La protection juridique des nouvelles formes familiales

Daniel Borrillo

▶ **To cite this version:**

Daniel Borrillo. La protection juridique des nouvelles formes familiales : Le cas des familles homoparentales. Mouvements : des idées et des luttes, 2000, Le Mécano Familial. Les nouveaux enjeux politiques de la vie privée, mars-avril (8). hal-01242230

HAL Id: hal-01242230
https://hal.science/hal-01242230

Submitted on 11 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La protection juridique des nouvelles formes familiales : le cas des familles homoparentales

PAR
DANIEL BORRILLO*

L'un des enjeux principaux des débats sur le PaCS repose sur une définition de la famille, comme construction sociale, par nature jamais figée, ou comme entité universelle. C'est sur ce terrain que peut être analysée la portée de la reconnaissance de l'homoparentalité. Ces débats ne sont pas nouveaux et pas spécifiquement français. La jurisprudence européenne a eu en la matière plusieurs fois l'occasion de trancher, mettant notamment en avant la notion plus pragmatique de « vie familiale ».

Du droit de la famille au droit de l'homme à la famille

Le récent débat autour du PaCS, de la reconnaissance des unions de même sexe ou de l'élargissement éventuel de la qualité de famille aux couples et aux parents homosexuels, met en évidence une tension idéologique opposant deux conceptions politiques de la famille.

La reconnaissance des familles homoparentales a créé une nouvelle ligne de partage entre les partisans d'une famille de nature universelle, fondée sur la différence de sexe et ceux qui, refusant toute référence transcendante, conçoivent la famille comme une construction sociale au service du bonheur individuel.

Les défenseurs du premier modèle, bien que provenant d'horizons très variés, partagent tous la même croyance en une dimension canonique et supra-individuelle de la famille. Que ce soit au nom de l'ordre symbolique ou en vertu de la loi naturelle, qu'il s'agisse du mariage classique ou du couple parental, la famille doit nécessairement se fonder sur la différence de sexe, instituée en tant que règle anhistorique. Aussi bien au niveau de l'alliance qu'à celui de la filiation, la différence de sexe constitue un ordre extérieur, indisponible pour les individus et s'imposant même au législateur. C'est ainsi le canon, en tant que règle énoncée par le droit, qui consacre l'entité familiale déterminée *a priori* comme nécessairement hétérosexuelle. Les gays et les lesbiennes se trouvent par conséquent exclus du droit à fonder une famille en vertu de cette exclusivité du modèle hétérosexuel, seul capable de garantir la stabilité sociale et l'équilibre individuel.

Face à cette conception normative de la famille, fondée sur une idée du

*Juriste à l'université de Paris X-Nanterre

droit comme instrument d'orthopédie social, se développe progressivement une autre manière de penser l'organisation familiale et les instruments juridiques qui permettent de la protéger. En effet, l'éclatement de la famille traditionnelle, la généralisation de l'union libre, le nombre croissant d'enfants nés hors mariage, le désir de filiation des couples homosexuels, ont obligé le droit à proposer des règles plus adaptées aux nouvelles formes d'organisation sociale. Comme le note Carbonnier, de nos jours « la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit de la famille ; nous parlons plutôt d'un droit de l'Homme à la famille : c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'État »[1]. La primauté de l'individu et le caractère contractuel apparaissent pour cette conception comme les éléments constitutifs des familles contemporaines. À la différence de la conception *canoniste*, cette vision que nous pouvons appeler *phénoménologique* privilégie l'autonomie de la volonté, l'immanence et la liberté. À la famille canonique définie du haut par le droit étatique sur les bases du code civil, la philosophie des droits de l'homme oppose le concept de « vie familiale », protégée par la Convention européenne, plutôt comme une situation de fait que comme une catégorie d'État.

1. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat défrennois, 1979, p. 171-172.

