

# Actualités Droits-Libertés du 26 février 2013



**CREDOF – Revue des Droits de l'Homme**

Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux  
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

## **DISCRIMINATION ET VIE FAMILIALE (Art. 14 et 8 CEDH) : Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales**

*par Nicolas Hervieu*

*Une retentissante progression sans spectaculaire révolution. Tel est le résultat auquel parvient la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme en condamnant l'Autriche pour avoir refusé aux couples de même sexe l'accès à l'adoption coparentale – alors que celle-ci est ouverte aux autres couples non-mariés. L'arrêt européen de février 2013 ne doit être ni minimisé, ni extrapolé. Certes, dans la dialectique classique entre prudence et volontarisme, la formation solennelle incline cette fois nettement en faveur de la seconde. Mais elle n'oublie pas la première. Ainsi, et de façon quelque peu contestable, la Cour persiste à tolérer qu'un statut parental spécifique soit réservé aux seuls couples mariés. De la sorte, et par exemple, le droit français actuel échappe à la menace d'une sanction strasbourgeoise. Quoiqu'il en soit, le raisonnement européen déployé conforte indéniablement le mouvement constant vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales.*

**Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l'Homme](#)**

« *Quelque part à mi-chemin entre l'activisme et la retenue, entre aller trop loin et ne pas aller assez loin* » (Jean-Paul Costa, [La Cour européenne des droits de l'homme, Des juges pour la liberté](#), Paris, Dalloz, 2013, p. 256). Par ces mots, l'ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme esquisse une fois encore l'inévitable « *dilemme strasbourgeois* » qui tenaille la juridiction européenne : entre aspiration à la protection croissante des droits et libertés, d'une part, et nécessaire prise en compte des réalités politiques au sein des États parties, d'autre part (v. George Lestas, « *Judges Rozakis's separate opinions and the Strasbourg Dilemma* », in [La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant – Mélanges Rozakis](#), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 313-314). **Le brûlant, et ô combien contemporain, enjeu du statut juridique des familles homoparentales en est l'un des prismes les plus révélateurs.** En effet, l'histoire de la reconnaissance conventionnelle de ces familles a toujours été placée sous le sceau d'une posture jurisprudentielle désormais classique : une prudence, confinant parfois à la pusillanimité, mais qui *in fine* révèle une progression constante, voire inéluctable. L'important arrêt [X. et autres c. Autriche](#) rendu par la Grande Chambre de la Cour le 19 février 2013 en est une éclatante illustration.

Saisis de la délicate question de l'adoption au sein d'un couple de même sexe, les juges européens réunis en formation solennelle ne pouvaient évidemment esquisser « *la problématique plus large des droits parentaux des couples homosexuels* » (§ 134). **La condamnation de l'Autriche pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale (Art. 14 combiné à l'article 8)** ne peut donc manquer de retentir fortement, bien au-delà des limites contentieuses de l'espèce. La Grande Chambre n'a certes pas ménagé ses efforts pour borner strictement la portée de sa solution. Les foudres européennes sont ainsi dirigées uniquement contre le choix des autorités autrichiennes de refuser l'« *adoption coparentale* » à un couple de même sexe, alors qu'elles ouvrent cette possibilité aux autres couples non mariés. Ce n'est donc pas le refus d'accès à l'adoption qui est *en soi* sanctionné, mais les conditions discriminatoires de son ouverture aux couples non-mariés. Ce faisant, la Cour a ostensiblement préservé un récent précédent impliquant la France sur un contentieux similaire (Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 –

[ADL du 16 mars 2012](#)). Elle n'a donc pas directement placé le droit français actuel sous la menace d'une sanction européenne. Mais à l'exacte image de l'arrêt [E.B. c. France](#) de 2008, la Grande Chambre a déployé **un raisonnement qui étoffe significativement la protection conventionnelle de l'homoparentalité**. Comme autant de jalons posés vers une nouvelle progression future.

Ce résultat s'est cristallisé à la faveur d'un contentieux dont la sensibilité le dispute à la complexité. La requête fut portée conjointement au cœur du prétoire du Palais des Droits de l'Homme par trois personnes : un couple de femmes et le fils de l'une d'elle. Ce dernier est né en 1995 d'une relation hors mariage. Si le lien de filiation fut établi tant à l'égard de sa mère que de son père, seule la première obtint l'autorité parentale sur l'enfant. Depuis ses cinq ans, l'enfant est élevé par sa mère et sa compagne qui vivent ensemble dans une relation stable de concubinage. En février 2005, une convention fut conclue afin de permettre l'adoption de l'enfant, alors âgé de dix ans, par la compagne de sa mère (§ 11). Toutefois, pour que ce lien juridique de filiation adoptive se concrétise, ladite convention devait être homologuée par une juridiction. Or le couple avait conscience que le droit autrichien en vigueur (Art. 182 § 2 du Code civil – v. § 27) ne leur permettait pas d'accéder à « *l'adoption coparentale, c'est-à-dire l'adoption par l'un des membres du couple de l'enfant de son partenaire sans que cela n'eût d'incidence sur le lien juridique existant entre ce dernier et l'enfant* » (§ 12). En effet, selon les juridictions autrichiennes, une telle « *adoption par une seule personne rompt le lien juridique entre l'adopté et son parent biologique du même sexe que son parent adoptif, et qu'elle n'altère pas le lien avec le parent du sexe opposé* » (§ 15 – souligné par la juridiction de première instance). En d'autres termes, l'adoption de l'enfant par une femme – fut-elle la compagne de la mère – revient nécessairement à rompre le lien de filiation initial à l'égard de cette mère. **L'adoption coparentale est donc impossible au sein d'un couple de même sexe, alors qu'elle est envisageable au sein des autres couples non-mariés.**

Dans ces conditions, le couple tenta de mettre directement en cause les dispositions litigieuses du Code civil, sources à leurs yeux d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Après avoir essuyé une fin de non-recevoir devant la Cour constitutionnelle autrichienne pour des raisons procédurales (§ 13), les intéressées saisirent les autres juges autrichiens, sans plus de succès (§ 14-20). La voie vers Strasbourg se trouvait ainsi ouverte. [Introduite le 24 avril 2007 et communiquée au gouvernement autrichien le 2 février 2009](#), la requête fut initialement attribuée à la Première Section de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais le 5 juin 2012, soit très tardivement et après [une audience publique](#) suivie d'un premier délibéré, la formation de Chambre s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre (§ 4 – v. [l'audience publique du 3 octobre 2012](#)). Cette étonnante chronologie contentieuse s'explique certainement par le sort d'une autre affaire, examinée concomitamment par une autre formation de Chambre. Dans un arrêt du 15 mars 2012, la Cinquième Section de la Cour a tranché un contentieux très proche, en jugeant que l'impossibilité pour une femme d'adopter le fils de sa compagne – l'enfant étant issu d'un projet parental commun – n'était pas contraire au droit au respect de la vie familiale (Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 – [ADL du 16 mars 2012](#)). Cet arrêt devint ensuite définitif, les requérantes ayant renoncé à solliciter un renvoi en Grande Chambre (Art. 43).

Certes, nul ne contestera que l'affaire [X. c. Autriche](#) « *soulève [bien] une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles* » (Art. 30). Le nombre conséquent de tiers intervenants en atteste amplement (§ 7 et § 78-91 ; v. not. la tierce intervention de [la Fédération Internationale des Droits de l'Homme \(FIDH\) et al.](#) ainsi que celle du [European Centre for Law and Justice \(ECLJ\)](#)). Mais le dessaisissement de la Première Section peu de temps après l'arrêt de la Cinquième peut aussi s'expliquer par un autre motif visé à [l'article 30 de la Convention](#) : une affaire est confiée à la Grande Chambre « *si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour* » (Art. 30). Autrement dit, **au terme de son délibéré, la Première Section a souhaité éviter toute disharmonie jurisprudentielle avec la Cinquième Section concernant l'adoption au sein d'un couple de même sexe** (v. [ADL du 8 octobre 2012, in fine](#)). En ce domaine délicat, il est impératif que le discours européen dissipe le plus possible les incertitudes qui se nourrissent parfois de la difficile articulation entre formations de même niveau (v. [ADL du 22 janvier 2012 in fine](#)) ou de niveaux différents (v. [ADL du 29 août 2012 in fine](#)).

