

convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant.

Note

Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme

INTRODUCTION

1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux relations familiales des homosexuels s'est ces dernières années considérablement enrichie. S'agissant des relations conjugales, l'on peut ainsi désormais se référer à l'important arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* daté du 24 juin 2010 et aux termes duquel la Cour a considéré que les États parties n'étaient pas tenus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe et jouissaient d'une certaine marge de manœuvre quant au rythme et à la teneur de la reconnaissance par d'autres voies de la conjugalité homosexuelle.

En matière de relations parentales, l'arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012 et l'arrêt *X. et autres c. Autriche* daté du 19 février 2013 qui fait l'objet de la présente note constituent les plus récentes références. Alors que dans les deux affaires, deux femmes formant un couple lesbien dénonçaient, au titre de l'exigence de non-discrimination, l'impossibilité dans laquelle elles se trouvaient de mettre en œuvre l'adoption par l'une des partenaires de l'enfant de l'autre, la Cour a conclu, dans la première, à la non-violation des articles 14 et 8 de la Convention et, dans la seconde, à la méconnaissance de ces dispositions⁽¹⁾.

Nous nous proposons, dans ce contexte, d'évoquer, en premier lieu, la manière dont la Cour a considéré que Mesdames *Gas et Dubois* ne pouvaient pas, à la différence des requérantes de l'affaire *X. et autres*, se prévaloir d'une différence de traitement susceptible de constituer une discrimination prohibée (I) et, en second

⁽¹⁾ Il n'est pas vain de préciser que cette affaire autrichienne avait été initialement soumise à une chambre de la 1^{re} section de la Cour qui en date du 5 juin 2012 — soit un peu plus de deux mois après le prononcé de l'arrêt *Gas et Dubois* — a pris la décision de se dessaisir au profit de la grande chambre comme le permet l'article 30 de la Convention lorsque « l'affaire pendante devant [elle] soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour » (§ 4). L'on peut également faire état du grand nombre de parties intervenantes dans cette affaire: la Fédération internationale des ligues des Droits de l'Homme (FIDH); la Commission internationale de juristes (CIJ); l'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe); la British Association for Adoption and Fostering (BAAF); le Network of European LGBT Families Associations (NELFA); l'European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL); le Centre européen pour le droit et la justice (ECLJ); le procureur général de l'Irlande du Nord; Amnesty International (AI) et Alliance Defending Freedom (ADF) (§ 7).

lieu, la façon dont les juges européens ont apprécié, dans l'affaire autrichienne, la conformité à la Convention de la différence de traitement constatée (II).

I. LES FAITS, LA COMPARABILITÉ DES SITUATIONS
ET L'EXISTENCE D'UNE DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

A. *Les faits*

2. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* qui a donné lieu à un arrêt du 15 mars 2012⁽²⁾, les requérantes étaient deux femmes françaises, Valérie Gas et Nathalie Dubois, vivant en concubinage depuis 1989. À la suite d'un processus de procréation médicalement assistée avec donneur de sperme conduit en Belgique, Madame Dubois avait donné naissance à une petite fille en septembre 2000. Les deux femmes s'étaient ensuite pacées en avril 2002 (§§ 9-10).

Quatre ans plus tard, Madame Gas avait déposé devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa compagne. Le procureur de la République s'était opposé à cette demande et, en juillet 2006, le tribunal avait refusé d'y faire droit au motif que, si les conditions légales de l'adoption étaient remplies, les conséquences de celle-ci auraient été contraires aux intentions des requérantes et à l'intérêt de l'enfant, dès lors que l'autorité parentale aurait été transférée à l'adoptante Madame Gas et que Madame Dubois aurait été consécutivement privée de ses propres droits parentaux (§ 13).

Ainsi, aux termes de l'article 365 du Code civil français :

L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité [...].

Madame Gas avait fait appel de la décision et Madame Dubois avait fait intervention volontaire. Les deux femmes avaient expliqué que l'adoption projetée aurait permis d'établir « un cadre juridique sécurisant pour l'enfant conforme à la réalité sociale vécue par lui » et que la perte de l'autorité parentale par la mère de l'enfant pouvait être corrigée par le mécanisme de la délégation partielle ou totale de cette autorité (§ 14). La cour d'appel de Versailles avait cependant confirmé la décision du tribunal de grande instance (§ 15). Les requérantes avaient alors formé un pourvoi en cassation mais n'avaient pas conduit cette procédure à son terme (§ 16)⁽³⁾.

⁽²⁾ À propos de cet arrêt, voy. aussi : A. GOUTTENNOIRE et F. SUDRE, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », note sous Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, *JCP G*, n° 19, 7 mai 2012, 589, pp. 961-964 ; N. HERVIEU, « Pusillanimité jurisprudentielle et carences conventionnelles à l'heure d'assurer l'égalité de protection des cellules familiales homoparentales », in *Lettre « actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 16 mars 2012, <http://credof.u-paris10.fr>.

⁽³⁾ La Cour n'accueillera pas l'exception de non-épuisement des voies de recours interne soulevée par le gouvernement français dès lors qu'au regard de deux arrêts dépourvus d'équivoque rendus par la Cour de cassation française sur la même question de droit et



3. Dans l'affaire *X. et autres c. Autriche*, les requérants étaient deux femmes vivant ensemble de manière stable et l'enfant que l'une d'elles retenait d'une relation hétérosexuelle antérieure. L'enfant, né en 1995, avait été reconnu par son père mais demeurait sous l'autorité parentale exclusive de sa mère⁽⁴⁾ en sorte que les deux femmes l'éduquaient ensemble depuis ses cinq ans (§ 10). En février 2005, ayant auparavant vainement tenté d'obtenir un transfert partiel de l'autorité parentale (§ 15), elles avaient signé une convention d'adoption de l'enfant par la compagne de sa mère et, en septembre de la même année, elles avaient sollicité que cette convention soit homologuée par le tribunal de district (§§ 11-14). Leur demande avait été rejetée dès octobre 2005, dès lors qu'au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, l'adoption considérée aurait eu pour effet de rompre le lien de filiation maternel de l'enfant en laissant subsister son lien de filiation paternel, alors que le résultat recherché était précisément la consécration d'un double lien de filiation maternel entre l'enfant et les deux femmes (§ 15).

Suivant la disposition litigieuse :

[...] Dans le cas où l'enfant n'est adopté que par un père adoptif (ou une mère adoptive), seuls ses liens familiaux avec son père biologique (ou sa mère biologique) et la famille de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus [...].

Les requérants avaient fait appel de cette décision, en dénonçant expressément une violation des articles 8 et 14 de la Convention (§§ 16-17). En février 2006, le tribunal régional les avait déboutées de leur recours en soulignant que l'impossibilité pour le partenaire homosexuel d'adopter l'enfant de son compagnon constituait une mesure qui, de manière proportionnée, tendait légitimement à protéger la famille traditionnelle (§ 18)⁽⁵⁾.