L'analyse de l'évolution de la jurisprudence européenne que je propose permet de mettre en relief l'importance de cette notion de « vie familiale », plus à même de protéger la pluralité des familles : l'homoparentalité serait ainsi considérée comme une forme aussi légitime que toute autre organisation familiale.

● La Convention européenne et la protection de la vie privée

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'un des plus riches en matière de droits protégés, indique :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Entre 1955 – date à laquelle la première plainte d'un homosexuel a été déposée – et 1977, la Commission a considéré que si la « vie sexuelle » relève du domaine de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, les ingérences de l'État dans ce droit qui consistaient à pénaliser les relations homosexuelles étaient justifiées par la poursuite des buts « légitimes », en particulier la protection de la santé et de la morale ou celle des droits d'autrui. De nombreux homosexuels européens souffraient de leurs années de réclusion et étaient soumis à de violents traitements par électrochoc sans que la Commission considère recevable leurs dénonciations.

C'est en 1977, vingt-deux ans après la première affaire, que la Commission déclare admissible une requête concernant l'homosexualité.

Ainsi, pour la première fois dans l'affaire X c. Royaume-Uni, la Commission analyse une plainte contre une loi pénalisant la sodomie, disposition considérée comme pouvant être éventuellement incompatible avec la notion de « vie privée » protégée par la Convention. Mais il faudra attendre quatre ans pour que l'incompatibilité d'une telle législation avec la Convention soit formellement déclarée. En effet, en 1981 la Cour condamne l'État britannique[2] en considérant que le maintien de la pénalisation des rapports homosexuels entre adultes consentants constitue une violation du droit à la vie privée protégée par l'article 8. Plus tard, à deux reprises, la Cour confirmera son point de vue en condamnant d'abord l'Irlande[3] et ensuite Chypre[4].

2. *Dudgeon c. Royaume-Uni et Irlande du Nord*, 22 octobre 1981.

3. Le 26 octobre 1988 dans l'affaire *Norris*.

4. Dans l'affaire *Modinos* du 22 avril 1993.

La protection de la vie familiale

Alors que les organes de la Convention ont accepté le droit au respect de la vie privée pour les homosexuels, en revanche, ils refusent de reconnaître aux gays et aux lesbiennes le droit au respect de la vie familiale. De nombreuses requêtes ont été rejetées par la Commission au motif qu'en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité, des relations homosexuelles durables ne relèvent pas du droit de la vie familiale protégée par l'article 8 de la Convention[5]. Malgré cette jurisprudence de la Cour, une évolution semble possible pour des raisons internes au fonctionnement de la logique des droits de l'homme en Europe.

5. Requête n° 9369/81, 3 mai 1983.

Tout d'abord rappelons-nous que la Convention européenne est considérée par la Cour comme « un instrument vivant qui doit être interprété selon les conditions actuelles d'application » [6]. En effet, l'interprétation sociologique a été systématiquement utilisée par la Cour en considérant que la philosophie des droits de l'homme ne peut nullement être cristallisée dans une norme juridique, celle-ci étant une déclaration de principes susceptible d'évoluer. La Convention doit être interprétée donc « à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés démocratiques » [7], caractérisées par « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » [8].

6. *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979.

7. *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

8. *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976.

En ce sens, l'évolution herméneutique de la notion de « vie privée » a permis de protéger efficacement les rapports homosexuels entre adultes consentants. Il n'y a pas de raisons pour qu'un développement similaire ne se produise pas en relation avec la notion de « vie familiale » et ceci pour des motifs qui tiennent de la nature même de cette notion. En effet, la « vie familiale » est interprétée par la Cour de Strasbourg de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment de la qualification que les États font des liens entre personnes. Autrement dit, peu importe si une situation est considérée comme une famille par les États membres, la Cour se réserve la liberté d'analyser cas par cas et de décider en fonction des critères propres, sans tenir nécessairement compte du droit national. Ainsi, la stabilité de la relation, la contribution à l'entretien du foyer, la durée du lien ou la volonté des parties peuvent-elles être considérées comme des éléments suffisants pour qualifier une situation spécifique comme étant une vie familiale. Par exemple, dans l'affaire *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, la Cour a décidé que l'article 8 ne se limite pas à protéger les relations fondées sur le mariage et qu'une vie commune constitue une vie familiale. Ou encore,

