

## Les droits fondamentaux des « nouvelles familles » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Hélène SURREL

*Professeure, Sciences Po Lyon, CEE-EDIEC (E.A. 4185)*

On le sait, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, est le terrain de prédilection du développement des droits par la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui n'est pas sans susciter de vives controverses, comme en atteste, dès l'arrêt fondateur *Marckx c. Belgique*, l'opposition à l'appréhension élargie de la « vie familiale » du juge Sir Gerald Fitzmaurice dans une opinion dissidente restée célèbre<sup>1</sup>. Ici, le juge européen recourt assez fréquemment à l'interprétation consensuelle et mobilise aussi la théorie des obligations positives, l'article 8 impliquant la consécration de pareilles obligations inhérentes à un respect effectif de la vie privée et/ou familiale. Ainsi, lorsque l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, un État partie doit agir de manière à permettre à ce dernier de se développer et doit accorder « une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »<sup>2</sup>. En outre, la clause de non-discrimination de l'article 14 de la Convention permet aussi de renforcer le niveau de protection du droit au respect de la vie privée et familiale.

Confrontée à des questions éthiques, souvent qualifiées de complexes et délicates, la Cour de Strasbourg doit tenir compte des évolutions substantielles affectant la notion même de « famille » avec l'apparition de nouvelles configurations familiales au regard des évolutions sociétales mais aussi de celles relatives aux tech-

---

1 Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979 ; voir A. GOUTTENOIRE in Fr. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2022, n° 51.

2 *Ibid.*, § 31.

niques médicales. Et, en ce domaine, sa tâche s'avère particulièrement difficile. Parfois critiquée pour avoir devancé des évolutions sociétales, elle recherche donc un équilibre entre le développement des droits et une certaine audace et le respect de la diversité des solutions nationales. Mais dans la mesure où la Convention européenne est « un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles »<sup>3</sup>, les États parties doivent « 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 vie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale »<sup>4</sup>.

Dans cette perspective, l'existence de liens familiaux *de facto* a très tôt été reconnue, le concept de « vie familiale », qui inclut les intérêts matériels, ne se bornant pas aux seules familles fondées sur le mariage<sup>5</sup>. Ce qui est décisif, ici, c'est la réalité concrète de la relation entre les personnes concernées, autrement dit l'effectivité du lien familial. Dès lors, remettant notamment en cause le primat de la famille dite légitime, la Cour reconnaît l'existence de nouvelles familles comme la famille naturelle et la famille monoparentale<sup>6</sup>. Elle considère que la notion de « vie familiale » englobe aussi les relations entre des partenaires non mariés et leurs enfants qu'il existe ou non un lien de filiation légalement établi<sup>7</sup> ou encore affirme l'égalité des droits successoraux des enfants<sup>8</sup>.

Dès la fin des années 1970, ses choix vont donc considérablement influencer les droits des États parties et continuent de le faire, l'évolution de sa jurisprudence étant encouragée, en ce domaine, par les nombreux tiers intervenants dans les affaires soumises à son examen.

Plus récemment, confronté à l'apparition de nouveaux modèles familiaux, le juge européen a inmanquablement été appelé à « contrôler le refus des États européens de reconnaître les liens familiaux de fait, constitués en dehors des structures juridiques reconnues par le droit »<sup>9</sup>, plus particulièrement s'agissant de familles dont les parents sont de même sexe ou de familles fondées sur un projet parental faisant intervenir un tiers.

Ainsi a-t-il non seulement reconnu l'existence de ces « nouvelles familles » mais a-t-il aussi, progressivement, défini leurs droits, consacrant dès lors certaines

3 Cour EDH, arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31.

4 Cour EDH, gde ch., arrêt *Vallianatos e.a. c. Grèce*, 7 novembre 2013, § 84.

5 Cour EDH, arrêt *Marckx c. Belgique*, préc., § 31.

6 *Ibid.* Voir, par exemple, Cour EDH, arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 juin 2007 : femme célibataire ayant adopté un enfant au Pérou.