Les requérants avaient alors formé un pourvoi devant la Cour suprême en arguant, en particulier, qu'il n'était pas démontré qu'il était nécessaire de refuser l'adoption coparentale aux familles homosexuelles pour protéger la famille traditionnelle (§ 19). Leur recours avait cependant été rejeté par une décision datée du 27 septembre 2006.

B. *La comparabilité des situations et l'existence d'une différence de traitement*

4. Les contextes factuels des deux affaires étaient donc assez semblables sous réserve de ce qu'alors que dans l'affaire *Gas et Dubois*, l'enfant avait été conçu dans le cadre spécifique du couple formé par les requérantes et avait toujours été élevé uniquement par ces deux femmes, l'affaire *X. et autres* concernait un enfant conçu dans le cadre d'une première union hétérosexuelle de sa mère et avait dès lors un

confirmés par des arrêts du 19 décembre 2007 et 6 février 2008, le pourvoi des requérantes était voué à l'échec (Cour eur. D.H., décision *Gas et Dubois c. France*, 31 août 2010, pp. 8-10).

⁽⁴⁾ Selon l'article 166 du Code civil autrichien, un enfant né hors mariage est placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère. Suivant l'article 167 du même code, les parents d'un enfant né hors mariage peuvent décider d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leur enfant. La convention d'exercice conjoint doit être homologuée par un juge (§§ 44 et 45).

⁽⁵⁾ La Cour reproduit dans son arrêt de longs passages de la décision du tribunal de district (§ 15) et du tribunal régional (§ 18). Qu'il nous soit permis d'y renvoyer ici le lecteur.

père qui n'avait d'ailleurs pas disparu de sa vie. Ainsi, dans l'affaire française, la compagne de la mère de l'enfant n'était-elle en concurrence avec aucun autre adulte quant à la prise en charge de l'enfant, tandis que, dans l'affaire autrichienne, la compagne de la mère prétendait se substituer par le biais d'une adoption à son père juridique.

5. Les contextes juridiques français et autrichien présentaient quant à eux une différence non négligeable. Ainsi, alors que dans les deux pays le mariage était inaccessible aux couples de même sexe, la France réservait l'adoption coparentale aux époux tandis que les couples hétérosexuels non mariés autrichiens en bénéficiaient par contre également. Ainsi, en France, la différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle se confondait-elle avec une différence de traitement fondée sur le statut conjugal. En Autriche, au contraire, cette différence se donnait à voir de manière plus évidente dès lors qu'elle existait, parmi les couples non mariés, entre les hétérosexuels et les homosexuels.

6. La teneur des revendications articulées devant la Cour était très semblable. Ainsi, dans *Gas et Dubois*, les requérantes se plaignaient-elles d'une atteinte discriminatoire à leur droit au respect de la vie privée et familiale : l'adoption qu'elles projetaient et qui aurait permis de sécuriser la situation de l'enfant leur avait été refusée alors que, d'une part, une telle adoption est organisée au bénéfice des époux par l'article 365 du Code civil français qui prévoit le maintien des prérogatives parentales du conjoint de l'adoptant simple (discrimination directe) et que, d'autre part, les concubins et les pacsés hétérosexuels peuvent bénéficier de cette même possibilité en se mariant (discrimination indirecte). Dans *X. et autres*, elles faisaient valoir, de la même manière, que l'impossibilité dans laquelle elles se trouvaient, au titre de l'article 182, § 2, du Code civil autrichien, de mettre en œuvre une adoption coparentale constituait une violation des articles 14 et 8 combinés dès lors qu'une telle adoption était possible pour les couples hétérosexuels mariés ou non mariés (§ 58).

7. Dans *Gas et Dubois*, la Cour a affirmé que les relations existant entre les requérantes et l'enfant constituaient une vie familiale protégée par l'article 8 (§ 37)⁽⁶⁾. Elle n'en a pas moins décidé ensuite que, d'une part, la situation des requérantes ne pouvait se comparer à celle d'un couple (hétérosexuel) marié et, d'autre part, qu'elle n'était pas différente de celle d'un couple hétérosexuel non marié.

S'agissant du grief lié à l'existence d'une discrimination directe subie par les requérantes par rapport aux couples mariés, la Cour a signalé que « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent » et que « l'exercice du droit de se marier est protégé par l'article 12 de la Convention et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques » en sorte que « l'on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés » (§ 68).

S'agissant du grief lié à l'existence d'une discrimination indirecte par rapport aux couples hétérosexuels non mariés, concubins ou pacsés, qui ont la possibilité

⁽⁶⁾ Voy. aussi la décision de la Cour du 31 août 2010 sur la recevabilité de la requête.

de se marier et donc de bénéficier de l'exception prévue à l'article 365 du Code civil, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas de différence de traitement dès lors que les hétérosexuels concubins ou pacsés se voyaient opposer, comme les requérantes, le refus de l'adoption simple (§ 69).

8. Dans *X. et autres*, la Cour — ayant confirmé que l'affaire concernait la vie familiale des requérants (§ 93) — a à nouveau considéré, en renvoyant à *Gas et Dubois*, que la situation des requérantes n'était pas comparable au titre de l'article 14 à celle d'un couple marié dès lors en particulier que le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent et que le droit de se marier, expressément protégé par l'article 12, emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques (§ 106).

Par contre, elle a relevé qu'il ne faisait aucun doute que la teneur de l'article 182, § 2, du Code civil induisait un traitement différencié des requérantes, qui ne pouvaient organiser l'adoption par l'une de l'enfant de l'autre sans rompre le lien entre l'enfant et sa mère biologique, et des couples hétérosexuels non mariés, qui étaient quant à eux susceptibles de mettre en œuvre une telle adoption (§§ 114 et 116).

Le gouvernement autrichien a bien plaidé que c'était en réalité, en l'espèce, au regard de la circonstance que l'enfant avait un père qui n'envisageait pas de consentir à l'adoption litigieuse que les juridictions internes avaient débouté les requérantes de leur demande d'adoption et qu'elles n'auraient pas décidé autrement si le candidat adoptant avait été un homme plutôt qu'une femme (§ 117). La Cour a cependant relevé qu'en réalité les tribunaux autrichiens avaient rejeté la demande considérée au seul motif que l'article 182, § 2, du Code civil s'opposait en toute hypothèse à l'établissement d'un second lien de filiation maternel à l'égard de l'enfant (§§ 118-124). Elle a aussi pointé que, contrairement aux affirmations de l'État défendeur, «si la demande d'adoption [...] avait été présentée par un couple hétérosexuel non marié, les tribunaux n'auraient pas pu lui opposer une fin de non-recevoir. Ils auraient au contraire été tenus de vérifier, conformément à l'article 180a du Code civil, si cette adoption répondait à l'intérêt [de l'enfant]» (§ 125)⁽⁷⁾.