L'issue de l'affaire [X. c. Autriche](#) confirme d'ailleurs l'opportunité de laisser le dernier mot à la plus haute formation contentieuse, source « *d'unité, de cohésion, de consolidation et d'autorité* » de la jurisprudence strasbourgeoise (Luzius Wildhaber, « La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », in [La conscience des droits – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa](#), Patrick Titiun (Coord.), Paris, Dalloz, 2011, p. 701). L'intervention de la Grande Chambre a d'abord permis une solennelle consolidation des acquis européens dans l'appréhension conventionnelle des familles homoparentales, dont l'existence est désormais pleinement reconnue (1°). Ces acquis jurisprudentiels ont permis d'aboutir au constat de violation, adopté à une majorité de dix juges contre sept. Non sans habileté stratégique, la Grande Chambre a ainsi usé du levier de l'interdiction de la discrimination pour sanctionner les différences de traitement entre couples non-mariés. Mais aussi efficace soit le prisme discriminatoire, il n'est pas sans limite. Les juges européens ont en effet regrettamment décidé d'arrêter le regard conventionnel aux portes de la « *forteresse mariage* » (2°).

## **1°/- L'appréhension conventionnelle des familles homoparentales : entre consolidation et consécration solennelles**

Sans être d'or, la parole de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme est de poids. La réaffirmation d'acquis jurisprudentiels passés par la formation solennelle européenne est donc en soi un apport conséquent (A). La consolidation du statut des familles homoparentales se prolonge par la consécration des aptitudes parentales des couples homosexuels et, en substance, de l'égalité des cellules familiales (B).

### **A – La consolidation solennelle d'acquis jurisprudentiels**

De nombreuses pages du chapitre jurisprudentiel dédié à l'orientation sexuelle ont déjà été noircies par la Cour européenne des droits de l'homme (v. la fiche thématique « [Orientation sexuelle](#) » et Paul Johnson, [Homosexuality and the European Court of Human Rights](#), Routledge, 2012, 272 p.). En février 2013, la Grande Chambre ne se prive bien sûr pas de le rappeler, en particulier quant aux « *discrimination[s] fondée[s] sur l'orientation sexuelle dans le domaine de la vie privée et familiale* » (§ 92). Ce constat initial est moins anodin qu'il n'y paraît. S'employer à retracer longuement le parcours jurisprudentiel n'est pas innocent sous la plume des juges qui, ainsi, peuvent renforcer la légitimité de leur solution de février 2013 censée poursuivre ce mouvement. De plus, ceci révèle combien nombre d'acquis jurisprudentiels, vivement contestés par le passé, sont désormais largement actés.

Ainsi, que ce soit par réalisme argumentatif ou réelle conviction, le gouvernement autrichien n'a nullement contesté l'applicabilité aux faits de l'espèce de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné à l'article 8 (droit au respect de la vie familiale – v. § 70 et 93 ; *contra* l'argumentation du gouvernement français dans l'affaire [Gas et Dubois](#), § 35). Ce comportement gouvernemental est « *positivement surprenant* » (Loveday Hodson, « [Breaking the Adoption Taboo? X. and Others v Austria](#) », in [ECHR Sexual Orientation Blog](#), 22 février 2013). Il permet à la Grande Chambre de consacrer solennellement, et sans contredit, une jurisprudence récente selon laquelle « **la relation qu'entretient un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable relève de la notion de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation** » (§ 95 – v. Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04 – [ADL du 24 juin 2010](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 – [ADL du 16 mars 2012](#)). Partant, il est jugé que « *la relation qui unit les trois requérants relève de la notion de "vie familiale" au sens de l'article 8 de la Convention* », dès lors que les deux femmes forment un « *couple homosexuel stable menant une vie commune depuis de nombreuses années [...] s'occupent toutes les deux [de l'enfant qui] vit avec elles* » (§ 96).

Ce premier cap aisément franchi révèle combien l'effet du temps qui passe emporte des conséquences contentieuses significatives (pour un exemple similaire sur la discrimination des enfants nés hors mariage, v. [ADL du 11 février 2013](#) sur Cour EDH, G.C., 7 février 2013, [Fabris c. France](#), Req. n° 16574/08). Ceci confirme également l'effet d'entraînement que suscite la jurisprudence européenne, puissant facteur d'extension des droits et libertés des homosexuels (en ce

sens, v. Laurence R. Helfer et Erik Voeten, « [International Courts as Agents of Legal Change : Evidence from LGBT Rights in Europe](#) », in *Working Paper SSRN*, 9 juillet 2012, 52 p. ; au-delà de l'espace européen, v. aussi Elizabeth Burleson, « [International Human Rights Law, Co-Parent Adoption, and the Recognition of Gay and Lesbian Families](#) », in *Loyola Law Review*, 2009, Vol. 55, pp. 791-803).

Les questions soulevées par **l'appréhension juridique de la parentalité au sein des couples de personnes de même sexe** sont toutefois nombreuses. Et la Cour est bien loin de les avoir toutes tranchées. Certes, les juges européens ont déjà eu l'opportunité de se prononcer sur la protection des relations entre un enfant et l'un de ses parents homosexuel (Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 28 septembre 2010, [J.M. c. Royaume-Uni](#), Req. n° 37060/06 – [ADL du 28 septembre 2010](#)) ou transsexuel (Cour EDH, 3<sup>e</sup> Sect. 30 novembre 2010, [P.V. c. Espagne](#), Req. n° 35159/09 – [ADL du 3 décembre 2010](#)). Certes également, l'enjeu de « *l'adoption d'un enfant par des homosexuels* » n'est pas inédit à Strasbourg. Mais il n'a pas été épuisé à ce jour.

En s'appuyant notamment sur une remarquable étude du [Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe](#) (§ 55 ; « [La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe](#) » – 2011), la Cour expose ainsi les « *trois formes distinctes [que] peut revêtir [...] l'adoption d'un enfant par des homosexuels* » (§ 100 – sur [un autre rapport du Conseil de l'Europe](#), v. aussi [ADL du 23 juillet 2011](#)). La juridiction européenne s'est déjà penchée sur **une première forme d'adoption destinée à former une cellule familiale homoparentale : « l'adoption par une seule personne (adoption monoparentale) »** (§ 100-101). A ce sujet, l'approche strasbourgeoise a varié. En 2008, la Grande Chambre est ainsi revenue sur une jurisprudence cristallisée six ans auparavant en formation de Chambre (§ 102 – Cour EDH, 3<sup>e</sup> Sect. 26 février 2002, [Fretté c. France](#), Req. n° 36515/97). La Cour jugea finalement que le refus d'une demande d'adoption par une célibataire homosexuelle constituait une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, puisque l'Etat concerné – la France – avait volontairement décidé d'ouvrir l'adoption aux célibataires (§ 103 – Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, [E.B. c. France](#), Req. n° 43546/02 – [ADL du 22 janvier 2008](#)). Si la question **de l'adoption « conjointe par les deux membres d'un couple » homosexuel** (§ 100) n'a quant à elle pas encore été tranchée à Strasbourg, tel a été le cas s'agissant d'une troisième situation : « ***l'adoption coparentale, par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, le but étant que chacun des membres du couple ait le statut de parent légal*** » (§ 100).

C'est précisément cette dernière forme d'adoption qui se trouvait au cœur du contentieux dans l'affaire [X. c. Autriche](#). La Cour avait cependant déjà eu l'occasion d'aborder cet enjeu avec l'affaire [Gas et Dubois c. France](#) (§ 104). Là aussi, le souhait d'un couple de même sexe d'établir un lien de filiation entre l'enfant et chaque membre du couple était en cause. Une différence notable sépare toutefois les deux affaires. En 2012, la cellule familiale était directement issue du projet parental forgé conjointement par le couple homosexuel. Pour le concrétiser, l'une de ces femmes donna naissance à un enfant conçu à l'étranger par procréation médicalement assistée (PMA) avec donneur anonyme. La difficulté naquit de ce qu'en vertu du droit français, le lien de filiation ne put être établi qu'entre la seule mère biologique et l'enfant, ce qui excluait juridiquement l'autre femme. Or **en 2013, la famille homoparentale ne s'est quant à elle pas constituée *ab initio*, mais par voie de reconstitution familiale**. Cette fois, le père biologique et juridique était identifié. Ces circonstances n'ont cependant pas empêché la Grande Chambre de conférer un halo de protection conventionnelle aux familles homoparentales et ce, plus explicitement encore que ne le fit la Cour en 2012.