7 Cour EDH, arrêt *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, §§ 44-45.

8 Cour EDH, arrêt *Mazurek c. France*, 1<sup>er</sup> février 2000.

9 A. GOUTTENOIRE, « La Cour européenne des droits de l'homme et les parentés particulières », in *Mélanges Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 295.

obligations à la charge des États de façon à garantir l'effectivité de leur vie familiale. Pour autant, dans certains cas, il ne se place pas sur le terrain du droit au respect de la vie familiale mais sur celui du seul droit au respect de la vie privée.

Tout en concédant, généralement, une marge nationale d'appréciation assez large, particulièrement quant aux moyens à mettre en œuvre, la Cour veille à ce que ces vies familiales spécifiques fassent l'objet d'une réelle protection sans pour autant heurter frontalement la pluralité des États. Et, comme le relève Adeline Gouttenoire, la jurisprudence européenne est bien globalement respectueuse du principe de subsidiarité, le juge européen faisant même, assez souvent, preuve d'une certaine réserve<sup>10</sup>.

Dans ce cadre, la jurisprudence a plus particulièrement concerné, ces dernières années, deux types de « nouvelles familles » : la famille homosexuelle, d'une part, et des familles singulières fondées sur l'existence d'un projet parental, d'autre part.

## I. La famille homosexuelle

Assez abondante, la jurisprudence européenne a porté sur la relation de couple et sur les droits du parent homosexuel.

### A. La reconnaissance de la relation de couple

Pendant longtemps, le juge européen ne reconnaît pas l'existence d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 au profit des personnes entretenant une relation homosexuelle stable mais seulement d'une « vie privée » « en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé » et nonobstant l'existence d'une évolution dans plusieurs États parties quant à la reconnaissance juridique des unions de fait stables entre des personnes de même sexe<sup>11</sup>.

C'est avec l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010 qu'il modifie sa jurisprudence en considérant, pour la première fois, que la relation entre deux personnes de même sexe est bien constitutive d'une « vie familiale »<sup>12</sup>. Il serait, en effet, désormais « artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une “vie familiale” aux fins de l'article 8 » au regard de l'« évolution rapide dans de nombreux États membres » depuis la décision précitée *Mata Estevez*. Dès lors, « la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait

10 A. GOUTTENOIRE, « Les règles communes relatives à la famille », in Fr. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2014, p. 207.

11 Cour EDH, décision *Mata Estevez c. Espagne*, 10 mai 2001, n° 56501/00.

12 JCP G, 2010, act. 1013, H. FULCHIRON.

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 » (§§ 93-94). Cette position est ensuite confirmée dans l’arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010 (§ 30), la vie familiale entrant d’ailleurs en jeu même en l’absence de cohabitation des intéressés aux termes de l’arrêt précité *Vallianatos e.a. c. Grèce*, dans lequel certains des requérants formaient un couple homosexuel stable mais ne vivaient pas ensemble (§ 76).

Au-delà de la reconnaissance de cette vie familiale, le juge européen a aussi été appelé à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de l’absence de mariage homosexuel ou de reconnaissance juridique des couples formés de deux personnes de même sexe.

Dans l’affaire précitée *Shalk et Kopf*, il considère, sans surprise, que l’impossibilité de se marier ne méconnaît ni l’article 12 consacrant le droit au mariage, ni l’article 14 combiné avec l’article 8. La Cour avait, en effet, déjà mis l’accent, dans l’affaire *Parry c. Royaume-Uni* (28 novembre 2006), sur le fait que confrontée à des « choix moraux » ayant un « caractère sensible » et « au souci de favoriser la stabilité familiale », elle devait « se garder de substituer précipitamment son propre jugement à la réflexion des autorités qui sont le mieux placées pour évaluer les besoins de la société et y répondre ». Et si certains États parties ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe, « il ne s’agit là que de leur propre conception du rôle du mariage dans la société qui est la leur ; ce choix ne découle pas, même si beaucoup peuvent trouver cela regrettable, d’une interprétation du droit fondamental énoncé par les États contractants dans la Convention de 1950 »<sup>13</sup>.