Le gouvernement faisait aussi valoir que la disposition litigieuse n'induisait pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle dès lors que l'obstacle qui en découle empêche en réalité de manière générale n'importe quelle femme d'adopter un enfant lorsque des liens de droit sont appelés à subsister entre cet enfant et sa mère (ainsi, il aurait, par exemple, également été impossible que l'enfant soit adopté par sa tante) (§ 128). La Cour n'a pas non plus été sensible à ce deuxième argument et a expressément souligné que la relation entre deux sœurs

⁽⁷⁾ Cette stratégie étatique et le refus qui y est opposé par la Cour n'est pas sans évoquer la problématique qui était au cœur de l'affaire *E.B. c. France* soldée par un arrêt de grande chambre daté du 22 janvier 2008. La Cour n'avait dans cette espèce pas suivi le gouvernement français qui prétendait que le refus d'agrément pour adopter opposé à la requérante n'était pas fondé sur son homosexualité. Voy. : M. DEMARET, «L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt *E.B. c. France*», note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *J.T.*, 2009, pp. 147-148 et G. RUFFIEUX, «La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle», note sous Cour eur. D.H., arrêt *E.B. c. France* du 22 janvier 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, pp. 947-948.

adultes ou entre une tante et son neveu échappent *a priori* au champ d'application de la vie familiale dont le respect est garanti par l'article 8 et qu'en tout état de cause, quand bien même elles en relèveraient, les effets produits sur elles par la disposition litigieuse ne seraient pas comparable à ceux subis par un couple de femmes et l'enfant qu'elles élèvent (§ 129).

9. En termes de comparabilité, les arrêts *Gas et Dubois* et *X. et autres* transposent à la question de la filiation adoptive la singulière position que la Cour avait déjà adoptée en matière de droits de succession ou de pension de réversion. Ainsi, dans les affaires *Manenc*, *Courten* et *M.W.*, avait-elle pu considérer que, pour ces questions fiscales et sociales, la situation des couples homosexuels *de facto* ou engagés dans un partenariat civil ne se prêtait pas à une comparaison avec celle des couples hétérosexuels mariés à raison des droits et obligations spécifiquement souscrits par les époux⁽⁸⁾. Dans le cadre de ces différentes affaires, les juges européens avaient expressément refusé l'argument des requérants suivant lequel l'impossibilité pour les couples de même sexe d'accéder à ce statut du mariage justifiait que le couple homosexuel non marié puisse être comparé — pour les besoins de l'article 14 de la Convention — au couple hétérosexuel marié.

L'approche de la Cour semble — nous l'avons déjà affirmé⁽⁹⁾ — insatisfaisante sur le plan logique, dès lors qu'effectivement l'argument suivant lequel le mariage justifie l'exclusivité de certains avantages ne paraît opposable qu'à ceux qui peuvent effectivement souscrire ce statut⁽¹⁰⁾. Le refus du recours à cet argument circulaire induit deux conséquences.

⁽⁸⁾ Cour eur. D.H., décision *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008 ; Cour eur. D.H., *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009 et Cour eur. D.H., décision *Manenc c. France* du 21 septembre 2010. Voy. aussi : G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 74-77.

⁽⁹⁾ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels ... », *op. cit.*, p. 92.

⁽¹⁰⁾ L'on peut certes comprendre le raisonnement suivant lequel les époux, à raison du choix qu'ils posent de souscrire à une institution générant des droits et obligations importants, méritent d'être traités, dans certains domaines, plus favorablement que les autres couples. Il est éminemment convaincant si l'on compare le couple hétérosexuel marié à un couple hétérosexuel non marié qui jouit de la possibilité d'adhérer à l'institution matrimoniale. Il nous semble cependant beaucoup moins pertinent s'il s'agit de comparer le couple hétérosexuel marié au couple homosexuel non marié et qui se trouve dans l'impossibilité absolue de contracter mariage. Ainsi, suivant Paul Johnson, « *the Court's approach to the question of "analogous situation" in this case will strike many people as perverse or obtuse. Refusing to compare same-sex couples in a PACS with married opposite-sex couples, when no right exists for same-sex couples to contract marriage, significantly restricts the potential for same-sex couples to advance complaints under Article 14 of the Convention* » (P. JOHNSON, « Adoption, Homosexuality and the European Convention on Human Rights: *Gas and Dubois v. France* », *The Modern Law Review*, 2012, p. 1147). Voy. aussi : O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *J.T.*, 2000, p. 103 ; P. FRUMER, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, p. 683 ; N. GALLUS, « Égaux mais différents, inégaux car différents ? », in *Conjugalités et discriminations* (dir. A.-C. VAN GYSEL), Limal, Anthemis-L.G.D.J., 2012, p. 64 ; R. WINTEMUTE,

En premier lieu, la Cour aurait dû conclure dans les deux affaires à la comparabilité de la situation des requérantes à celle d'un couple hétérosexuel marié pour la question de l'accès à l'adoption coparentale comme l'a d'ailleurs expressément préconisé le juge Spielmann dans l'opinion concordante qu'il a adjointe à chacun des deux arrêts.

En second lieu, la Cour aurait dû accepter de considérer que, si les requérantes de l'affaire *X. et autres* faisaient l'objet d'une différence de traitement directe par rapport aux concubins de sexe différent qui pouvaient, en droit autrichien, mettre en œuvre une adoption coparentale, Mesdames Gas et Dubois faisaient, quant à elles, l'objet d'une différence de traitement indirecte par rapport aux hétérosexuels non mariés auxquels il «suffisait» de se marier pour pouvoir mettre en œuvre semblable projet adoptif⁽¹¹⁾.

Cette double option pouvait certainement être prise sans préjudice de l'examen subséquent des justifications possibles d'une telle différence de traitement. La Cour a toutefois considéré, de manière à notre avis quelque peu artificielle, que seule la confrontation de la situation des requérantes de l'affaire *X. et autres* à celle des concubins autrichiens de même sexe se présentait comme une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle à soumettre au crible des exigences du but légitime et de la proportionnalité.

II. LE TEST DE PROPORTIONNALITÉ DANS L'AFFAIRE X. ET AUTRES

A. La circonscription de la portée du litige : le minimalisme décisionnel

10. La Cour a souhaité délimiter très clairement la portée de son arrêt. Ainsi a-t-elle exposé, d'une part, que la question qui se posait à elle était très précisément celle de la légitimité de l'impossibilité absolue pour les requérantes de voir examinée la demande d'adoption, en sorte qu'il ne s'agissait pas de déterminer si l'adoption aurait dû être permise malgré le refus du père de l'enfant d'y consentir. En conséquence, la Cour n'avait pas à examiner le rôle joué par le père dans la vie de l'enfant ni les raisons justifiant éventuellement son refus de consentir à l'adoption (§§ 132-133). Elle a précisé, d'autre part, qu'il ne s'agissait pas non plus de «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» mais bien sur «un problème étroitement défini, celui de savoir si les requérants en l'espèce ont ou non été victimes d'une discrimination entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale» (§ 134).

