

Droit des libertés fondamentales

Leçon 9 : Partie 2 : Les libertés dans le temps : Le temps des amours

Xavier BIOY

Table des matières

Section 1 : La sexualité.....	p. 2
§1. Disposer de son corps pour de l'argent.....	p. 2
§2. Choisir ses relations.....	p. 3
A - L'orientation sexuelle.....	p. 3
B - Le choix des pratiques sexuelles.....	p. 5
Section 2 : La famille.....	p. 6
§1. La liberté du mariage.....	p. 6
§2. La protection de la famille.....	p. 7

Au nom de l'ordre public, de la santé, de l'intérêt général, l'État moderne a limité l'autonomie de l'individu dans l'usage du corps. Aujourd'hui, face à ces exigences constitutionnelles, la liberté personnelle protège différentes manifestations de la « liberté corporelle » particulièrement quand il s'agit de sexualité, lieu d'intimité et d'épanouissement. Inversement, les lois de bioéthique consacrent ainsi une institutionnalisation du processus de décision.

Section 1 : La sexualité

Déliée des notions de famille et de procréation, la sexualité est pensée comme le cœur de l'autonomie personnelle, mais également, le cas échéant, comme une prestation de service.

§1. Disposer de son corps pour de l'argent

Le mot « prostitution » vient du latin *prostituere*, c'est-à-dire « *exposer au regard d'autrui* ». Aux termes du décret n° [47-2253](#) du 5 novembre 1945 la prostitution est « *l'activité d'une personne qui consent habituellement à des rapports sexuels avec un nombre indéterminé d'individus moyennant rémunération* ». Pour la Cour de cassation il s'agit de « *se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* » (Cass. crim., 27 mars 1997, pourvoi n° [95-82.016](#)).

La prostitution implique la liberté de donner un caractère commercial à l'usage des fonctions sexuelles que la morale publique distingue de la seule force de travail. L'enjeu reste ici le corps et son intimité. La CEDH a été confrontée à la question dans l'affaire du 11 décembre 2007, [Tremblay c. France](#) (no 37194/02), après avoir posé en 2005 que « *le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle* » (CEDH, 17 févr. 2005, KA et AD c. Belgique, req. n°^{OS} [42758/98](#) et [45558/99](#)).

La prostitution a toujours bénéficié d'une certaine tolérance. De manière plus générale, seul était réprimé le mode d'expression de la prostitution, à savoir le racolage défini par l'article [R. 625-8](#) du Code pénal comme le fait d'inciter autrui à des relations sexuelles mais le texte n'était guère appliqué. Jusqu'en 1946 la prostitution ne pouvait s'exercer que dans le cadre de maisons dites « de tolérance ». Sous l'impulsion de Marthe Richard, les maisons furent fermées par la loi n° [46-685](#) du 13 avril 1946. Ce texte supprimait aussi le registre sur lequel les prostituées étaient inscrites. Elle le remplaçait par un fichier national, dans le but de prévenir la propagation des maladies vénériennes. L'inscription obligeait les prostituées à des visites médicales périodiques. Ce fichier fut à son tour supprimé car incompatible avec certaines dispositions conventionnelles internationales ([convention du 2 décembre 1949](#)). La prostitution est donc légale, seul le proxénétisme fait l'objet d'une répression au titre de la dignité de la personne. On estime ainsi que seules les personnes consentantes et autonomes s'y livrent. C'est l'instrumentalisation de la personne de la prostituée « en son entier » qui est sanctionnée comme niant la personne réduite à sa seule dimension corporelle, alors que la prostitution semble respecter l'unité de la personne qui dispose de son corps. Mais entre 2003 et 2016 était puni le racolage passif, tout comme l'est la prostitution des mineurs (art. [225-12-1](#), CP). Cette répression, qui se préoccupe d'ordre moral, tend à pousser les prostituées dans la clandestinité au mépris de leurs conditions « de travail » (l'activité aux yeux de tous se perçoit comme une protection). Un mouvement dit des « travailleurs du sexe » revendique désormais un statut professionnel à part entière afin de compléter leur insertion sociale, estimant indigne de devoir exercer leur activité sans garantie sociale, et sous les pressions notamment de l'administration fiscale.

La loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 « visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées » crée un parcours de sortie de la prostitution et d'insertion sociale et professionnelle aménagée par une commission départementale (qui transpose en partie la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres

humains). Cela implique l'autorisation provisoire de séjour d'une durée minimale de six mois pour les étrangers et une aide financière (fonds pour la prévention de la prostitution et accompagnement social et professionnel des personnes prostituées). La loi met fortement à contribution les associations de lutte contre l'esclavage, la traite des êtres humains, le proxénétisme ou d'action sociale en faveur des personnes prostituées, qui pourront se constituer partie civile à condition d'être déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits. La mesure la plus discutée a porté sur la pénalisation des clients. Désormais, l'article [611-1](#) du Code pénal réprime « *le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* » (1 500 euros, 3 750 euros en cas de récidive, trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsque la personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité) et une peine complémentaire de stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels est également prévue.

Par sa décision n° [2018-761 QPC](#) du 1^{er} février 2019, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution en dépit de l'atteinte ainsi portée à la liberté du client en raison des objectifs poursuivis par la loi, en lien avec la dignité et la santé publique. Puis c'est le Conseil d'Etat (CE, 7 juin 2019, Médecins du Monde et autres, n° 423892) qui a été saisi de leur conventionnalité et qui reprend le même raisonnement : « *La prostitution est incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine. Le choix de prohiber la demande de relations sexuelles tarifées par l'incrimination instituée par les dispositions contestées de la loi du 13 avril 2016 repose sur le constat que, dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite d'êtres humains qui sont rendus possibles par l'existence d'une telle demande. Dans ces conditions, alors même qu'elles sont susceptibles de viser des actes sexuels se présentant comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, les dispositions litigieuses ne peuvent, eu égard aux finalités d'intérêt général qu'elles poursuivent, être regardées comme constituant une ingérence excessive dans l'exercice du droit au respect de la vie privée.* » (CE, 7 juin 2019, déc. n° [423892](#)).

Sur la demande de 261 prostituées, la Cour européenne (CEDH, 25 juill. 2024, *M. A. et autres c. France*, n°s [63664/19](#), [64450/19](#), [24387/20](#), [24391/20](#) et [24393/20](#)) a rappelé qu'il y a bien ingérence dans la vie privée des personnes qui se prostituent qui se disent victimes de la pénalisation de leurs clients, sans se prononcer sur le droit à la sexualité des clients. La Cour a pour sa part déjà jugé que la mesure litigieuse crée une situation dont les requérants subissent directement les effets. La Cour rappelle également qu'elle n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes sur le choix de la politique la plus appropriée pour encadrer la pratique prostitutionnelle. Il s'agit pour elle de déterminer si, en mettant en balance, comme elles l'ont fait, les intérêts en jeu, les autorités françaises sont restées dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles jouissaient en la matière. Le recours à la pénalisation générale et absolue de l'achat d'actes sexuels en tant qu'instrument de lutte contre la traite des êtres humains fait actuellement l'objet de vifs débats suscitant de profondes divergences aussi bien au niveau européen qu'au niveau international, sans qu'une tendance claire ne s'en dégage. La Cour conclut que les autorités françaises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en adoptant l'incrimination litigieuse dans la mesure où celle-ci résulte d'un arbitrage effectué selon les modalités démocratiques au sein de la société en cause et s'inscrit dans le cadre d'un dispositif global prévu par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 tenant compte des différentes préoccupations soulevées par les requérants.

Cela étant, la Cour rappelle qu'il revient aux autorités nationales de garder sous un examen constant l'approche qu'elles ont adoptée de manière à pouvoir la nuancer en fonction de l'évolution des sociétés européennes et des normes internationales dans ce domaine ainsi que des conséquences produites par l'application de cette législation.

