, si celle-ci poursuit un but légitime et s'il existe un rapport de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. Toute différence de traitement n'est, en effet, pas interdite par l'article 14 de la Convention, seulement celles qui s'analysent en une discrimination. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'égalité de traitement est violée si la différence constatée manque « de justification objective et raisonnable ».

a) Pour établir l'existence d'une différence de traitement, il faut se situer à nouveau dans le contexte du droit interne. L'agrément en vue de l'adoption

est une procédure qui n'a pas pour objet de prendre une décision par rapport à un enfant mais par rapport à un parent potentiel et de vérifier l'absence dans son chef de contre-indication. Pour le reste, il revient au juge civil d'apprécier, au moment de l'officialisation d'un projet d'adoption, les intérêts en présence et, notamment, si l'intérêt réel de l'enfant est bien respecté.

En l'espèce, l'agrément en vue de l'adoption, qui peut être demandé par toute personne célibataire, a été refusé au requérant pour la seule raison de son « choix de vie » et sans justifier que ce choix mettait concrètement en péril l'intérêt d'un enfant. Sauf à considérer l'homosexualité – ou la race, par exemple – comme constituant en soi une contre-indication, l'homosexualité de M. Fretté ne pouvait justifier le refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation d'un enfant, ce qui n'était nullement établi. En outre, dans le cas du requérant, comme il le reconnaît d'ailleurs lui-même, si l'agrément avait été accordé, il n'est pas sûr qu'un enfant aurait été placé chez lui. Mais, inversement, s'il avait été hétérosexuel ou s'il avait caché son homosexualité, il aurait certainement obtenu l'agrément puisque ses qualités personnelles ont été reconnues tout au long de la procédure.

Le refus d'agrément étant motivé par le seul critère tiré des conditions de vie du requérant, qui renvoyait implicitement mais certainement à son homosexualité, le droit garanti au requérant par l'article 343-1 du code civil est atteint sur le seul fondement de son orientation sexuelle (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n^{os} 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI, et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n^{os} 31417/96 et 32377/96, § 71, 27 septembre 1999).

b) Cette différence de traitement est-elle fondée sur un but légitime ? Comme la Cour l'a rappelé à de multiples reprises, seules « des considérations très fortes », des « raisons particulièrement graves » ou « particulièrement solides et convaincantes » peuvent l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée sur le sexe (*Smith et Grady*, § 90, et *Lustig-Prean et Beckett*, § 82).

Comme le soutient le Gouvernement, le motif du refus de l'agrément demandé par le requérant réside dans la protection des droits et libertés de l'enfant qui aurait pu être adopté. En soi, ce but pourrait évidemment être légitime et il serait même le seul but légitime. En l'espèce, toutefois, force est de constater que les qualités humaines et éducatives du requérant ont plusieurs fois été soulignées. Dans sa motivation, le Conseil d'Etat précise même qu'il ne ressort du dossier « aucun élément précis de nature à faire craindre pour l'intérêt de l'enfant ». Le but légitime ne se trouve donc en aucune façon, concrètement, établi.

Dans sa formulation abstraite et générale, le motif du refus de l'agrément opposé au requérant par les autorités judiciaires repose uniquement sur l'homosexualité du requérant et donc sur l'opinion qu'être élevé par des parents homosexuels serait, en tout état de cause et dans toutes les

situations, dommageable pour l'enfant. Le Conseil d'Etat n'explique pas, dans un sens ou dans un autre, en se référant par exemple aux travaux scientifiques de plus en plus nombreux ces dernières années sur l'homoparentalité, pourquoi et comment l'intérêt de l'enfant s'opposait, en l'espèce, à la demande d'agrément formulée par le requérant.

c) Enfin, sur la question de la proportionnalité, nous pourrions éventuellement admettre, avec le Gouvernement, une certaine marge d'appréciation aux Etats dans le domaine sensible de l'adoption par des personnes homosexuelles. En effet, la Cour n'a pas à se substituer au jugement (ni au jugement moral) des Etats dans un domaine qui fait d'ailleurs débat dans de nombreux pays du Conseil de l'Europe, d'autant que, en France, les juridictions administratives françaises semblent aussi divisées. La Cour n'a pas davantage à se prononcer en faveur de quelque modèle familial que ce soit. En revanche, la référence dans le présent arrêt à l'absence de « dénominateur commun » dans les Etats contractants ou de « principes uniformes » quant à l'adoption par les homosexuels (paragraphe 41 de l'arrêt), ouvrant la voie à une totale marge d'appréciation des Etats, nous paraît hors de propos, contraire à la jurisprudence de la Cour dans le domaine de l'article 14 de la Convention et, sous cette forme générale, de nature à provoquer une régression dans la protection des droits fondamentaux.

La tâche de la Cour est de mettre en œuvre les droits garantis par la Convention. Elle doit exercer un contrôle sur les conditions d'application de l'article 14 de la Convention et donc examiner s'il existe, en l'espèce, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés – l'exclusion absolue de tout parent adoptif homosexuel – et le but visé – la protection des enfants. En fait, la décision du Conseil d'Etat a constitué une décision de principe, sans se livrer précisément, concrètement, au test de proportionnalité et sans prendre en compte la situation des personnes concernées. Le refus est *absolu* et il a été prononcé sans autre explication que le choix de vie du requérant, envisagé de manière générale et *in abstracto*, qui devient en lui-même une présomption irréfragable de contre-indication à tout projet adoptif, quel qu'il soit. Une telle position empêche, radicalement, de prendre concrètement en compte les intérêts en présence et de trouver entre eux la voie d'une concordance pratique.

Au moment où tous les pays du Conseil de l'Europe s'engagent résolument dans le refus de toutes les formes de préjugé et de discrimination, nous regrettons de ne pouvoir nous joindre à l'avis de la majorité.