Cette seconde précision — corrélative aux choix excessivement restrictifs opérés en amont à propos de la comparabilité des situations et de l'existence de

«Strasbourg to the Rescue? Same-Sex Partners under the European Convention», in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law* (dir. WINTERMUTE et ANDENAES), Oxford/Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 722-723.

⁽¹¹⁾ Dès lors qu'il «suffisait» aux concubins hétérosexuels de se marier pour pouvoir mettre en œuvre une adoption coparentale. Il convient de renvoyer à cet égard aux fins de comparaison aux arrêts *Maruko* et *Römer* rendus par la Cour de justice de l'Union européenne.

différences de traitements⁽¹²⁾ — par laquelle la Cour refuse d’appréhender les questions posées «en général» et privilégie la résolution d’un «problème étroitement défini» constitue une manifestation du «minimalisme décisionnel» auquel recourent régulièrement les juges de Strasbourg⁽¹³⁾ : la Cour n’entend *a priori* dire que ce qui est nécessaire pour la résolution du litige qui lui est soumis. Il n’empêche que lorsque — comme en l’espèce — la circonscription du litige est entachée d’artificialité, une distorsion apparaît nécessairement entre «l’étroitesse» prétendue de la question à trancher et la «généralité» manifeste des arguments avancés⁽¹⁴⁾.

*B. Le but légitime : la protection de la famille traditionnelle
et l’intérêt de l’enfant*

11. Ayant ainsi circonscrit la portée du litige, la Cour a relevé que pour justifier la règle litigieuse «les juridictions internes et le gouvernement défendeur [s’appuyaient] sur la protection de la famille traditionnelle, basée sur l’affirmation tacite que seule une famille avec des parents de sexe différent peut répondre adéquatement aux besoins d’un enfant» (§ 137). Elle a rappelé que tant la protection de la famille traditionnelle⁽¹⁵⁾ que celle de l’intérêt de l’enfant étaient des buts légitimes au sens du second paragraphe de l’article 8 de la Convention. Restait alors à voir si, en l’occurrence, les moyens mis en œuvre pour réaliser ces buts respectaient le principe de proportionnalité (§ 138).

La Cour a rappelé que, lorsqu’est en cause une différence de traitement fondée sur le sexe ou l’orientation sexuelle, la marge de manœuvre étatique est *a priori* étroite et l’État défendeur a la charge de prouver que l’exclusion litigieuse est

⁽¹²⁾ Voy. *supra*, n° 9.

⁽¹³⁾ Voy. à ce propos : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme. Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2001, p. 572 et s.

⁽¹⁴⁾ L’on peut trouver un exemple de pareille tentative de limitation dans l’arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* relatif à la possibilité pour un enfant confié à l’assistance publique d’accéder au contenu des dossiers constitués durant son placement. Ayant conclu à la violation de la Convention, la Cour avait précisé que «la Cour n’exprime aucune opinion sur la question de savoir si des droits généraux d’accès à des données et renseignements personnels peuvent se déduire du paragraphe 1 de l’article 8». L’on connaît cependant la portée matricielle qui a été donnée à cet arrêt et les nombreuses mobilisations ultérieures des principes qui y furent énoncés, bien au-delà du champ restreint de la problématique de la prise en charge des enfants par l’autorité publique. S. van Drooghenbroeck voit dans le procédé mis en œuvre dans *Gaskin* une «dénégation d’effet précédentiel» au sens où le juge européen y limite délibérément la portée de ses propres positions. Cette qualification nous paraît être transposable *mutatis mutandis* à l’arrêt annoté (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme, op. cit.*, p. 585, n° 812).

⁽¹⁵⁾ À propos de la tradition comme justification des restrictions aux droits voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, § 40 ; Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010, § 98. Voy. aussi, en doctrine : J. SCHERPE, «The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights», *The Equal Rights Review*, 2013, p. 92 et A. TIMMER, «Delegitimizing tradition as a “legitimate aim” : inspiration for Strasbourg from California», *Strasbourg observers*, August 11 2010, <http://strasbourgoobservers.com>.

nécessaire pour atteindre le but légitime (§§ 140-141). Il revenait en conséquence au gouvernement autrichien de démontrer «que la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, [commandait] d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale» (§ 141).

Le gouvernement défendeur semblait effectivement considérer qu'en l'espèce la protection de la famille traditionnelle et la protection de l'intérêt de l'enfant allaient de pair et soutenait que le droit autrichien de l'adoption coparentale tendait à «la reconstitution d'une famille biologique et la protection du bien-être de l'enfant» (§ 76). L'on sait toutefois que la notion d'intérêt de l'enfant est une notion ambiguë qui ne se prête que rarement à des lectures univoques⁽¹⁶⁾. La position du gouvernement défendeur rend compte de cette complexité. Ainsi, il ne prétendait pas que les couples homosexuels étaient incapables d'élever un enfant et soulignait même que «les couples homosexuels ou hétérosexuels [étaient] en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier» (§ 72), mais il lui apparaissait que, dans le même temps, il y avait lieu d'«empêcher qu'un enfant ait deux pères ou deux mères du point de vue juridique» sans néanmoins négliger de «[protéger] les intérêts du partenaire du parent de l'enfant par d'autres moyens» (§ 76). En filigrane, se matérialisait donc dans la position du gouvernement une conception suivant laquelle l'intérêt de l'enfant pourrait justifier, tout à la fois qu'il ne puisse pas avoir «deux pères ou deux mères du point de vue juridique» mais puisse par contre voir la relation qui l'unit au partenaire de son parent protégée «par d'autres moyens».

Cette position ne semble pas incohérente: l'on peut certainement concevoir qu'un État européen entende mettre en balance, d'un côté, l'intérêt de l'enfant à ce que sa filiation juridique n'occulte pas la dimension nécessairement bisexuée de son engendrement et, de l'autre côté, l'intérêt de ce même enfant à pouvoir vivre en compagnie de et être éduqué par un ou des adultes de sexe différent ou de même sexe qui assume(nt) à son endroit une responsabilité pérenne. Les juges européens n'ont toutefois pas pris en considération cette rationalité: en taxant d'incohérence la position autrichienne, ils semblent avoir éludé la distinction qui peut exister entre parentalité et parenté.