§2. Choisir ses relations

Avec qui ? Comment ?

A - L'orientation sexuelle

La liberté sexuelle comprend de multiples dimensions. Peu d'entre elles faisaient, jusqu'à il y a peu, l'objet d'une juridicisation. Le régime actuel implique d'abord d'admettre, au nom de la vie privée et de la non-discrimination, l'indifférence de tous à l'orientation sexuelle choisie. Mais surtout, la volonté individuelle devient le seul déterminant de la licéité des pratiques sexuelles.

Le juge européen sanctionne les États qui répriment **les relations homosexuelles** (CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.U.*, req. n° [7525/76](#)). Le maintien d'instruments répressifs dans le droit pénal est, en soi, constitutif d'une atteinte à la vie privée (CEDH, 22 avr. 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n° [15070/89](#)). En France, la loi du 4 août 1982 a fait disparaître la différence de traitement existant alors dans la répression des relations sexuelles avec un mineur de même sexe (art. [227-15 et s.](#), CP).

Par ailleurs toutes **les discriminations, notamment en matière d'embauche ou de bail**, sont interdites et pénalement sanctionnées. Le principe de non-discrimination prend parfois le pas sur la vie privée en elle-même, l'égalité de traitement étant l'unique préoccupation du juge. Dans l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002, la CEDH juge qu'un refus d'agrément à l'adoption opposé à un homosexuel ne relève ni de la « vie familiale » ni de la « vie privée » mais que, néanmoins, le grief de discrimination en raison de l'orientation sexuelle tombe sous l'empire de l'article 8 par le droit d'accès à l'adoption reconnu en droit interne. La loi du 17 mai 2013 ouvre également la voie de l'adoption à ces couples mariés. Ce texte reconnaît par ailleurs les mariages entre deux personnes du même sexe célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi.

Le premier texte législatif à s'appliquer indistinctement à toutes les situations et donc implicitement aux couples homosexuels a été la loi du 27 janvier 1993 (n°93-121) qui reconnaissait à toute personne vivant avec un assuré social et se trouvant à sa charge totale, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour la maladie et... la maternité. La CEDH sanctionne les États qui refusent encore de transférer un bail au conjoint homosexuel survivant (CEDH, 2 mars 2010, *Kosak c. Pologne*, req. n° [13102/02](#)). On verra plus loin que la liberté du mariage est, depuis 2013, ouverte aux couples de même sexe.

Il en va de même pour **la tenue de propos homophobes** aujourd'hui pénalement sanctionnés (art. 20 loi du 30 déc. 2004 relative à la lutte contre les discriminations, n° 2004-1486). La Cour européenne admet aussi de limiter la liberté d'expression pour sanctionner des propos homophobes. Une légère peine d'emprisonnement ne lui paraît pas disproportionnée pour la distribution de tracts dans un lycée présentant l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle », ayant un « effet moralement destructeur » sur la société et étant responsable de l'extension du VIH (CEDH, 9 févr. 2012, n° 1813/07, *Vejdeland et autres c. Suède* et CEDH, 14 janvier 2020, n° 41288/15, *Beizaras et Levickas c. Lituanie*).

Pour la CJUE, des déclarations homophobes constituent une discrimination en matière d'emploi et de travail lorsqu'elles sont prononcées par une personne (en l'espèce un avocat qui avait déclaré, lors d'un entretien réalisé au cours d'une émission radiophonique, ne pas vouloir recruter ni faire travailler de personnes homosexuelles dans son cabinet) qui a, ou peut être perçue comme ayant, une influence déterminante sur la politique de recrutement d'un employeur. Dans un tel cas, le droit national peut prévoir qu'une association a le droit d'agir en justice pour obtenir réparation des dommages, même si aucune personne lésée n'est identifiable (CJUE, 23 avr. 2020, *NH/Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI–Rete Lenford*, affaire C-507/18).