Dans l'affaire [X. c. Autriche](#), le cœur du contentieux s'est cristallisé « *essentiellement [autour de] la comparaison de [la] situation [du couple homosexuel requérant] avec celle d'un couple hétérosexuel non marié* » (§ 111). En effet, à la différence du droit français tel que jugé dans l'affaire [Gas et Dubois c. France](#), « *en droit autrichien l'adoption coparentale est ouverte non seulement aux couples mariés, mais aussi aux couples hétérosexuels non mariés, alors qu'elle est juridiquement impossible pour les couples homosexuels* » (§ 111). Or sur ce terrain de la discrimination, évaluer la conventionalité de cette situation exigeait de franchir **plusieurs étapes contentieuses successives** : constater d'abord que le couple de requérants se trouvait dans une situation comparable à celle d'autres couples hétérosexuels ; isoler ensuite une différence de traitement ainsi que le motif d'une telle distinction ;



identifier enfin une justification objective et raisonnable à cette différence (§ 98 – sur cette méthode et ses fluctuations, v. Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 9 octobre 2012, [X. c. Turquie](#), Req. n° 24626/09 – [ADL du 18 octobre 2012](#)). Au fil de ces étapes, la Grande Chambre conforte, affine et même développe son approche conventionnelle des familles homoparentales.

## **B – La consécration européenne des cellules familiales homoparentales**

A l'heure d'apprécier si la situation des requérants est « *comparable [... à] celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* », la Cour répond positivement en soulignant qu'« *en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier* » (§ 112). A bien des égards, une telle assertion strasbourgeoise est tout à fait remarquable. [En 2008](#), la Grande Chambre avait certes sanctionné le refus d'autoriser l'adoption à une femme homosexuelle en jugeant intolérable une telle distinction fondée sur « *son orientation sexuelle* » (§ 96). Mais outre que cette conclusion fut réalisée sur le terrain de la vie privée, les juges européens ne s'étaient guère étendus sur les aptitudes parentales des homosexuels. Après que la Cour ait décidé de faire basculer la vie des couples homosexuels sur le terrain de la vie familiale (Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04 – [ADL du 24 juin 2010](#)), les observateurs auraient pu s'attendre à ce que la juridiction européenne se fasse plus incisive et précise à ce sujet. Il n'en fut pourtant rien, la Cinquième Section n'étant guère proluxe dans l'affaire [Gas et Dubois c. France](#). Tout en le suggérant à mots couverts, elle s'abstint d'affirmer clairement l'égalité des capacités des couples hétérosexuels et homosexuels face aux missions parentales et éducatives.

**En février 2013, ce Rubicon est solennellement franchi.** A nouveau, nulle révolution en cela. Ce résultat s'inscrit dans le droit fil d'une progression jurisprudentielle constante. La Cour est d'ailleurs coutumière de cette politique des petits pas, en particulier lorsqu'elle est aux prises avec des sujets de société sensible (v. s'agissant du suicide assisté, v. [ADL du 23 juillet 2012](#) et [ADL du 21 janvier 2011](#)). Au surplus, ce mouvement européen a lieu dans une atmosphère relativement consensuelle, car pour affirmer l'aptitude adoptive des couples homosexuels, la Cour reprend littéralement le phrasé du gouvernement défendeur (§ 72). Ce dernier ne contestait donc pas que le couple de requérantes se trouvait dans une situation comparable à un couple hétérosexuel non marié. Preuve, s'il en était besoin, de l'évolution de mentalités qui traverse l'Europe et dont la Cour prend acte autant qu'elle l'accompagne et le dynamise.

Le consensus se brise pourtant à l'approche de la deuxième étape du contrôle européen : **l'identification d'« une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle »** (§ 113). Mais une fois encore, la Grande Chambre surmonte cet obstacle en usant d'une méthode largement éprouvée à Strasbourg : **le refus de se limiter à l'apparente neutralité d'un dispositif entravant les droits des homosexuels et le souci d'identifier son véritable motif, en l'occurrence l'orientation sexuelle** (en ce sens, v. Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, [E.B. c. France](#), Req. n° 43546/02 – [ADL du 22 janvier 2008](#)). En l'espèce, le droit autrichien n'excluait effectivement pas les couples homosexuels de l'adoption coparentale, du moins pas de façon formelle et explicite (NB : cette interdiction fut toutefois formulée dans une loi de 2010 au sujet des couples de même sexe concluant un « *partenariat enregistré* » – § 33-43). Pourtant, « *il est juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder [en Autriche] à une adoption coparentale car [l']article 182 § 2 énonce que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui* » (§ 114). Dès lors, « **quoique neutre de prime abord, [cet] article 182 § 2 exclut les couples homosexuels de l'adoption coparentale** » (§ 114 – sur la notion de discrimination indirecte ainsi évoquée en substance, v. Christa Tobler, [Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte](#), Luxembourg, Office for Official Publication of the European Communities, 2008, 92 p.).

S'« *il ne fait [donc] aucun doute que la législation [autrichienne] applicable opère une distinction entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale* » (§ 116), il importait cependant de déterminer que ladite distinction reposait bien sur « *l'orientation sexuelle* » (§ 117). Une telle question peut sembler incongrue, tant la réponse apparaît

de prime abord évidente. Pourtant, le gouvernement autrichien a tenté de faire valoir que « *la demande d'homologation de la convention d'adoption présentée par les intéressés a été rejetée pour des motifs étrangers à l'orientation sexuelle des première et troisième requérantes* » (§ 117). Selon lui, le refus litigieux était fondé tantôt sur « *l'intérêt de l'enfant* », tantôt sur le droit du père biologique et juridique de consentir ou non à l'adoption (§ 117). Mais fort opportunément, la Grande Chambre procède à **une analyse du discours même des juridictions autrichiennes pour déceler les motifs véritables aux fondements de leurs décisions**. Non seulement la Cour a noté que lesdits juges nationaux ont clairement interprété le droit autrichien comme excluant « *en toutes circonstances* » les couples de même sexe de l'adoption coparentale (§ 118). Mais surtout, et corrélativement, il est constaté que ces juges ne se sont pas véritablement prononcés sur les « *circonstances particulières de l'affaire* », en particulier sur la pertinence même de l'adoption en cause à l'aune de l'intérêt de l'enfant ainsi que des droits du père (§ 119-122).

Ce point du raisonnement européen est tout à fait crucial puisqu'il permet de cibler très précisément ce qui retient le regard de la Grande Chambre : « **le fait que l'adoption souhaitée par les intéressés était juridiquement impossible** » (§ 123). Or de ce fait découlent plusieurs constats, notamment l'idée que « *si la demande d'adoption [...] avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir* » (§ 125). L'affirmation de la Cour selon laquelle elle n'est pas « *appelée à examiner in abstracto la législation critiquée* » n'est certes pas irréfutable, puisqu'en définitive, **c'est la conventionalité même du droit autrichien qui se trouve ainsi placée sur la sellette strasbourgeoise** (pour d'autres exemples de fluctuations à ce propos, v. Cour EDH, 3<sup>e</sup> Sect. Dec. 15 mai 2012, [Colon c. Pays Bas](#), Req. n° 49458/06, § 60 – [ADL du 8 juin 2012](#)). Mais ce résultat est inévitable, sauf à voir la Cour se priver de contrôler les virtualités discriminatoire d'un dispositif textuel.

Surtout, l'analyse de la Grande Chambre permet de sérier dès maintenant la portée exacte de la solution européenne, bien souvent – et complaisamment – extrapolée par ses contempteurs. Loin d'obliger, en général, les Etats à ouvrir l'adoption aux couples homosexuels ou d'exiger, en particulier, que le couple de requérants adopte l'enfant, **la Cour se borne à évaluer l'interdiction absolue d'adoption coparentale opposés aux couples de même sexe qui résulte du droit autrichien**. Il est d'ailleurs assez curieux que d'aucuns aient critiqué la majorité des juges pour avoir prétendument négligé les droits du père ou l'intérêt de l'enfant (v. notamment l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano et Sicilianos, *spé.* § 7-8). Et ce, alors même que la Grande Chambre regrette précisément que « *par sa nature même, l'interdiction absolue [prévu par le droit national] a soustrait les faits de l'espèce à l'appréciation des juridictions internes et à* » la sienne (§ 126).