C. *L'affirmation de l'incohérence du droit autrichien*

12. La Cour a ainsi mis en exergue l'incohérence du système autrichien qui «[admettait] qu'un enfant [pouvait] grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation [n'était] pas préjudiciable à l'enfant» mais dans le même temps «[prévoyait] explicitement qu'un enfant ne doit pas avoir deux pères ou deux mères» (§ 144).

Il n'est pas si évident que l'on ne puisse pas, de manière cohérente, admettre l'existence de familles fondées sur un couple homosexuel dans lesquelles se nouent des rapports de parentalité entre des enfants et le partenaire de leur parent, tout

⁽¹⁶⁾ Voy., à ce propos, G. MATHIEU et A.-C. RASSON, «L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation», *J. T.*, 2013, pp. 425-436.

en considérant que la filiation adoptive et l'établissement d'un lien de parenté doublement monosexué ne sont pas nécessairement adéquats pour traduire en droit l'existence de semblables relations. L'adoption n'est ainsi certainement pas la seule manière d'accorder aux familles monoparentales une reconnaissance et une protection : de la même manière que l'on a vu fleurir dans les ordres juridiques européens une multitude de formules de partenariats susceptibles de procurer un cadre sécurisant aux couples homosexuels, rien n'empêche d'imaginer des formules de prise en charge des enfants grandissant dans des familles fondées sur de tels couples qui, sans mettre en cause la perception traditionnelle de la filiation, tisseraient entre adultes et enfants un réseau sécurisant de droits et obligations⁽¹⁷⁾.

En réalité, considérer incohérente la position autrichienne impliquerait par exemple aussi, nous semble-t-il, de considérer que l'acceptation et la reconnaissance de la conjugalité homosexuelle induit que les couples de même sexe doivent avoir la possibilité de se marier, ce que, précisément, la Cour a refusé de dire dans le cadre de l'arrêt rendu le 24 juin 2010 dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*⁽¹⁸⁾. Dans cet arrêt, la Cour, ayant reconnu expressément que le couple homosexuel était protégé au titre de la vie familiale garantie par l'article 8, a considéré, non seulement que cette vie familiale ne devait pas nécessairement se traduire dans l'institution du mariage (§ 101), mais encore qu'elle ne devait pas nécessairement se traduire dans un ensemble de prérogatives identiques à celles accordées aux époux (§ 109). Comme la conjugalité ne s'identifie pas au mariage, la parentalité n'équivaut pas nécessairement à la parenté. Il y a, d'un côté, des réalités sociales qui méritent sûrement une reconnaissance et une protection par le droit. Il y a, de l'autre côté, des institutions juridiques qui charpentent le droit de la famille et n'épuisent pas les capacités de reconnaissance et de protection du droit⁽¹⁹⁾.

*D. Le faible poids alloué aux perceptions de la société autrichienne
et l'insistance sur la nécessité de reconnaître en droit les familles de fait :
turbulences jurisprudentielles*

13. La Cour a relevé que l'impossibilité pour les couples homosexuels de mettre en œuvre une adoption coparentale, qui découlait de l'article 182, § 2, du Code civil, avait été affirmée expressément, en 2010, dans le cadre de l'organisation par le législateur d'un partenariat enregistré destiné aux couples homosexuels. Elle a pointé que cette solution avait été réclamée à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure de consultation préalable à l'adoption de la loi. Selon la Cour, ces «demandes réitérées formulées au cours de la procédure de consultation» ne faisaient «que refléter la position de certains pans de la société opposés à l'ouverture de l'adoption coparentale aux couples homosexuels» (§ 143).

⁽¹⁷⁾ J.-L. RENCHON, «Une filiation monosexuée?», in *Parenté, filiation, origines: Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239-246.

⁽¹⁸⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, sp. §§ 94 et 101.

⁽¹⁹⁾ Voy. à cet égard : J.-L. RENCHON, «Une filiation monosexuée?», *op. cit.*

Le moins qu'on puisse dire est que la prise en considération par la Cour des perceptions qui prévalent dans un ordre juridique déterminé n'est pas particulièrement constante.

Ainsi, si la grande chambre a pu récemment affirmer dans son arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012 que «des références aux traditions, présupposés d'ordre général ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent pas à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe»⁽²⁰⁾, elle a par contre, dans ses arrêts *A., B. et C. c. Irlande* de 2010 et *S.H. et autres c. Autriche* de 2011, attribué un poids véritablement décisif respectivement aux «valeurs morales profondes de la majorité du peuple irlandais»⁽²¹⁾ et à l'inquiétude ressentie par «de larges pans de la société» autrichienne (§ 104)⁽²²⁾.

Surtout, la Cour a expressément justifié, dans son arrêt *Schalk et Kopf*, la possibilité des États de décider eux-mêmes d'ouvrir ou non le mariage aux couples de même sexe par égard aux «connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre»⁽²³⁾. Pourquoi les perceptions prévalant dans la même société autrichienne à propos de l'adoption ou de la filiation sont-elles alors reléguées au rang subalterne de «position de certains pans de la société» dans l'arrêt *X. et autres*? Comment, en d'autres termes, des perceptions propres à un ordre juridique national et relatives à des objets aussi intimement liés que le mariage et la filiation peuvent-elles tantôt être valorisées en tant qu'elles sont «profondément enracinées» et tantôt être reléguées au rang de simples stéréotypes de genres sévissant dans «certains pans de la société» autrichienne?

Dès lors qu'il s'agissait, dans les deux cas, de mettre en question la dimension d'altérité sexuelle caractéristique des institutions cardinales du droit de la famille, il est difficile de comprendre pareil traitement différencié des perceptions relatives au mariage et de celles relatives à la filiation. De manière plus générale, il n'est pas aisé de distinguer ce qui, dans la jurisprudence de la Cour, permet de différencier des «valeurs morales profondes», des «connotations culturelles et sociales», une inquiétude ressentie dans «de larges pans de la société» ou une position limitée à «certains pans de la société» ou bien encore de purs et simples «stéréotypes»⁽²⁴⁾.

14. Si la Cour refuse de conférer un poids substantiel aux conceptions qui prévalent en Autriche relativement au caractère monosexué de la filiation, elle estime par contre devoir reconnaître un poids important à l'argument des requérantes suivant lequel «les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas» (§ 145) dès lors notamment qu'elle a elle-même «fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait» (§ 145).

⁽²⁰⁾ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, § 127.

⁽²¹⁾ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 126.

⁽²²⁾ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 104.

⁽²³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, § 62.

⁽²⁴⁾ Voy. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, §§ 141-142.

À nouveau, l'on ne peut pas ne pas remarquer que l'affirmation de la nécessité de traduire la vie familiale *de facto* dans des statuts juridiques n'est pas constante dans la jurisprudence récente de la Cour européenne.