Cependant, la Cour de cassation permet à un député, dans le cadre de l'actualité d'un débat public de dire " Mes propos ne sont pas discriminatoires car je ne m'en prends pas à une ethnie ou une race mais à un comportement. [...] Simplement, je considère qu'ils ne forment ni un groupe ni une communauté. Ce sont des comportements individuels qui ne doivent pas jouir d'une reconnaissance à travers les termes intégrés de la loi. Je n'interdis rien, je ne demande aucune stigmatisation, aucune punition. Simplement que ça reste un comportement individuel, le plus discret possible... Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité. Si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité

». Pas d'injures publiques envers un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle (Cass. crim., 12 novembre 2008, n° 07-83398).

B - Le choix des pratiques sexuelles

La liberté des relations sexuelles implique que le droit ne norme pas les comportements lorsqu'il s'agit d'une liberté située au cœur de l'épanouissement personnel. Toutefois, un minimum de régulation entend protéger l'intégrité physique par le principe du consentement. La frontière entre ordre public et vie privée connaît une évolution rapide et nette en faveur de l'autonomie personnelle.

L'affaire Laskey, Jaggard et Brown c. R.U. (CEDH, 19 févr. 1997, req. n^{os} [21627/93](#), [21628/93](#) et [21974/93](#)) avait d'abord tourné à l'avantage de l'État qui pouvait s'immiscer dans l'intimité d'adultes homosexuels, parfaitement consentants, à des pratiques sadomasochistes au sein d'une organisation de 44 membres, échangeant des vidéos de leurs ébats, lesquels conduisent à des atteintes sérieuses à l'intégrité physique (cicatrices de brûlures au fer rouge notamment). La Cour y admet que l'État puisse condamner à de la prison ferme trois des protagonistes en raison des coups et blessures occasionnés. À cette occasion, la Cour fait observer que toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de l'article 8 en raison des dimensions de la pratique qui n'avait plus grand chose d'intime, ce qui conduit à penser que les mesures prises à leur encontre ne sont pas disproportionnées.

La Cour est revenue sur son raisonnement (CEDH, 17 févr. 2005, KA et AD c. Belgique, req. n^{os} [42758/98](#) et [45558/99](#)) pour ne plus admettre d'ingérence dans la liberté sexuelle qui ne soit le fruit d'une demande d'un individu qui ne consent plus à des atteintes à son intégrité physique. Dans le domaine de la sexualité, haut lieu de l'expression de la personnalité, le consentement de la victime des coups et blessures exonère son partenaire de sanctions pénales. Les faits étaient pourtant cruels et en d'autres lieux qualifiés de traitements inhumains, voire de torture en raison de la vulnérabilité des victimes. Il s'agissait de deux couples bourgeois se laissant aller à une escalade dans la pratique du sado masochisme au point que la cour d'appel reconnut les maris, avec trois autres personnes, coupables de coups et blessures volontaires, d'incitation à la débauche ou à la prostitution (le premier requérant fut condamné à un an d'emprisonnement). Certaines scènes enregistrées en vidéo montrent la victime hurlant de douleur face à des bourreaux ignorant que la victime criait « pitié ! », le mot par lequel il aurait été convenu entre les intéressés que la victime pouvait immédiatement mettre fin aux opérations en cours. Nul doute que la violence utilisée à cette occasion ainsi que la douleur, l'angoisse et l'humiliation infligées à la victime, et la perte de tout contrôle de la situation par des protagonistes fortement alcoolisés, a ôté tout plaisir à la scène. Pourtant, la Cour conclut à une ingérence dans la vie privée, même si celle-ci est considérée comme proportionnée en raison de l'absence de consentement. Si l'ingérence est bien prévue par la loi et répond à un but légitime, la sanction étatique doit encore se fonder sur un besoin social impérieux ce qui impose, notamment, qu'elle demeure proportionnée au but légitime recherché. Le domaine des relations sexuelles est l'un des plus intimes de la sphère privée. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves » pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8 § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité. Pour la Cour, « *si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite qui doit trouver application est celle du respect de la volonté de la "victime" de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti. Ceci implique que les pratiques se déroulent dans des conditions qui permettent un tel respect, ce qui ne fut pas le cas* ». Finalement, l'individu est seul maître de donner ou non une signification sexuelle à son comportement, ce qui ne laisse pas de poser question.