En définitive, **nombre des critiques de cette nature tendent plutôt à contester l'idée même que l'adoption puisse permettre la cristallisation juridique de la famille homoparentale**. Nier que l'exclusion absolue des couples homosexuels de l'adoption coparentale était fondée sur l'orientation sexuelle revient finalement à refuser toute autre vision familiale qu'hétéronormée. Chacun est libre de s'en tenir à cette opinion. Simplement, elle n'est pas partagée par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. Tout à son souci de tenir – enfin – compte « *des réalités de la vie familiale au XXI<sup>e</sup> siècle* » (Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 septembre 2011, [Schneider c. Allemagne](#), Req. n° 17080/07, § 100 – [ADL du 17 septembre 2011](#)), **la Cour affiche sa volonté d'appréhender les liens homoparentaux sur le même terrain que les liens hétéroparentaux**. Par le passé, elle avait déjà souligné que la relation « *qui lie les deux membres d'un couple, fût-il homosexuel* » se distinguait « *par nature* » de celle « *entre deux sœurs vivant ensemble* » (§ 129 – Cour EDH, G.C. 29 avril 2008, [Burden c. Royaume-Uni](#), Req. n° 13378/05 – [ADL du 3 mai 2008](#)). En 2013, la Grande Chambre prolonge cette approche. Elle confère clairement le label familial à une relation comme celle « *v[écue] ensemble [par] les trois requérants [et qui par] leur demande d'adoption [aspirait à] obtenir la reconnaissance juridique de cette vie familiale* » (§ 127). Et surtout en tire les conséquences conventionnelles

\*

Le bilan des premiers pas de l'analyse strasbourgeoise est d'ores et déjà conséquent. A l'aune du discours tenu par la Grande Chambre, ce ne sont plus seulement les couples homosexuels qui méritent une protection conventionnelle, au même titre que les couples hétérosexuels. **Ce sont également les familles homoparentales, à l'instar de toute autre famille.** Il serait pourtant erroné d'y voir un séisme jurisprudentiel. Certes, dans quelques récents arrêts, la formation solennelle avait parfois cédé à la tentation de la hiérarchisation des structures familiales (v. [ADL du 5 avril 2012](#) sur Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, [Van Der Heijden c. Pays-Bas](#), Req. n° 42857/05). Mais le raisonnement européen s'inscrit dans le prolongement direct d'une tendance ancrée de longue date à Strasbourg.

Si l'usage par la Cour du levier de l'interdiction des discriminations produit ici des effets retentissants, ces virtualités contentieuses affleuraient visiblement de sa jurisprudence. Il ne manquait plus que l'occasion d'activer ces virtualités. Et surtout, la volonté de juger en ce sens. Pourtant, le résultat auquel parvient la Grande Chambre est finalement contrasté. La lecture européenne de l'affaire [X. c. Autriche](#) sous le prisme discriminatoire a certes permis de déboucher sur une remarquable condamnation. Mais aussi utile et fructueux soit-il, cet angle contentieux présente lui-aussi quelques insuffisances, sciemment entretenues par **une Cour toujours aux prises avec cette dialectique récurrente : entre audace et prudence.**

\*

## **2°/- La protection conventionnelle des familles homoparentales : Apports et apories du prisme discriminatoire**

Renverser nombre de barrières faisant obstacle à la protection conventionnelle des familles homoparentales. Voilà ce à quoi s'est employée la Grande Chambre, non sans succès, puisqu'elle sanctionne la différence de traitement subie par les couples homosexuels au regard des autres couples non-mariés (A). Mais ce résultat rendu possible *via* le prisme discriminatoire ne s'est pas étendu à la sphère maritale. Regrettablement, la juridiction européenne s'est abstenue de tirer toutes les conséquences de son propre raisonnement et laisse intacte la « *forteresse mariage* », au prix de certaines contradictions et incohérences (B).

### **A – La condamnation des distinctions entre couples non-mariés : Les remarquables apports du prisme discriminatoire**

Les présupposés égalitaires qui irriguent l'appréhension conventionnelle des familles homoparentales le laissent amplement augurer : **le regard européen serait des plus stricts à l'heure de juger les différences de traitement entre familles homoparentales et hétéroparentales.** En février 2013, la Grande Chambre apparaît bien peu encline à tolérer de telles différences, du moins entre les couples non-mariés. En identifiant l'orientation sexuelle comme motif de cette différence de traitement, les juges avaient d'emblée rendu toute justification de cette dernière bien difficile puisque « *que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des motifs impérieux ou, autre formule parfois utilisée, par des "raisons particulièrement solides et convaincantes"* » (§ 99 – v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 15 janvier 2013, [Eweida et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 51671/10 et al. – [ADL du 24 janvier 2013](#)).

Mais dans son arrêt [Gas et Dubois c. France](#), la Cinquième Section avait également rappelé ce postulat (§ 59), sans pour autant parvenir à une condamnation. Il est certes vrai qu'à la différence du droit français, le dispositif autrichien a quant à lui ouvert le droit à l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés, tout en refusant cette même possibilité aux couples homosexuels. C'est cette situation qui, sous le prisme discriminatoire, va donner lieu à une sanction strasbourgeoise. Pour y parvenir, la Cour n'aura pas eu besoin de renverser sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle « *l'article 8 ne garantit pas le droit d'adopter* » (§ 135 – v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 4 octobre 2012, [Harroudj c. France](#), Req. n° 43631/09 – [ADL du 8 octobre 2012](#)). Au contraire, la Grande Chambre entérine la solution de la Cinquième Section de 2012 pour qui **ce même article 8 « n'impose pas aux Etats contractants d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés »** (§

136 – v. George Letsas, « [No human right to adopt ?](#) », in [UCL Human Rights Review](#), 2008, Vol. 1, pp. 135-154). Toutefois, l'article 14 requiert en principe d'un Etat ayant « *volontairement décidé de protéger* » un droit qu'il l'accorde à tous sans discrimination aucune (§ 135). Ce levier est stratégiquement utile pour la Cour. Il lui permet d'exiger des États une égale protection de toutes les personnes placées sous leur juridiction, sans nécessairement avoir à faire produire à la Convention des conséquences nouvelles en termes de droits substantiels (en ce sens, v. [ADL du 30 janvier 2013](#) au point 3° *in fine*).

Seul échappatoire pour l'Etat concerné : **établir que ladite différence de traitement était justifiée et proportionnée aux buts légitimes qu'elle prétend poursuivre**. En réponse à l'argumentation autrichienne, la Grande Chambre confirme sans peine que « *le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme* » et « *la protection de l'intérêt de l'enfant* » (§ 138) invoqués par le gouvernement défendeur (§ 137) peuvent constituer de tels buts (v. Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 2 mars 2010, [Kozak c. Pologne](#), Req. n° 13102/02, § 98 – [ADL du 3 mars 2010](#)). Mais **sur le terrain de la proportionnalité, le poids de ces buts est considérablement réduit**. Tel est en particulier le cas du « *but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme* », jugé par la Cour « *assez abstrait* » (§ 139).

Surtout, la majorité des juges de la Grande Chambre affiche très nettement son souhait d'ancrer la Convention, « *instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions actuelles* », dans le XXI<sup>e</sup> siècle (§ 139). Il est ainsi souligné que « *l'Etat doit choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 pour protéger la famille et garantir le respect de la vie familiale en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale* » (§ 139 – Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 2 mars 2010, [Kozak c. Pologne](#), Req. n° 13102/02, § 98 – [ADL du 3 mars 2010](#)). Cette confirmation solennelle est un véritable saut qualitatif dans la jurisprudence européenne. Non seulement le modèle familial « *traditionnel* » – *i.e.* hétéroparental – n'est plus regardé comme unique et exclusif. Mais au surplus, **la Grande Chambre pose les bases d'une véritable obligation positive exigeant des Etats qu'ils tiennent compte d'autres schémas familiaux**. Autrement dit, ils ne doivent pas « *exclu[re] certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle –* » de la protection familiale (§ 140).