dans l'affaire *Ezzerouali*, malgré la situation polygamique, la Cour a néanmoins considéré qu'un homme marocain marié en Hollande avait un lien familial avec ses enfants issus d'un autre mariage dans son pays d'origine et qu'il pouvait faire venir ses enfants aux Pays-Bas où il habite régulièrement. Son droit se trouve ainsi effectivement protégé par l'article 8 sous la qualification de « vie familiale ».

Concernant la reconnaissance des familles homoparentales, deux autres arrêts de la Cour me semblent décisifs : l'affaire *X, Y, Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997 et *Sutherland c. Royaume-Uni* du 1er juillet 1997. Dans la première affaire, « X » est un transsexuel femme-homme, « Y » est sa compagne, une femme hétérosexuelle et « Z » leur fille issue d'une insémination artificielle avec donneur. X, le transsexuel, demande aux autorités britanniques de l'inscrire en tant que père de Z, l'État refuse la demande en signalant que du fait qu'il n'y pas de changement d'état civil, X est toujours considéré comme une femme et qu'en ce sens il ne peut pas se réclamer de la paternité de Z : une femme ne peut pas être un père. La famille en question fait appel à la Cour européenne et celle-ci note que « lorsqu'il s'agit de décider s'il y a vie familiale un certain nombre de facteurs entrent en considération tels que le temps de vie commune, la qualité de la relation, leurs compromis mutuels, la présence d'enfants » en somme, tout élément susceptible d'informer de la réalité familiale factuelle. La Cour a reconnu qu'il existe une famille *de facto* entre une femme, un transsexuel et leur enfant issu d'une insémination artificielle avec donneur.

Dans l'affaire *Sutherland*, il s'agit d'un garçon qui porte plainte devant la Cour considérant qu'il y a une ingérence illégitime de l'État ainsi qu'un traitement discriminatoire du fait qu'en tant qu'homosexuel de 16 ans il ne peut pas s'engager dans une relation sexuelle avec une personne de son sexe et de son âge, la loi anglaise établissant la majorité sexuelle pour les gays à 18 ans alors que pour les hétérosexuel/les elle est fixée à 16 ans. En vu de la protection de la vie privée, la Commission a considéré qu'il existe une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Partant de l'interprétation faite par la Commission, il est difficile d'imaginer que s'agissant de la vie familiale (valeur juridique plus importante qu'une simple relation sexuelle) la Cour puisse continuer à refuser aux familles homoparentales la protection de l'article 8. En effet, peut-on estimer qu'il y a une discrimination basée sur la sexualité lorsqu'il s'agit de la vie privée et ignorer une telle discrimination lorsqu'il est question de la vie familiale ? D'autant plus que cette même Cour, dans un récent arrêt, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, statue que le refus de l'autorité parentale pour un père homosexuel constitue une violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle[9].

L'interprétation des juges français semble aller dans cette direction. En effet, le tribunal administratif de Paris a rendu une décision le 15 mai dernier en annulant un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière d'un Colombien sans permis de résidence en couple depuis dix-huit ans avec un homme en arguant que la vie de couple menée par celui-ci constituait

9. Cette décision du 21 décembre 1999 est d'une importance capitale car, pour la première fois, la Cour considère que l'orientation sexuelle est « couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention ».

une vie de famille normale dans le sens de l'article 8 de la Convention européenne.