Section 2 : La famille

« La garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables » (CEDH, 24 févr. 1998, *Botta c. Italie*). L'article 8 protège à ce titre la vie privée et familiale. L'article 12 de la Convention EDH protège, à part, la liberté du mariage. Il peut apparaître ainsi ringard de lier encore les deux droits l'un à l'autre, mais il s'agit bien de deux dimensions imbriquées. Aux yeux de la CEDH, « en garantissant le droit de se marier l'article 12 (art. 12) vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme: il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille. (...) Les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, mais on ne saurait attribuer un tel effet à l'empêchement apporté, au Royaume-Uni, au mariage de personnes n'appartenant pas à des sexes biologiques différents » (CEDH, 17 oct. 1990, *Rees c. R.U.*, req. n° 9532/81).

§1. La liberté du mariage

Le mariage est une institution contractuelle civile consistant à « créer un lien de droit stable qui permet tout à la fois des relations patrimoniales stables, une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme » (Com. EDH, 13 déc. 1979, *Hamer c. Royaume-Uni*) et la fondation d'une famille, même si les deux droits sont distincts (CEDH, Gr. Ch., 11 juill. 2002, *Goodwin c. R.U.*, req. n° 28957/95).

L'article 12 de la Convention EDH énonce qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

La CEDH condamne les États qui ne mettent pas tout en œuvre de manière raisonnable pour permettre aux détenus de se marier (CEDH, 17 oct. 1986, *Rees c. R.U.*). Elle admet dès lors le mariage d'un transsexuel qui, à ses yeux, ne fait que prendre acte du changement de sexe de l'un des deux époux, sans remettre en cause la formulation de l'article 12 (CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. R.U.*). Cette solution a été reprise à son compte par la CJCE (CJCE, 7 janv. 2004, *KB c. R.U.*, aff. C-117/01). La même préoccupation de protection de l'institution familiale conduit à ne pas reconnaître un véritable « droit au divorce ».

Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel constitutionnalisait « le principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle ». Depuis novembre 2003, elle est une composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la [Déclaration de 1789](#). Son respect s'oppose à ce que le caractère irrégulier du séjour d'un étranger fasse obstacle, par lui-même, au mariage de l'intéressé. Le droit au mariage n'interdit pas aux pouvoirs publics de prendre des mesures destinées à lutter contre les « mariages blancs ». Le ministère public peut toujours saisir le juge pour obtenir *a posteriori* la nullité d'un tel mariage en raison d'un vice de consentement (art. 146, C. civ.), lorsque les conjoints ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'un effet secondaire du mariage, étranger aux buts de l'institution et en l'absence de communauté de vie des époux. Toujours pour des motifs d'ordre public, et afin de garantir la liberté du mariage, le législateur se préoccupe aujourd'hui de lutter contre les « mariages forcés » dont le nombre s'est considérablement accru.

L'article 515-8 du Code civil consacre le concubinage comme union de fait et en ouvre la possibilité aux personnes du même sexe, vivant en couple et ayant une vie commune, stable et continue. Plus encore, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité permet aux couples de même sexe d'acquérir un véritable statut civil. La Cour constate que du point de vue de la vie privée, un couple d'homosexuels qui vit une liaison stable relève de la notion de « # vie familiale # », au même titre que la relation d'un couple de sexes opposés dans la même situation mais qu'aucun consensus ne se dégage parmi les États membres du Conseil de l'Europe. Cela laisse à chaque État membre le soin de décider dans son ordre juridique, comme le fait d'ailleurs la Charte de l'Union européenne. Si la Convention doit être interprétée comme un tout, l'article 14 en combinaison avec l'article 8 ne crée pas une situation de discrimination. En droit interne, le 13 mars 2007, la