Ce renversement de perspective est particulièrement visible lorsque la Cour décide de faire peser sur le gouvernement autrichien « *la charge de la preuve* » : « *c'est [à lui] qu'il revient en l'espèce de démontrer que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés* » (§ 141). Or aucun des arguments soulevés par le gouvernement défendeur ne parvient à convaincre les juges majoritaires. Surtout, en réfutant cette argumentation, la Grande Chambre renforce un peu plus l'intensité de la protection conventionnelle des familles homoparentales.

Premièrement, **la pertinence même d'une interdiction absolue de l'adoption coparentale pour les couples homosexuels est fermement battue en brèche**. Il est ainsi relevé que « *le Gouvernement [autrichien] n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant* » (§ 142). Assez habilement, la Grande Chambre rappelle que, selon les mots même du gouvernement défendeur, « *les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption* » (§ 142). C'est toutefois avec bien plus de maladresse que la Cour se penche sur une loi autrichienne adoptée en 2010 (§ 38-39). Celle-ci officialise l'interdiction de l'adoption coparentale au détriment des couples de même sexe qui concluent un partenariat enregistré. Les juges européens se permettent d'affirmer que « *cette disposition [législative] ne fait que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels* » (§ 142). Cette assertion est curieuse et même inutilement vexante, s'agissant d'une loi adoptée à la majorité selon les règles constitutionnelles en vigueur dans une démocratie parlementaire telle que l'Autriche.



Le raisonnement européen est bien plus convaincant lorsqu'il pointe le « *manqu[e] de cohérence* » du droit autrichien (pour une critique similaire envers le droit italien au sujet des diagnostics préimplantatoires, v. Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 28 août 2012, [Costa et Pavan c. Italie](#), Req. n° 54270/10 – [ADL du 29 août 2012](#)). D'une part, celui-ci autorise « *l'adoption par une seule personne, même homosexuelle* ». Mais d'autre part, il « *prévoit explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux mères ou deux pères* » (§ 144). Partant, **l'intérêt de l'enfant ne peut en aucune façon justifier le refus d'adoption coparentale**, puisque « *le législateur [autrichien lui-même] admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant* » (§ 144). La Grande Chambre franchit même un pas supplémentaire : non seulement la constitution d'un lien juridique de filiation adoptive n'est pas néfaste à l'enfant se trouvant déjà dans un contexte homoparental. Mais **cette opération lui serait au contraire bénéfique**.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de la Cour selon laquelle elle « *juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas* » (§ 145). Or les juges européens déplorent manifestement une telle situation confinant au vide juridique. Ils notent « *que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait* » (§ 145). Bien qu'elle s'en défende, la Grande Chambre en vient même à fragiliser l'interdiction de toute adoption coparentale, car cette opération permet de consacrer officiellement l'existence juridique d'une famille homoparentale déjà constituée. En soulignant tant l'aptitude des couples homosexuels à l'adoption coparentale que « *l'importance qu'il y a pour [ces "familles de fait"] à en obtenir la reconnaissance juridique* » (§ 146), la Cour jette donc le doute sur la cohérence des législations qui, comme celle en cause dans l'affaire [Gas et Dubois c. France](#), obstruent *indirectement* l'accès à un tel dispositif d'adoption pour les couples de même sexe.

Deuxièmement, **la Cour rejette également l'idée selon laquelle « une ample marge d'appréciation dans le domaine du droit de l'adoption » – et en particulier « de l'adoption coparentale par des couples homosexuels » – devrait être reconnue aux Etats parties faute de « consensus européen »** (§ 147). Comme toujours, les raisons justifiant une grande liberté étatique, comme la présence de « *questions morales ou éthiques délicates* », sont nuancées par l'interdiction des « *discrimination[s] fondée[s] sur le sexe ou l'orientation sexuelle* » (§ 148). Plus généralement encore, la Cour affirme avoir « *conscience que la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les Etats à concilier des vues et des intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant fondamentalement antagonistes* » (§ 151).

Mais une fois n'est pas coutume, **la Cour n'a pas pris prétexte de la difficulté de la tâche étatique et de l'existence d'un conflit d'intérêts pour concéder aux Etats une ample marge d'appréciation**. Le raisonnement européen exposé à cette fin n'est néanmoins pas à toute épreuve. Ainsi, la majorité des juges esquive la question du « *consensus européen* » en soulignant que « *seuls les dix Etats membres du Conseil de l'Europe qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés peuvent servir de point de comparaison* » (§ 149). Dès lors, « *la Cour est d'avis que l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe* » (§ 149). Or une telle démarche peut légitimement soulever quelques critiques d'ordre méthodologique (v. l'opinion dissidente § 12-15). Mais ces dernières ne sont elle-même guère concluantes, tant **les fonctions de ce consensus sont constamment fluctuantes**. Il sert d'ailleurs bien plus souvent à justifier une autolimitation européenne que l'inverse (v. Cour EDH, G.C. 3 novembre 2011, [S. H. et autres c. Autriche](#), Req. n° 57813/00 – [ADL du 6 novembre 2011](#) ; Cour EDH, G.C. 16 décembre 2010, [A. B. C. c. Irlande](#), Req. n° 25579/05 – [ADL du 17 décembre 2010](#) ; v. aussi Cour EDH, G.C. 18 mars 2011, [Lautsi c. Italie](#), Req. n° 30814/06 – [ADL du 20 mars 2011](#)). **Le constat d'un consensus ou de son absence est toujours le produit d'un choix réalisé à dessein par les juges**. En l'espèce, plutôt que

d'esquiver le consensus, il aurait mieux fallu que la Cour le désactive en affirmant qu'**en tout état de cause, la protection des familles homoparentales prime sur les hésitations étatiques** (en ce sens, v. Paul Johnson, « [X v Austria Judgment](#) », in [ECHR Blog](#), 21 février 2013). L'analyse européenne aurait ainsi gagné en cohérence et en clarté, quitte pour la Cour à prêter un peu plus le flanc à la critique de l'excès de pouvoir juridictionnel.

La manière dont la Grande Chambre a jugé que « [la Convention européenne de 2008 en matière d'adoption des enfants ne peut non plus être utilement invoquée](#) » (§ 150) afin d'établir l'absence de consensus européen est elle-aussi contestable et contestée (v. l'opinion dissidente § 16-22). Ainsi, il est curieux que la juridiction européenne ait écarté cette convention en notant « *qu'elle n'a pas été ratifiée par l'Autriche* » (§ 150) : par le passé, la même Grande Chambre n'avait pas estimé ce fait déterminant à l'heure d'isoler un consensus européen voire international (v. Cour EDH, G.C. 12 novembre 2008, [Demir et Baykara c. Turquie](#), Req. n° 34503/97 – [ADL du 14 novembre 2008](#)). Là encore, la Cour avait une manière claire d'éluider ce débat en affirmant simplement sa propre position, fondée sur le souci d'une meilleure protection des droits conventionnels. C'est d'ailleurs ce qu'elle suggère *in fine* en rappelant que « *les Etats demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention* » (§ 151 – sur ce sujet, v. [ADL du 21 septembre 2012](#)).

La condamnation de l'Autriche pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale sur le seul terrain des couples non mariés (§ 151-153) est donc source de lumières. Mais elle apparaît aussi quelque peu enténébrée par diverses approximations. Cette ambivalence est renforcée par le regrettable refus de la Cour d'étendre son raisonnement dynamique sur le terrain du mariage.

## **B – La consolidation de la “forteresse mariage” : Les regrettables limites assignées au prisme discriminatoire**

Passer les dispositifs nationaux relatifs à la famille au tamis du principe de non-discrimination permet à la Cour européenne des droits de l'homme d'en éprouver utilement la pertinence à l'aune des évolutions sociétales (v. Cour EDH, G.C., 7 février 2013, [Fabris c. France](#), Req. n° 16574/08 – [ADL du 11 février 2013](#)). Au surplus, ce levier place sur la sellette les choix nationaux sans que la juridiction européenne n'ait forcément à développer encore l'ampleur des droits conventionnels et à risquer d'être taxée d'excès de pouvoir. Mais à ces apports du prisme discriminatoire répondent aussi nombre de limites et de faiblesses.