Certes, dans le célèbre arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994 — relatif à l'impossibilité pour un homme marié de reconnaître l'enfant qu'il avait conçu avec une autre femme — la Cour avait affirmé que l'obligation étatique de prendre les mesures nécessaires pour permettre dès la naissance ou dès que possible l'intégration de l'enfant dans sa famille imposait «d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets»⁽²⁵⁾.

Mais, plus récemment, cette insistance sur «les liens familiaux complets» paraissait avoir cédé le pas à une perception différente suivant laquelle l'essentiel pour un parent et son enfant est que la vie familiale effective ne soit ni entravée ni empêchée. Tel est en tout cas le sentiment que l'on pouvait avoir à la lecture de l'arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 2010 où, relativement à la situation d'un père biologique élevant seul les trois enfants qu'il avait eus avec une femme mariée et privé de la possibilité d'établir sa filiation à leur égard, la Cour avait souligné qu'à «aucun moment depuis la naissance des enfants le requérant [n'avait] été empêché de vivre avec eux ni par les autorités ni par son ex-compagne ou par le mari de cette dernière» avant de conclure, unanimement, à la non-violation de la Convention⁽²⁶⁾. De même, dans un arrêt *Harroudj c. France* daté du 4 octobre 2012, la Cour avait-elle souligné à propos d'une femme française qui réclamait la transformation d'une *kafala* algérienne en adoption que «la requérante ne se [plaignait] pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale» avant de décider, encore à l'unanimité, que l'article 8 n'était pas méconnu en l'espèce⁽²⁷⁾.

L'on peut par ailleurs retrouver le même type d'approche dans l'opinion concordante du juge Spielmann adjointe à l'arrêt *Gas et Dubois* qui, ayant conclu — à la différence des autres juges de la majorité — à la comparabilité de la situation des requérantes à celle d'un couple marié, avait cependant ajouté qu'il ne paraissait «pas évident que [la] différence de traitement soit contraire à la Convention» dès lors notamment que «si la fille des requérantes ne [pouvait] avoir de lien juridique qu'avec sa mère, [...] cela [n'empêchait] pas la vie familiale de se dérouler normalement»⁽²⁸⁾. Dans cette même affaire, le juge dissident, pour qui il y avait lieu de conclure à la violation de la Convention, avait affirmé expressément qu'«il ne se [prononçait] pas [...] sur les questions d'adoption», mais bien, plus pragmatiquement et modestement, sur la possibilité pour l'enfant de «recevoir le meilleur des traitements offerts aux enfants nés dans le cadre d'une relation hétérosexuelle, à savoir l'autorité parentale partagée»⁽²⁹⁾.

Il reste à voir si l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire qui fait l'objet du présent commentaire augure d'une modification durable de la perception par la Cour des rapports entre familles de fait et statuts juridiques.

⁽²⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, § 36.

⁽²⁶⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Chavdarov c. Bulgarie* du 21 décembre 201, § 49.

⁽²⁷⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, § 47.

⁽²⁸⁾ Opinion concordante du juge Spielmann à laquelle se rallie la juge Berro-Lefèvre.

⁽²⁹⁾ Opinion dissidente du juge Villiger.

E. *La marge d'appréciation et le consensus européen*

15. Censée déterminer l'intensité du contrôle des solutions étatiques par les juges de Strasbourg, la marge d'appréciation n'est abordée ici qu'en toute fin de motivation, après que la Cour ait d'ores et déjà exposé qu'il existait «de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale» pour les couples de même sexe (§ 146). Ayant rappelé que la marge d'appréciation est *a priori* étroite lorsqu'est en cause «un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu» et/ou lorsqu'est alléguée l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et qu'elle est en sens inverse normalement plus large quand sont soulevées «des questions morales ou éthiques délicates» (§ 148), la Cour a recherché un éventuel consensus européen sur les questions examinées, à la fois dans la comparaison des législations nationales et dans les textes internationaux pertinents.

Il n'est plus besoin de souligner la grande volatilité de la notion de consensus européen⁽³⁰⁾. Dans la jurisprudence récente relative au droit de la personne et de la famille, cette malléabilité a été le plus souvent mobilisée afin de garantir aux États défendeurs le bénéfice d'une large marge d'appréciation⁽³¹⁾. L'arrêt *X. et autres* apparaît, sous cet angle également, comme un arrêt de rupture.

Ainsi, d'une manière qui peut paraître artificielle, mais qui répond aux choix opérés par la Cour en termes de comparabilité des situations et de circonscription du litige⁽³²⁾, la Cour a expressément circonscrit le champ de son examen de droit comparé aux dix États parties qui permettent l'adoption par les couples non mariés (§ 150)⁽³³⁾. Parmi eux, six traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière et quatre ont adopté la même position que l'Autriche. Pour la Cour, il s'ensuivait que «l'étroitesse de cet échantillon ne [permettait] de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe» (§ 149). L'on se rend compte ici aussi de ce que les choix de cadrage du litige opérés par la Cour conduisent à une appréhension tronquée de la question sous examen. Alors que les questionnements substantiels auxquels s'attache la Cour portent sans ambiguïté sur la possibilité d'établir un double lien

⁽³⁰⁾ P. LAMBERT, «Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité», in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (dir. F. SUDRE), coll. Droit et justice, n° 21, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 64; voy. aussi: J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^e éd., coll. Connaissance du droit, Paris, Dalloz, 2010, pp. 59-63; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 531-535, n° 742-743.

⁽³¹⁾ Voy. à cet égard: B. PASTRE-BELDA, «La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits», *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 254-260; G. WILLEMS, «L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille: respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme», in *Les droits de l'homme: une réalité quotidienne?*, Limal, Anthemis, 2013, à paraître; G. WILLEMS, «Cour de Strasbourg procréation médicalement assistée avec tiers donneur: des choix interprétatifs empreints de judicial self-restraint», *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 509-532.

⁽³²⁾ Voy. *supra*, n° 9 et 10.

⁽³³⁾ La Belgique, l'Espagne, l'Islande, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni (sauf l'Irlande du Nord), la Russie, la Slovénie et l'Ukraine (voy. le § 57 de l'arrêt).



de filiation monosexué, laquelle donne lieu à des positionnements identifiables dans tous les États parties, seuls dix pays sont pris en considération. L'on ne peut à cet égard que souscrire aux interrogations des juges dissidents : « fallait-il se limiter aux seuls États dont l'ordre juridique se prêtait à une comparaison quasi automatique avec celui de l'État défendeur ou bien fallait-il aussi prendre en compte les législations qui s'inscrivaient dans le contexte plus large de l'affaire ? »⁽³⁴⁾.

Traditionnellement à l'écoute des évolutions à l'œuvre dans l'ordre juridique institué par la Convention, le juge européen est également de plus en plus attentif aux sources externes au droit de la Convention⁽³⁵⁾. La Cour s'est dès lors penchée sur deux instruments européens susceptibles de rendre compte d'une convergence européenne.