Le but de l'article 8 n'est pas tant de protéger la famille dans le sens classique, traditionnellement donné à celle-ci par les États, mais plutôt l'exercice du droit subjectif à la vie familiale. La Convention assure le respect de la dignité humaine en garantissant aux individus la possibilité et surtout la liberté d'organiser leur vie privée et leur vie familiale comme ils entendent le faire. La Cour elle-même a pu signaler que « l'article 8 comprend le droit de créer et développer des relations avec d'autres individus ». Au nom de quel principe cette même Cour pourra-t-elle continuer de refuser la qualification de « vie familiale » lorsqu'il s'agit de deux adultes du même sexe, qui décident de fonder une relation sur la base de l'affection réciproque ? Peut-on imaginer que la relation entre deux personnes du même sexe et leurs enfants issus d'une procréation adoptive, biologique, d'une procréation médicalement assistée ou de toute autre technique reproductive puisse rester en dehors de la protection de l'article 8 ?

● Le modèle phénoménologique ou la vie des individus contre l'ordre institutionnel

La notion de « vie familiale » mérite d'être davantage approfondie. Elle nous permet de porter un autre regard sur le débat à propos de l'ouverture de la famille aux homosexuels. Pouvant se penser indépendamment de la notion de Famille (au singulier et en majuscule), la « vie familiale » ne dépend pas de la qualification de l'État mais de la relation elle-même qui se trouve protégée en tant que telle par la Convention européenne (après analyse au cas par cas et dans le cadre du contentieux). Outre le statut juridique formel octroyé par les États et afin de qualifier l'existence de « vie familiale », la Cour tient compte surtout des réalités factuelles. Ainsi des facteurs tels la stabilité de la relation, sa durée, l'intention des partenaires et leur degré d'engagement et de responsabilité seront-ils considérés avec la même attention que les notions classiques de mariage, adoption ou procréation biologique.

Systématiquement les juges européens se sont prononcés sans tenir compte des institutions étatiques. En effet, en 1979 la Cour considère qu'il n'existe pas de différence entre les familles légitimes ou illégitimes, elles sont toutes protégées avec la même vigueur par l'article 8. En 1986, la Cour rappelle que la vie familiale n'est pas confinée au mariage et, huit ans plus tard, elle considère qu'un lien de sang et la simple volonté de maintenir des relations avec sa progéniture sont suffisantes pour invoquer la protection de l'article 8. Dans les affaires la Cour rappelle que la notion de vie familiale comprend également les liens entre différents membres de la famille[10], tels les grands-parents, les oncles, les cousins, etc.

À la différence de la conception institutionnelle, le titulaire de la protection de la « vie familiale » est toujours l'individu. C'est pourquoi « vie familiale » et « vie privée » sont indissociables. La Convention a voulu ainsi protéger tous les individus contre les ingérences de l'État dans la sphère personnelle. Notons que, contrairement à ce qui est proposé par la pro-

10. *Marckx c. Belgique* (1979) et *Bronda c. Italie* (1998).

11. « Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps » Rapport au Garde des Sceaux

chaine réforme française[11], ce n'est pas la différence de sexe ou la présence d'enfants qui détermine la famille.

Chaque situation soumise à la Cour est différente et les raisons qui la mènent à considérer l'existence d'une vie familiale ne constituent nullement une règle fixe. Si les homosexuels ont été jusqu'alors exclus de cette protection, l'évolution de la jurisprudence ainsi que la pression du Parlement européen[12] représentent des éléments prometteurs pour une future protection efficace des familles homoparentales. Notons également que le nouvel article 13 du traité de Rome modifié par le traité d'Amsterdam habilite le Conseil à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Cette disposition pourrait également jouer un rôle important dans l'égalité des familles homosexuelles.

● Liberté individuelle et ordre symbolique

La notion de « vie familiale » est particulièrement féconde pour la défense du pluralisme familial. Elle permet d'échapper à toutes les rigidités et les certitudes des conceptions conservatrices qui ne cessent de définir la famille en fonction d'éléments transcendant l'individu, en l'inscrivant soit dans l'ordre naturel soit dans l'ordre symbolique. La « vie familiale » est nécessairement plurielle, incertaine et soumise à une interprétation mouvante ; la plasticité du terme se reflète dans le langage des juges européens qui, au lieu de parler de « famille », utilisent plus fréquemment les termes « famille à certains égards », « famille *de facto* », « famille embryonnaire », « cellule familiale », « lien familiaux » ou encore « relation familiale ».