première chambre civile de la Cour de cassation a estimé «*qu'en l'état de la loi française actuelle, le mariage n'est possible qu'entre un homme et une femme*». Le Parlement français a consacré la liberté du mariage des couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 (Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et au Code de procédure civile, le décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 et l'[arrêté du même jour](#) fixant le modèle de livret de famille ainsi que la [circulaire du 29 mai 2013](#) de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe). Il rend aussi possible la célébration du mariage en France lorsque les futurs époux, dont l'un au moins a la nationalité française, vivent dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe. Confrontés à des conventions internationales qui privilégient la loi personnelle d'un étranger dont le pays est hostile au mariage entre personnes du même sexe, les juges autorisent le mariage, parfois contre l'avis du ministère public (CA Chambéry, 22 oct. 2013, D. 2013, 2464).

La Cour (CEDH, 13 juill. 2021, Fedotova et autres c. Russie, req. n° [40792/10](#)) condamne le refus d'enregistrer les déclarations de mariage des requérants, qui sont des couples de même sexe et l'absence de toute possibilité pour les couples de même sexe de faire reconnaître officiellement leur relation. Elle rejette l'argument du gouvernement selon lequel les intérêts de la société dans son ensemble peuvent justifier l'absence de possibilité pour les couples de même sexe d'officialiser leur relation.

Ainsi, la Cour européenne peut fonder sur l'interdit de la discrimination une condamnation de l'interprétation restrictive de la notion de « membre de la famille » (faute de pouvoir se marier dans le pays d'accueil) pour les couples homosexuels quand cela fait obstacle à l'octroi du permis de séjour pour raison familiale (CEDH, 30 juin 2016, Taddeucci et McCall c. Italie, req. n° [51362/09](#)).

S'agissant de l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel, le Code civil réserve la possibilité de l'adoption aux couples mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans ou à toute personne célibataire âgée de plus de 28 ans (art. [343](#) et [343-1](#), C. civ.).

Exemple

Un arrêt E.B. c. France du 22 janvier 2008 a condamné la France en estimant que le refus d'un agrément d'adoption d'une jeune femme homosexuelle, même s'il n'était pas fondé sur ce choix mais sur l'absence de référent masculin dans l'entourage, était implicitement discriminatoire à son égard (violation des articles 8 et 14 combinés). La Cour européenne admet aussi de limiter la liberté d'expression pour sanctionner des propos homophobes. Une légère peine d'emprisonnement ne lui paraît pas disproportionnée pour la distribution de tracts dans un lycée présentant l'homosexualité comme une « *propension à la déviance sexuelle* », ayant un « *effet moralement destructeur* » sur la société et étant responsable de l'extension du VIH et du sida.

§2. La protection de la famille

Les sources du droit sont essentiellement européennes, même si l'alinéa 10 du préambule de 1946 dispose que « *La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » et que les Pactes des Nations unies le reconnaissent (art. 1^{er} du PIDESC ; art. 17 du PIDCP) comme la Convention relative aux droits de l'enfant. L'article 9 de la CDFUE consacre également le droit de se marier et le droit de fonder une famille. Les juges français l'ont consacré sous forme de principe général du droit ou de principe constitutionnel à propos des étrangers (CE, Ass., 8 déc. 1978, Gisti ; CC, 13 août 1993, déc. n° [93-325 DC](#)).

Le droit à une vie familiale normale de l'article 8 ne signifie pas le droit de fonder une famille. L'adoption n'est ainsi pas un droit (CEDH, 26 févr. 2002, Fretté c. France, req. n° [36515/97](#)). En revanche, **la famille s'appréhende ici subjectivement** comme le lieu d'élection des liens personnels alors même qu'elle est aussi l'objet de politiques publiques qui promeuvent globalement un modèle de famille et de vie familiale « normale ».