En premier lieu, le principe de non-discrimination ne déploie certaines de ses potentialités que si un Etat a lui-même décidé d'« *all[er] au-delà de ses obligations au titre de [la Convention] en créant un droit* » (§ 135). Si par le passé le refus d'autoriser l'adoption par une célibataire homosexuelle a été sanctionnée, c'est uniquement parce que cet accès à l'adoption fut volontairement concédée par la législation nationale à tous les célibataires (v. Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, [E.B. c. France](#), Req. n° 43546/02 – [ADL du 22 janvier 2008](#)). Mais puisqu'aucun droit conventionnel à l'adoption monoparentale n'a été consacré par la Cour, l'Etat concerné disposait d'une alternative pour effacer la discrimination : **soit ouvrir véritablement l'adoption à tous les célibataires, soit au contraire l'interdire totalement à ces derniers**. Le prisme discriminatoire peut donc produire des effets paradoxaux. Non seulement il ne permet de sanctionner que les seuls États qui ont consacré plus de droits, sans affecter ceux demeurés moins généreux. Mais au surplus, et corrélativement, **il prend la forme d'une prime à la restriction, voire à la régression des droits** (pour une logique similaire, voir la lecture procédurale des droits conventionnels : [ADL du 29 mai 2011](#) sur Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 26 mai 2011, [R.R. c. Pologne](#), Req. n° 27617/04 – [ADL du 29 mai 2011](#)).

L'arrêt [X. c. Autriche](#) rendu en février 2013 confirme pleinement cette difficulté. L'Autriche a bien été condamnée pour discrimination en raison de sa décision d'ouvrir l'adoption coparentale aux couples non-mariés, sans l'étendre aux couples homosexuels. Il en aurait été bien différemment si tous les couples non-mariés avaient privés de cette adoption coparentale, à l'instar de l'affaire [Gas et Dubois c. France](#). La Grande Chambre prend d'ailleurs la peine de « *distinguer* » les deux affaires et

de préciser que dans l'arrêt de 2012, « *la Cour avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappait tant les premiers que les seconds* » (§ 131). Ce faisant, **la formation solennelle de la Cour souhaite préserver la solution cristallisée par la Cinquième Section**. En d'autres termes, l'Autriche peut parfaitement envisager d'exécuter [l'arrêt de février 2013](#) en retirant le droit à l'adoption à tous les couples non-mariés, ce qui effacerait toute discrimination.

Mais si un tel nivellement des droits par le bas serait *a priori* toléré par la Cour, force est de constater que **cela heurterait de plein fouet les présupposés qui ont irrigué l'analyse européenne dans ce même arrêt**. A fort juste titre, la Grande Chambre a souligné l'importance que « *revêt la reconnaissance juridique des familles de fait* » (§ 145). Si, à ce jour, aucun droit conventionnel à une telle reconnaissance n'a clairement été dégagé de l'article 8, le raisonnement de la Cour en est proche. Dès lors, les juges européens de 2013 ont certes essayé de ménager l'arrêt [Gas et Dubois](#) de 2012 et le droit français qui interdit l'adoption coparentale à tous les couples non-mariés. Mais leur analyse fragilise un peu plus encore la cohérence de ce précédent (v. [ADL du 16 mars 2012](#)).

En second lieu, une même incohérence transpire de l'analyse de Grande Chambre lorsqu'elle se penche sur « *la situation des requérants [à l'aune de] celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* » (§ 105). Le prisme discriminatoire cesse de produire ses effets si la Cour refuse de juger que deux groupes de personnes, dont le traitement respectif diffère, sont placés dans une « *situation comparable* » (§ 98). Or c'est la conclusion à laquelle parvient la Grande Chambre lorsqu'elle estime que « **la situation [du couple de requérantes] n'est pas comparable à celle d'un couple marié [...] au regard de l'adoption coparentale** » (§ 109), empêchant toute condamnation pour discrimination sous cet angle (§ 110). Afin de justifier cette issue, la formation solennelle strasbourgeoise se borne à reprendre le raisonnement, lui-même succinct, forgé par la Cinquième Section en 2012 dans l'arrêt [Gas et Dubois](#). Il est ainsi rappelé que ni l'article 12 (droit au mariage), ni l'article 14 combiné avec l'article 8 (discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie privée et familiale) « *n'impose[nt] aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels* » (v. Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04 – [ADL du 24 juin 2010](#) ; v. aussi Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 13 novembre 2012, [H. c. Finlande](#), Req. n° 37359/09). Cette assertion est soi importante. Car sans être inédite à Strasbourg, elle est pour la première fois confirmée par la plus haute formation contentieuse de la Cour.

Mais le refus de juger comparables la situation des couples homosexuels non-mariés et celle des couples mariés est surtout justifiée par l'idée selon laquelle « **le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent, que l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et qu'il emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques** » (§ 106 – v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07, § 68 – [ADL du 16 mars 2012](#) ; Cour EDH, G.C. 29 avril 2008, [Burden c. Royaume-Uni](#), Req. n° 13378/05, § 63 : « *une institution largement reconnue comme conférant un statut particulier à ceux qui s'y engagent* » – [ADL du 3 mai 2008](#) ; Cour EDH, G.C. 2 novembre 2010, [Şerife c. Turquie](#), Req. n° 3976/05 – [ADL du 3 novembre 2010](#)). Or, à raisonnement constant, critiques identiques.

A nos yeux, en effet, l'analyse européenne demeure grevée d'une faille irréductible : s'il est possible de concevoir que « *le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent* », de sorte que les *couples* mariés et les *couples* non-mariés ne sont éventuellement pas comparables, cette distinction ne tient guère **lorsqu'il s'agit non plus de couples, mais de familles**. La pertinence de la distinction pratiquée entre deux cellules familiales cesse dès l'instant où l'on se place du point de vue de ce qui au cœur du contentieux : **l'éducation d'un enfant et l'établissement, pour ce faire, de liens juridiques à l'égard des deux membres du couple**. Sous cet angle de l'intérêt de l'enfant, la jurisprudence européenne a elle-même eu maintes fois l'occasion de **condamner une législation qui faisait varier le régime d'exercice des droits parentaux selon que l'enfant, objet de ces droits, était né ou non dans le cadre du mariage** (Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 3 décembre 2009, [Zaunegger c. Allemagne](#), Req. n° 22028/04 – [ADL du 5 décembre 2010](#) ; sur la protection des liens familiaux indépendamment du statut matrimonial des parents, v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 septembre

2011, [Schneider c. Allemagne](#), Req. n° 17080/07 – [ADL du 17 septembre 2011](#) ; Cour EDH, 5° Sect. 21 décembre 2010, [Anayo c. Allemagne](#), Req. n° 20578/07 – [ADL du 26 décembre 2010](#) ; v. aussi Cour EDH, G.C., 7 février 2013, [Fabris c. France](#), Req. n° 16574/08 – [ADL du 11 février 2013](#)).

Avec une certaine ironie, nous serions presque enclin à suivre l'opinion des sept juges dissidents selon laquelle « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » a été « *le grand oublié de ce dossier* » (§ 8 de l'opinion dissidente). Ceci, non pour regretter comme eux la condamnation de l'Autriche sur le terrain des couples non-mariés. Mais au contraire afin de **déplorer qu'il n'en ait pas été de même dans la sphère du mariage**. Les mots du juge Villiger dans son opinion dissidente sous l'arrêt [Gas et Dubois c. France](#) sont d'ailleurs parfaitement transposables à l'arrêt [X. c. Autriche](#) en sa facette dédiée au mariage : « *l'arrêt se concentre sur les adultes et non sur l'enfant* » et s'abstient de « *rechercher si la différence de traitement litigieuse est justifiée du point de vue de l'intérêt supérieur de l'enfant* » (sur la notion d'intérêt de l'enfant, v. Cour EDH, 1° Sect. 14 février 2012, [Antwi et autres c. Norvège](#), Req. n° 26940/10 – [ADL du 19 février 2012](#) ; Cour EDH, 5° Sect. 19 janvier 2012, [Popov c. France](#), Req. n° 39472/07 – [ADL du 22 janvier 2012](#)). Sous ce dernier angle, il est peu opportun de tracer une frontière entre familles réunies sous le sceau du mariage et celles qui s'épanouissent hors des liens matrimoniaux. Nombreux sont ainsi les travaux ayant révélé que « *l'intérêt de l'enfant* » (*the best interest of the child*) *dépend non pas de l'orientation sexuelle des parents, mais des liens qui unissent le couple parental [... dans le cadre d'une] "union stable" (mariage, PACs, union civile, concubinage)* » (Jennifer Merchant, « [L'intérêt de l'enfant – Homoparenté et homoparentalité aux Etats-Unis](#) », in [La Vie des Idées](#), 20 mai 2010).