En premier lieu, la Cour a examiné l'impact potentiel de Convention européenne de 2008 en matière d'adoption des enfants⁽³⁶⁾. Suivant l'article 7 de cette Convention :

- 1 La législation permet l'adoption d'un enfant :
 - a par deux personnes de sexe différent
 - i qui sont mariées ensemble ou,
 - ii lorsqu'une telle institution existe, qui ont contracté un partenariat enregistré;
 - b par une seule personne.
- 2 Les États ont la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples homosexuels mariés ou qui ont contracté un partenariat enregistré ensemble. Ils ont également la possibilité d'étendre la portée de la présente Convention aux couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable.

Pour la Cour, cependant, cet instrument ne peut pas être tenu pour révélateur d'un éventuel consensus européen dès lors qu'il n'a pas été ratifié par l'Autriche et ne l'a été que par un faible nombre d'autres États européens. Comme il a été relevé par les juges dissidents, cette approche de l'impact de la non-ratification sur la pertinence d'une source externe n'apparaît pas conforme à la jurisprudence antérieure. Dès *Marckx c. Belgique*, en effet, la Cour avait affirmé, à propos du faible taux de ratification de la Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962⁽³⁷⁾

⁽³⁴⁾ Opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano et Sicilianos, § 13.

⁽³⁵⁾ Suivant la formule de l'ancien vice-président Rozakis, le juge européen des droits de l'homme ne dit pas le droit depuis une « tour d'ivoire » (C. ROZAKIS, « The Interaction Between the European Court of Human Rights and the Other Courts », *World Conference on Constitutional Justice*, Cape Town, 22-24 January 2009). Voy. aussi : F. SUDRE, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 599 ; F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 433-489 ; P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667-676.

⁽³⁶⁾ Convention européenne du 27 novembre 2008 en matière d'adoption des enfants, signée à Strasbourg le 27 novembre 2008. Le 3 octobre 2013, ce texte avait été ratifié par le Danemark, l'Espagne et la Finlande.

⁽³⁷⁾ Convention de Bruxelles du 12 septembre 1962 sur « l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels », élaborée par la Commission internationale de l'État civil et entrée en vigueur le 23 avril 1964.

et de la Convention européenne du 15 octobre 1975⁽³⁸⁾ que l'«on ne saurait [...] invoquer cet état de choses à l'encontre de l'évolution constatée plus haut. Les deux conventions se trouvent en vigueur et rien ne permet d'attribuer le nombre encore limité des États contractants à un refus de reconnaître l'égalité entre enfants "naturels" et "légitimes" sur le point considéré. En réalité, l'existence de ces deux traités dénote en la matière une communauté de vues certaine entre les sociétés modernes»⁽³⁹⁾.

Elle a au surplus relevé qu'en tout état de cause les dispositions de l'article 7 de la Convention n'impliqueraient pas que les États seraient libres de traiter différemment les «couples hétérosexuels et homosexuels qui vivent ensemble dans le cadre d'une relation stable» (§ 150). Manifestement peu sûre de cette lecture (difficile à combiner avec l'option laissée par le § 2 aux États d'ouvrir ou pas l'adoption aux époux ou aux partenaires enregistrés homosexuels, alors que pareille ouverture est imposée pour les époux et les partenaires hétérosexuels)⁽⁴⁰⁾, elle a finalement exposé que «les États demeurent responsables au regard de la Convention pour les engagements pris en vertu de traités postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention» (§ 150).

La Cour a examiné, en second lieu, la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre⁽⁴¹⁾, dont elle a relevé que le paragraphe 23 «[invitait] les États membres à garantir l'application des droits et obligations conférés aux couples non mariés sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexe différent» (§ 150). Cette analyse paraît cependant elle aussi peu conforme à la lettre du texte considéré⁽⁴²⁾.

Ainsi, le paragraphe 23 de la recommandation considérée dispose, si l'on en lit l'intégralité que :

Lorsque la législation nationale confère des droits et des obligations aux couples non mariés, les États membres devraient garantir son application sans aucune discrimination à la fois aux couples de même sexe et à ceux de sexes différents, y compris en ce qui concerne les prestations de pension de retraite du survivant et les droits locatifs.

Le paragraphe 27 qui vise, quant à lui, précisément l'adoption d'enfants prévoit plus particulièrement que :

Tenant compte du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être la considération première dans les décisions en matière d'adoption d'un enfant, les États membres dont la législation nationale permet à des personnes célibataires d'adopter des enfants

⁽³⁸⁾ Convention du 15 octobre 1975 «sur le statut juridique des enfants nés hors mariage».

⁽³⁹⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 41. Voy. aussi, beaucoup plus récemment : Cour eur. D.H., arrêt *Bajrami c. Albanie* du 12 décembre 2006, § 67.

⁽⁴⁰⁾ Voy. opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano et Sicilianos, §§ 19-20.

⁽⁴¹⁾ Recommandation CM/Rec(2010)5, adoptée le 31 mars 2010 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

⁽⁴²⁾ Voy. opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano et Sicilianos, § 21.

devraient garantir son application sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

Comme on le voit, la teneur de ces dispositions ne paraît pas en mesure de procurer un socle solide sur lequel affirmer «une communauté de vues au sein des sociétés modernes»⁽⁴³⁾ sur la question de l'adoption coparentale.

16. Ayant ainsi considéré que le droit comparé et le droit international ne pouvaient avoir d'influence décisive sur l'amplitude de la marge de manœuvre à concéder aux États, la Cour a décidé — mais par seulement dix voix contre sept — que, quelle que soit la difficulté et la délicatesse de «la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles», le gouvernement autrichien «[n'avait] pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant» en sorte que les articles 14 et 8 combinés de la Convention avaient été violés (§ 146).

CONCLUSION

17. L'arrêt *X. et autres c. Autriche* a assurément constitué une surprise⁽⁴⁴⁾ dans un contexte où la Cour paraissait avoir adopté une position de retenue jurisprudentielle (*judicial self restraint*)⁽⁴⁵⁾ sur les questions ressortissant au droit des personnes et de la famille⁽⁴⁶⁾. Les choix interprétatifs posés par la Cour européenne dans cette importante affaire, tels qu'ils ont été sommairement passés en revue dans la présente note, appellent deux remarques transversales et conclusives.

En premier lieu, la Cour a tenté de circonscrire la portée de son arrêt à la question de l'accès des homosexuels à l'adoption coparentale lorsque celle-ci est ouverte aux couples de concubins hétérosexuels. Selon nous, elle l'a fait pour de mauvaises raisons et n'y a pas réussi. En effet, d'un côté, le couple homosexuel

⁽⁴³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 41.