L'arrêt S. H. et autres c. Autriche (CEDH, 1^{er} avr. 2010, req. n° [57813/00](#)) a été l'occasion pour la CEDH de censurer une interdiction de recourir au don de gamètes pour une fécondation in vitro. La famille que la CEDH

protège se définit très subjectivement, suivant en cela l'évolution de la société. Elle n'est pas liée au mariage mais tient compte de la nécessité pour les enfants de conserver des liens avec leurs parents et pour les parents d'entretenir des relations avec les enfants dont ils assument, ou ont assumé, l'éducation.

Le même esprit anime deux arrêts de la Cour (CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n° [65192/11](#)) et *Labasse c. France* (req. n° [65941/11](#)) qui ont condamné la France pour ne pas avoir reconnu les effets sur la filiation en droit français d'une convention de « **gestation pour autrui** » conclue à l'étranger. La France refuse en effet cela au nom de l'ordre public. Si cela ne porte pas atteinte à la vie privée des parents, il convient de prendre en compte l'intérêt de l'enfant à ce que les parents d'intention (au moins ceux qui ont lien biologique avec l'enfant) soient reconnus comme parents. Elle souligne que les Etats doivent se voir accorder une ample marge d'appréciation dans leurs choix liés à la gestation pour autrui, au regard des délicates interrogations éthiques qu'ils suscitent et de l'absence de consensus sur ces questions en Europe. Cette marge d'appréciation doit néanmoins être réduite dès lors qu'il est question de la filiation, car cela met en jeu un aspect essentiel de l'identité des individus.

Dans un arrêt du 29 novembre 2017 (Cass. 1^{ère} civ., 29 nov. 2017, pourvoi n° [16-50.061](#)), la Cour de cassation rappelle que l'acte de naissance d'un enfant, dressé à l'étranger, peut être transcrit sur les registres d'état civil français à condition que les faits qui y sont déclarés correspondent à la « réalité » : la filiation peut être établie à l'égard du père biologique de l'enfant mais pas pour la mère désignée – l'épouse du père – qui n'est pas la femme qui a accouché. Le Conseil de l'Europe a rejeté en commission, le 15 mars 2016, par 16 voix contre 14, un rapport préconisant la légalisation d'une gestation pour autrui « altruiste », c'est-à-dire sans contrepartie financière pour la mère porteuse.

Dans deux arrêts du 4 octobre 2019 (pourvoi n° [10-19.053](#)), la Cour de cassation répète que l'existence d'une convention de GPA ne fait pas en soi obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger, dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité biologique. Cependant, dans le cadre de l'affaire *Mennesson*, concernant la transcription d'un acte de naissance en ce qu'il désigne la « mère d'intention », indépendamment de toute réalité biologique, la Cour de cassation a sollicité et obtenu un avis consultatif de la CEDH. Dans son avis (CEDH, avis consultatif [P16-2018-001](#), 10 avr. 2019), la Cour confirme que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » mais pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

Enfin, dans un arrêt du 4 octobre 2019 (Cass. Ass. Plén., 4 octobre 2019, n° 648, pourvoi n° [10-19.053](#)), la Cour de cassation a ainsi ordonné la transcription d'un acte de naissance désignant le père biologique et son épouse, puis deux arrêts du 18 décembre 2019 ont étendu cette solution en ordonnant la transcription d'un acte de naissance désignant le père biologique et son compagnon ou son époux, dès lors que celui-ci est probant au sens de l'article [47](#) du Code civil (Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° [18-11.815](#), n° 1111 et n° 1112).

La Cour européenne a sanctionné le refus des juridictions internes d'établir la paternité d'un homme à l'égard de son fils biologique, né d'une gestation pour autrui pratiquée en France, après que l'enfant ait été confié par la mère porteuse à un couple tiers. Si la France a pris soin de caractériser concrètement l'intérêt de l'enfant, en prenant en compte la réalité biologique de la paternité et le droit au respect de la vie privée et familiale de son « fils » (lequel implique le respect du principe de la primauté qui doit être conférée à l'intérêt de l'enfant), la Cour constate que la procédure a duré six ans au total, ce qui viole le devoir de diligence exceptionnelle qui s'imposait pour éviter que l'écoulement du temps n'aboutisse à ce que la question de droit ne soit tranchée au regard d'un fait accompli (CEDH, 7 avril 2022, *A. L. c. France*, req. n° [13344/20](#)).