C'est aussi ce que semble suggérer le Président Spielmann dans son opinion concordante. En écho à celle qu'il avait cosigné avec la juge Berro-Lefèvre sous l'arrêt [Gas et Dubois c. France](#), il rappelle qu'à ses yeux la situation d'« *un couple homosexuel stable* » (§ 2) tel que celui des requérantes « *était comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* » (§ 1). Il est donc regrettable que la Cour s'obstine à préférer la frontière entre couples mariés et non-mariés à une autre, pourtant bien plus pertinente dans le contexte familial : **celle fondée sur la stabilité du couple, indépendamment même de l'orientation sexuelle de ses parents biologiques, juridiques et/ou sociaux**.

Loin de perdre en actualité, les critiques formulées en 2012 ([ADL du 16 mars 2012](#)) semblent même confortées par le raisonnement tenu par la Grande Chambre elle-même. En 2013, les juges européens ont clairement choisi de protéger les familles homoparentales, à l'instar de toute autre famille, plutôt que de se concentrer sur les seuls couples homosexuels (*supra* 1° B). Dans ce cadre, l'égle aptitude de ces couples à l'adoption – et donc, à la parentalité – a également été consacrée à Strasbourg (*supra* 2° A). Dès lors, et contrairement à ce que suggère le Président Spielmann, **il était bien « nécessaire d'examiner cette question » aussi sous l'angle de la distinction entre couples mariés et non mariés**. La seule situation française prouve aisément combien nombre de familles homoparentales ne peuvent accéder à une pleine reconnaissance juridique puisqu'à ce jour, le statut marital est réservé aux seuls couples de sexes différents. Certes, dans l'affaire [X. c. Autriche](#), la stratégie contentieuse des requérantes – qui se sont concentrées sur la distinction entre les couples non mariés – a permis à la Cour d'esquiver ce sujet. Mais il y a fort à parier que ce répit sera de courte durée et que le prétoire européen verra bientôt resurgir cet enjeu, ô combien crucial.

\*  
\* \*

Une « *prudente audace* ». L'oxymore mérite une fois encore (v. [ADL du 23 juillet 2012](#)) d'être mobilisé pour qualifier la démarche la Cour européenne des droits de l'homme au sujet du statut conventionnel des familles homoparentales. L'arrêt [X. c. Autriche](#) rendu par la Grande Chambre illustre en effet combien la progression strasbourgeoise est constante voire inéluctable, mais relativement précautionneuse. Sans coups d'éclats véritables, ni coups de théâtre subits. Mais par touches successives d'ampleur et de portée variables. Pour ce faire, la Cour concrétise fréquemment ses avancées jurisprudentielles en **un mouvement à double détente : poser d'abord des jalons pour l'avenir ; puis activer ces virtualités à la faveur d'un autre contentieux**. Ainsi, s'agissant du



droit au mariage, la jurisprudence européenne se situe actuellement entre ces deux étapes (v. [ADL du 24 juin 2010](#) sur Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04). Pour les juges européens, cette méthode éprouvée présente l'insigne avantage de permettre une prise en compte progressive des évolutions sociétales, en particulier s'agissant des schémas parentaux.

En février 2013, **la Grande Chambre a ainsi gravé dans le marbre jurisprudentiel des principes particulièrement favorables à la reconnaissance conventionnelle des familles homoparentales, au même titre que les autres cellules familiales.** Ce faisant, elle accompagne autant qu'elle nourrit une nette tendance qui se fait jour en Europe. D'autres solutions cristallisées par des juridictions nationales en attestent. Ainsi, et par [un remarquable hasard de calendrier](#), la Cour constitutionnelle allemande a rendu le même jour que l'arrêt *X. c. Autriche* une décision dans laquelle elle juge inconstitutionnelle une loi qui prohibe les « *adoptions successives* » – *i.e.* l'adoption d'un enfant par l'un des partenaires, alors que ce même enfant a déjà lui-même été adopté par l'autre partenaire – (v. Cour constitutionnelle allemande, 19 février 2013, [1 BvL 1/11 – 1 BvR 3247/09 – Lettre ADL de Céline Fercot à paraître](#)).

Mais une telle démarche progressive ne va pas sans incertitudes et autres pusillanimités, sources d'incohérences qui donnent inévitablement prise aux critiques. Désireuse de ne pas bousculer trop brusquement certains États parties, la Cour ne tire pas toujours toutes les conséquences logiques de son propre raisonnement. Dans l'arrêt *X. c. Autriche*, ceci est en particulier le cas de son analyse au sujet des couples mariés. **La Grande Chambre s'est ostensiblement arrêtée au milieu du gué, froissant au passage l'impératif d'égle reconnaissance des familles homoparentales.** Ce résultat est d'autant plus regrettable qu'il émane de la formation solennelle strasbourgeoise, dont la parole contentieuse est nécessairement de nature à faire tâche d'huile. Car si effectivement « *la Cour n'[était] pas appelée à se prononcer sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels en elle-même, et encore moins sur celle de l'adoption par des couples homosexuels en général* », **elle ne peut elle-même nier que son raisonnement s'insère « dans le cadre de la problématique plus large des droits parentaux des couples homosexuels »** (§ 134).

Ainsi, la Cour n'a certes pas encore l'occasion de se prononcer directement sur le mécanisme d'adoption conjointe. Mais le raisonnement forgé pour les deux autres formes d'adoption (monoparentale – arrêt [E.B. c. France](#) – et coparentale – arrêt *X. c. Autriche*) est parfaitement transposable à cette situation. A l'évidence, la juridiction européenne autorise les États à réserver l'adoption conjointe aux seuls couples mariés, comme c'est actuellement le cas en Autriche (§ 107). Toutefois, dans l'hypothèse où cette adoption conjointe serait étendue aux couples non-mariés, nulle distinction ne devra être faite entre les couples hétérosexuels et homosexuels.

Le caractère contrasté de l'arrêt européen apparaît plus clairement encore à l'aune de son impact potentiel en France. Pourtant peu soucieux, à ce jour, de conférer « *une reconnaissance juridique [aux] familles [homoparentales] de fait* » (§ 145), **le droit français n'est en effet pas nature à être directement affecté par l'arrêt *X. c. Autriche*, qui confirme le dispositif de l'arrêt [Gas et Dubois](#).** La France peut tout à fait maintenir l'interdiction de l'adoption coparentale envers les couples homosexuels, dès lors que ladite interdiction vise l'ensemble des couples non-mariés. Mais ce faisant, la Grande Chambre entérine ce qui s'apparente à **une discrimination indirecte, seuls les couples de sexes différents pouvant en l'état actuel accéder au mariage** (en ce sens, v. [ADL du 16 mars 2012](#) ; v. aussi Paul Johnson, « [X v Austria Judgment](#) », in [ECHR Blog](#), 21 février 2013). Si l'adoption coparentale n'est pas étendue en France aux couples non-mariés, seule l'ouverture du mariage aux couples de même sexe [actuellement en cours d'examen](#) permettra de modifier cette situation. Car sous le prisme discriminatoire, la jurisprudence strasbourgeoise ne tolérera pas que l'accès à l'adoption coparentale soit interdite aux couples homosexuels mariés si, dans le même temps, les autres couples mariés y ont accès.

En passant outre la « *forteresse mariage* » en matière de parentalité, la Cour n'aurait pourtant pas « *succomb[é] au péché de la "quatrième instance"* » (opinion concordante du juge Costa ralliée par le juge Spielmann sous l'arrêt [Gas et Dubois](#)). Contrairement à ce que nombre de critiques de la condamnation européenne ont complaisamment relayée, **la Grande Chambre n'a en aucune façon**

**exigé la rupture du lien de filiation entre l'enfant et son père, au profit du couple composé par sa mère et la compagne de celle-ci.** La Cour n'a cessé de rappeler qu'il « *ne s'agi[ssait] pas pour elle en l'espèce de déterminer si la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie* » (§ 152 – v. aussi § 132). Cette tâche consistant à « *examiner au fond la demande d'adoption* » revient « *aux tribunaux internes* », seuls compétents notamment pour « *statuer sur [...] le rôle que jouait le père du deuxième requérant [ou] sur le point de savoir s'il y avait ou non des raisons de passer outre à son refus de consentir à l'adoption envisagée* » (§ 132).