Dans une approche comparable est souligné, dans l’arrêt précité *Schalk et Kopf*, le fait que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d’une société à une autre », les autorités nationales étant dès lors « les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre » (§ 62).

Prenant ensuite appui sur les principes dégagés à propos des personnes transsexuelles, la Cour rappelle « l’attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l’article 12 » (§ 51) puis constate qu’il n’existe pas, à la différence du mariage de personnes transsexuelles<sup>14</sup>, de consensus européen sur le mariage homosexuel. Si l’institution du mariage a bien été « profondément bouleversée par l’évolution de la société depuis l’adoption de la Convention », seuls six États parties sur quarante-sept l’autorisent (§ 58). Partant, « en l’état actuel des choses, l’autorisation ou l’interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants » (§ 61).

Au regard de ce constat, une obligation d’ouvrir le mariage aux couples homosexuels ne résulte pas non plus de l’article 14 combiné avec l’article 8 de la

13 Cour EDH, décision *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, n° 42971/05.

14 De manière néanmoins discutée : Cour EDH, gde ch., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, § 103.

Convention, position qui est ensuite confirmée avec l'arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016.

Le juge européen examine également, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, l'allégation de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en raison de l'absence de dispositif permettant de faire reconnaître juridiquement la relation des requérants avant l'entrée en vigueur de la loi autrichienne sur le partenariat enregistré. Or, ici, le législateur n'était certes pas « à l'avant-garde », mais cette nouvelle loi reflétait justement l'évolution en cours, qui s'inscrivait « dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître » (§ 106). Les États parties faisant bénéficier les couples homosexuels d'une possible reconnaissance juridique n'étaient, en effet, pas encore majoritaires.

Mais dans la mesure où ces derniers sont bien dans une situation analogue à celle des couples hétérosexuels pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation, le juge européen devait apprécier si l'Autriche était tenue de prévoir un mode de reconnaissance juridique de leur relation plus tôt qu'elle ne l'avait fait, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

Si le motif de distinction en jeu commande en principe un contrôle exigeant, la Cour vérifiant l'existence de « considérations très fortes », seules à même de justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle<sup>15</sup>, il est, ici, neutralisé par l'absence de consensus européen. Pour autant, le fait que l'arrêt *Schalk et Kopf* ait été rendu à une majorité serrée annonçait un possible revirement de jurisprudence<sup>16</sup>. Et la position du juge européen va, en effet, connaître une évolution en deux temps.

Il sanctionne, en un premier temps, l'exclusion discriminatoire des couples homosexuels, de l'accès à une reconnaissance juridique de leur union, et, en un second temps, se montre plus exigeant en consacrant l'obligation positive, au regard du seul article 8, d'offrir un statut juridique aux couples de même sexe.

En premier lieu, dans l'affaire précitée *Vallianatos e.a.*, les requérants jugeaient discriminatoire l'exclusion tacite des personnes de même sexe du bénéfice du pacte de vie commune, dont le bénéfice était réservé aux couples hétérosexuels non mariés.

Bien que se trouvant dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles, ces derniers faisaient ainsi l'objet d'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Or, pareille différence appelle non seulement une marge nationale d'appréciation étroite, mais commande un contrôle particulièrement exigeant, l'État défendeur, tenu de tenir compte de l'évolution de la société, devant démontrer que l'objectif poursuivi justifiait bien l'exclusion litigieuse.

15 Par exemple, Cour EDH, arrêt *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 37.

16 Voir l'opinion dissidente des juges Rozakis, Spielmann et Jebens selon lesquels les « considérations très fortes » à même de justifier l'absence de tout cadre juridique faisaient défaut en l'espèce.