La famille peut englober d'autres liens « familiaux » de *facto* lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage (CEDH, 18 déc. 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, req. n° [9697/82](#)). À ce titre, la Cour impose une stricte égalité des filiations naturelles et légitimes, y compris en matière de successions (CEDH, 13 juin 1979, *Markx c. Belgique*, req. n° [6833/74](#)), égalité consacrée en droit français depuis la loi du 3 décembre

2001. La vie familiale implique « l'existence d'éléments supplémentaires de dépendance, autres que les liens affectifs normaux » (CEDH, 7 nov. 2000, KwakyeNti et Dufie c. PaysBas, req. n° [31519/96](#)).

L'État doit mettre en œuvre les mesures les moins intrusives possibles notamment en **permettant toujours les contacts entre parents et enfants** tant que la culpabilité n'est pas établie (CEDH, 23 mars 2010, M.A.K. et R.K. c. R.U., req. n°^{OS} 45901/05 et 40146/06). La liste des limites possibles à ce droit est longue mais la CEDH vérifie surtout la nécessité et la proportionnalité de l'ingérence. La Cour de justice de Luxembourg œuvre elle aussi en faveur de la vie familiale des ressortissants de l'Union en interprétant la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire d'un autre État membre comme s'appliquant aux tiers à l'Union conjoints des citoyens de l'Union, privant les États de la possibilité de dresser des barrières (CJCE, Gr. Ch., 25 juin 2008, Metock c. Commission, aff. [C#127/08](#)). L'État peut être tenu de prendre des mesures positives comme le fait de permettre les visites des parents à leurs enfants placés dans un foyer d'accueil (CEDH, 22 juill. 1989, Eriksson c. Suède, req. n° 16702/90).

Le droit à une vie familiale normale **bénéficie aussi aux étrangers** mais avec les restrictions nécessaires dans une société démocratique. Le 22 août 1996, le Conseil d'État a rendu un avis conseillant d'accorder la régularisation des étrangers en situation irrégulière si la vie familiale en dépend. La jurisprudence développe essentiellement la garantie européenne: les mesures d'éloignement des étrangers ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'ordre public et ne sauraient remettre en cause le droit aux relations personnelles dans le cadre familial. Le Conseil d'État a ainsi décidé qu'était illégale la décision d'un préfet de renvoyer en Turquie un enfant que sa mère avait introduit irrégulièrement en France alors que cet enfant n'avait pas d'attache familiale en Turquie (CE, 22 sept. 1997, C., déc. n° [161364](#)). La polygamie peut cependant exclure l'application de l'article 8 de la Convention EDH au profit d'une des épouses (CE, 2 oct 1996, Préfet du Calvados c. L., déc. n° [156257](#)). La Cour recherche si les personnes vivent effectivement ensemble et s'il existe entre elles un rapport de dépendance, notamment pécuniaire, y compris pour des personnes homosexuelles (CEDH, 22 avr. 1997, X, Y et Z c. Royaume-Uni, req. n° [21830/93](#)). La vie familiale peut être future, un enfant étant à naître (CE, 28 sept. 2001, Préfet du Cher c. C.). Le droit au regroupement familial concrétise aussi bien des aspects.

La Cour condamne enfin les peines accessoires qui privent les détenus de relations avec leurs enfants (CEDH, 28 sept. 2004, Sabou et Pircalab c. Roumanie, req. n° [46572/99](#)). Dès lors, les détenus doivent pouvoir entretenir des relations avec leur famille, ce qui amène désormais le Conseil d'État à faire sortir de la catégorie des mesures d'ordre intérieur les décisions de déplacement des détenus dont la vie de famille serait compromise (CE, Ass., 14 déc. 2007, Payet, déc. n° [306432](#) et *a contrario*, CEDH, Lavents c. Lettonie du 28 novembre 2002, req. n° [58442/00](#)).