⁽⁴⁴⁾ Les juges dissidents ont d'ailleurs expressément affirmé que «le sens de l'interprétation évolutive, telle que conçue par la Cour, est d'accompagner, voire de canaliser les changements [...] non pas de les précéder et encore moins d'essayer de les imposer. Sans aucunement exclure que les conditions qui prévaudront en Europe à l'avenir puissent aller dans le sens apparemment voulu par la majorité, tel ne semble pas être le cas, on l'a vu, à l'heure actuelle. Nous estimons en conséquence que la majorité est allée au-delà des limites habituelles de la méthode d'interprétation évolutive» (opinion partiellement dissidente commune aux juges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, de Gaetano et Sicilianos, § 23).

⁽⁴⁵⁾ Voy. par exemple à propos des attitudes plus ou moins «activistes» ou «retenues» successivement et alternativement adoptées par les juges européens : M.-E. BAUDOUIN, «Consonances et dissonances dans le discours européen des droits de l'homme. Violationnistes et étatistes : la définition du rôle du juge européen», in *Les droits de l'homme ont-ils institutionnalisés le monde?* (dir. S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 65-92 ; D. POPOVIC, «Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *Creighton L. Rev.*, 2009, pp. 361-396.

⁽⁴⁶⁾ B. BELDA, *op. cit.*, p. 257.



privé d'accès au mariage nous paraît comparable au couple hétérosexuel marié. De l'autre, les positionnements adoptés par la Cour dans sa motivation concernent de manière générale la pertinence de l'orientation sexuelle en matière d'adoption coparentale, voire d'adoption tout court⁽⁴⁷⁾.

En second lieu, la Cour a appréhendé la filiation d'une manière très différente de celle dont elle avait appréhendé le mariage dans *Schalk et Kopf*: le rapport entre les représentations prévalant dans la société et la nécessité de traduire dans une institution juridique spécifique la famille de fait y est totalement inversé. Les juges européens disent, dans *Schalk et Kopf*, que la conjugalité homosexuelle ne doit pas nécessairement s'incarner dans le mariage (ni même dans un statut substantiellement équivalent) et, dans *X. et autres*, que l'homoparentalité devrait se traduire dans la filiation. Or, les institutions du mariage et de la filiation sont étroitement connectées et devraient *a priori* être traitées de manière cohérente. Dans son opinion concordante adjointe à l'arrêt *Gas et Dubois c. France*, le juge Costa avait d'ailleurs pu expressément souligner le lien qui unissait «les institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage» et la nécessité corrélative d'appréhender l'adoption homosexuelle de la même manière que le mariage homosexuel au titre de «la cohérence de la politique jurisprudentielle» de la Cour⁽⁴⁸⁾.

L'on pourrait objecter, d'une part, que la position du mariage, dans le droit de la Convention, est extrêmement particulière dès lors qu'il s'agit de la seule institution juridique qui a fait, dans le texte de 1950, l'objet d'une disposition spécifique, l'article 12, dont la formulation et, partant, l'interprétation se distinguent fortement de celles de l'article 8 qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale⁽⁴⁹⁾. Cependant, quoi qu'elle ne bénéficie pas de semblable traitement de faveur, la filiation ne nous paraît pas pouvoir s'appréhender comme une simple technique juridique dépourvue de poids institutionnel et semble au contraire tout autant pétrie de connotations «profondément enracinées» que le mariage.

L'on pourrait objecter, d'autre part, que la filiation adoptive, qui fait l'objet de l'arrêt annoté, se distingue de la filiation dite «charnelle» ou «originale» en

⁽⁴⁷⁾ À cet égard, il nous paraît que c'est cette problématique générale qui aurait dû faire l'objet de recherche de droit comparé et international pour les besoins de l'appréciation de l'amplitude de la marge de manœuvre étatique.

⁽⁴⁸⁾ Voy. à cet égard aussi l'intéressante opinion dissidente qui avait été jointe à l'arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* par le juge Morenilla: «La Cour se trouve confrontée à un épineux dilemme: «éviter le risque d'excéder le rôle judiciaire d'interprétation qui lui a été conféré en mettant à mal des décisions politiques prises par des corps représentatifs élus, qui, dans les sociétés démocratiques, assument la responsabilité principale pour ce qui est de la réalisation des changements législatifs importants, tout en n'abdiquant pas sa propre responsabilité, consistant à contrôler de manière indépendante l'action des gouvernements» et «ce dilemme est encore plus grand dans les matières, comme le mariage, le divorce, la filiation ou l'adoption, car elles mettent en jeu les conceptions religieuses, idéologiques ou traditionnelles existantes de la famille dans chaque communauté».

⁽⁴⁹⁾ Voy. à propos des discussions qui ont eu lieu relativement à l'insertion de l'article 12 dans la Convention: M. ENRICH MAS, «Article 12», in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* (sous la dir. de L. E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT), 2^e éd., Paris, Economica, 1999, pp. 437-454.

ce qu'elle est, par essence, une filiation fondée sur la volonté plutôt que sur les exigences de la biologie et qu'elle se prêterait davantage, à ce titre, à l'accueil des familles homoparentales. Il n'en reste pas moins que cela aussi donne lieu à de vives controverses dans différents cénacles internes et qu'il eut alors fallu appréhender de front cette question. Or, pas plus que la signification globale de la filiation, cette question n'est traitée par le juge européen des droits de l'homme⁽⁵⁰⁾.

L'on est alors tenté de conclure que *Gas et Dubois* est insuffisant là où *X. et autres* est excessif. La famille de l'affaire française nous paraissait pouvoir réclamer le bénéfice d'un cadre sécurisant et épanouissant pour le déploiement de sa vie familiale : telle est l'insuffisance de *Gas et Dubois*. La famille de l'affaire autrichienne nous paraissait pouvoir se trouver reconnue par d'autres voies que la filiation adoptive : tel est l'excès de *X. et autres*. Plutôt que d'aboutir dans les deux affaires à des résultats si différents pour des situations si semblables, n'était-il pas concevable d'astreindre la France comme l'Autriche à faire preuve de créativité en procurant aux individus dans la situation des requérantes des formules alternatives à la parenté ? Pareille insistance sur l'égalité substantielle plutôt que sur l'identité institutionnelle aurait au demeurant rendu l'arrêt *X. et autres* articulable avec l'arrêt *Schalk et Kopf*, le tout sans préjudice de la poursuite du perpétuel dialogue constitutionnel qui fait l'essence des relations entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autorités nationales.

Geoffrey WILLEMS

⁽⁵⁰⁾ Voy. : S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale », *cette Revue*, 2013, pp. 197-203 ; N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 4 et s. ; S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE, A. MOLIÈRE et S. TÊTARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, filiation, origines : Le droit et l'engendrement à plusieurs* (sous la dir. de H. FULCHIRON et J. SOSSON), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 89-134.