En définitive, la Cour exige simplement de l'Autriche (et des quatre autres États – Portugal, Roumanie, Russie et Ukraine – dont la législation est similaire – § 57) qu'elle permette à ses « *tribunaux [d'] examiner chaque situation au cas par cas* » (§ 146). « *Plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant* » (§ 146), cette approche ne vise que le seul processus de décision et non son issue. **Ceci est finalement fort respectueux de la liberté étatique, car les juges internes disposent d'une latitude pour évaluer la pertinence de la demande d'adoption.** Un tel raisonnement fait directement écho à d'autres récents précédents, où cette exigence procédurale d'examen juridictionnel avait bénéficié au père biologique (v. Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 septembre 2011, [Schneider c. Allemagne](#), Req. n° 17080/07 – [ADL du 17 septembre 2011](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 21 décembre 2010, [Anayo c. Allemagne](#), Req. n° 20578/07 – [ADL du 26 décembre 2010](#) ; v. aussi Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 3 décembre 2009, [Zaunegger c. Allemagne](#), Req. n° 22028/04 – [ADL du 5 décembre 2010](#)). Ces mêmes arrêts rappellent aussi l'évidence : **les parents placés en marge d'une famille homoparentale recomposée – tel le père dans l'affaire [X. c. Autriche](#) – bénéficient eux-aussi d'une protection de leurs droits conventionnels.** En l'espèce, il n'est donc pas certain que les juges autrichiens prononceraient l'adoption au profit de la compagne de la mère et au détriment du père, si ce dernier ne le souhaite pas et qu'il continue à s'occuper de son enfant.

Bien évidemment, le travail des juges nationaux s'inscrit dans un cadre tracé par la Cour européenne. En particulier, ces juges ne peuvent désormais plus ignorer que « *les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier* » (§ 112). Mais **les mêmes juges internes peuvent, et même doivent, apprécier individuellement les aptitudes parentales des couples aspirant à l'adoption, indépendamment de leur orientation sexuelle.** Bien loin de leur retirer tout pouvoir, la Grande Chambre tend donc au contraire à s'appuyer sur les juridictions nationales en leur qualité de juges de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme (v. [ADL du 11 février 2013 in fine](#)). Préférer cette « *approche ascendante* » (« *a bottom up approach* ») où les juges nationaux jouent pleinement leur rôle, à « *un processus descendant* » (« *top down process* ») dans lequel la Cour impose unilatéralement ses *desiderata* aux autorités internes, est opportun dans les contentieux hautement sensibles tels que le statut des familles homoparentales (en ce sens, lire Marc de Werd, « [Kann denn Liebe Sünde sein? Adjudicating sensitive moral issues in Europe](#) », in [European Courts](#), 2 février 2013).

« *Accompagner* » et « *canaliser* » plutôt que « *précéder* » voire « *imposer* » les changements de sociétés. Selon les juges dissidents (§ 23), telle serait la stricte mission de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette présentation binaire est toutefois excessivement réductrice, le rôle de la juridiction européenne étant infiniment plus complexe. En particulier, cette lecture omet une dimension clef de ce rôle : **la fonction intrinsèquement contre-majoritaire de la Cour**, justifiée par « *la nature même de la protection des droits fondamentaux et de l'État de droit [qui] implique que l'on doit parfois garantir les intérêts d'une minorité contre l'avis de la majorité* » ([Discours](#) de Nicolas Bratza lors de [la Conférence de Brighton](#) – v. [ADL du 23 avril 2012 in fine](#) et [ADL du 18 juillet 2012](#)). Des évolutions sociétales telle que la constitution de familles homoparentales peuvent irrémédiablement surgir, sans qu'un Etat daigne rapidement en tenir compte et mette en place une protection adéquate. Or, même minoritaires, ces situations existent. Elles sont donc susceptibles d'affecter des droits conventionnels que la Cour a pour tâche de protéger.

Bien loin d'outrepasser ses fonctions, **la juridiction européenne tente au contraire d'accomplir au mieux sa mission lorsqu'elle invite les Etats parties à adapter leur législation face aux réalités sociales**, fussent-elles regardées comme naissantes. Il incombe seulement aux juges

européens d'agir de concert avec l'ensemble des acteurs nationaux, du moins autant que faire se peut et sans déférence excessive. Et ce, afin d'atteindre collectivement ce qui constitue l'une des raisons d'être du système européen des droits de l'homme : l'égalité et pleine protection des droits et libertés conventionnels.

**Cour EDH, G.C. 19 février 2013, [X. et autres c. Autriche](#), Req. n° 19010/07 – [Communiqué de presse](#)**

Jurisprudence liée :

- **Sur le mécanisme de l'adoption** : Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 4 octobre 2012, [Harroudj c. France](#), Req. n° 43631/09 – [ADL du 8 octobre 2012](#) ; Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 3 mai 2011, [Negrepontis-Giannisis c. Grèce](#), Req. n° 56759/08 – [ADL du 4 mai 2011](#) ; Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 10 juin 2010, [Schwizgebel c. Suisse](#), Req. n° 25762/07 – [ADL du 10 juin 2010](#) ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 27 avril 2010, [Moretti et Benedetti c. Italie](#), Req. n° 16318/07 – [ADL du 6 mai 2010](#) ; Cour EDH, G.C. 22 janvier 2008, [E.B. c. France](#), Req. n° 43546/02 – [ADL du 22 janvier 2008](#).

- **Sur l'intérêt de l'enfant** : Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 14 février 2012, [Antwi et autres c. Norvège](#), Req. n° 26940/10 – [ADL du 19 février 2012](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 19 janvier 2012, [Popov c. France](#), Req. n° 39472/07 – [ADL du 22 janvier 2012](#) ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 13 décembre 2011, [Kanagaratnam c. Belgique](#), Req. n° 15297/09 – [ADL du 27 décembre 2011](#).

- **Sur l'appréhension conventionnelle – notamment via le principe de non-discrimination – des différentes formes de structures familiales** : Cour EDH, G.C., 7 février 2013, [Fabris c. France](#), Req. n° 16574/08 – [ADL du 11 février 2013](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 mars 2012, [Gas et Dubois c. France](#), Req. n° 25951/07 – [ADL du 16 mars 2012](#) ; Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 11 octobre 2011, [Genovese c. Malte](#), Req. n° 53124/09 – [ADL du 11 octobre 2011](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 3 décembre 2009, [Zaunegger c. Allemagne](#), Req. n° 22028/04 – [ADL du 5 décembre 2010](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 15 septembre 2011, [Schneider c. Allemagne](#), Req. n° 17080/07 – [ADL du 17 septembre 2011](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 21 décembre 2010, [Anayo c. Allemagne](#) et [Chavdarov c. Bulgarie](#), Resp. Req. n° 20578/07 et n° 3465/03 – [ADL du 26 décembre 2010](#).

- **Sur l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle** : Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 15 janvier 2013, [Eweida et autres c. Royaume-Uni](#), Req. n° 51671/10, et al. – [ADL du 24 janvier 2013](#) ; Cour EDH, 2<sup>e</sup> Sect. 9 octobre 2012, [X. c. Turquie](#), Req. n° 24626/09 – [ADL du 18 octobre 2012](#) ; Cour EDH, 5<sup>e</sup> Sect. 9 février 2012, [Vejdeland et autres c. Suède](#), Req. n° 1813/07 – [ADL du 10 février 2012](#) ; Cour EDH, 4<sup>e</sup> Sect. 28 septembre 2010, [J.M. c. Royaume-Uni](#), Req. n° 37060/06 – [ADL du 28 septembre 2010](#) ; Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 22 juillet 2010, [P.B. et J.S. c. Autriche](#), Req. n° 18984/02 – [ADL du 30 juillet 2010](#) ; Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, [Schalk et Kopf c. Autriche](#), Req. n° 30141/04 – [ADL du 24 juin 2010](#).

**Pour citer ce document :**

Nicolas Hervieu, « [Un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 26 février 2013.

**[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)**