La notion de « vie familiale » n'est nullement au service d'un quelconque ordre métaphysique puisqu'elle n'a besoin ni de l'ordre naturel, ni de l'ordre symbolique de la différence des sexes, ni même de celui de la loi pour qualifier le lien. L'idéologie hétérosexiste qui inspire la réforme française consiste à reconnaître le couple homosexuel sous condition expresse de ne pas tirer des conséquences en matière de filiation et d'autorité parentale[13] et, comme nous l'avons noté, ce sont ces éléments-ci qui définissent la famille. La boucle est bouclée : pas de familles pour les homosexuels et ceci au nom d'une valeur encore plus élevée que l'intérêt de l'enfant : l'ordre symbolique[14]. Face au pluralisme affiché par la Convention, les experts français nous proposent une nouvelle certitude érigée en norme familiale : « la famille biparentale, hétérosexuelle et indissoluble même en cas de séparation des parents »[15].

La notion de « vie familiale » s'oppose à l'évidence aux effets néfastes des ordres solidement établis et, au-delà de toutes les emprises symboliques, elle n'est autre chose que la manifestation des rencontres, des vies communes, des engagements que les individus, indépendamment de leur sexe et de leur sexualité, tissent tout au long de leur existence. ●

du groupe de travail présidé par Françoise Dekeuwer-Deffossez. Septembre 1999.

12. Le Parlement considère que les États devraient mettre un terme à « l'interdiction faite aux homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes ; la recommandation devrait garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats ainsi que toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants ». *Journal officiel des Communautés européennes* N°C61/42, 8 février 1994.

13. F. Dekeuwer-Défossez, « À propos du pluralisme des couples et des familles », *Les Petites Affiches*, 28 avril 1999, n°84.

14. I. Théry, « Le CUS en question », *Notes de la Fondation Saint-Simon* page 26. Voir la critique de M. Iacub, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », Revue *Le Banquet*, n° 12 et 13, septembre-octobre 1998, ainsi que celle de S. Prokhoris « L'adoration des majuscules » *in* Borrillo, Fassin, Iacub (dir) *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, PUF, 1999.

15. F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit.* page 32.

Encore un effort pour être républicains...

PAR
BERTRAND
GUILLARME*

Pour préserver la différence des sexes comme fondement de la famille, les nouveaux arguments employés contre l'accès des homosexuels à la famille se placent dans le registre du conservatisme de « l'ordre symbolique », et tentent ainsi de gagner une posture républicaine. Faut-il pour autant abandonner cette posture ? Au contraire, les enjeux politiques autour de l'égalité des sexualités consistent à repenser la famille au nom d'une société démocratique avec ses normes, ses institutions et son souci de se perpétuer. Bertrand Guillarme ouvre des pistes politiques dans cette perspective, celles d'une société pluraliste débarassée du genre où la filiation est débiologisée.

Un des mérites des débats récents sur le PACS est de mettre en lumière l'originalité des nouvelles défenses de la primauté de la famille et du couple hétérosexuels. Traditionnellement l'hétérosexisme était justifié en faisant appel aux lois de la Nature, ou à celle de Dieu tout puissant. Ces débats ont été l'occasion d'une sophistication apparente de l'argumentaire. Tout se passe désormais comme si, avec l'appel à la différence symbolique des sexes, à la culture et à la civilisation, on quittait le registre du conservatisme naturaliste ou providentialiste pour celui d'un conservatisme culturel, à la Burke. Selon cette nouvelle perspective, l'idée pourrait être simplement que les « montages anthropologiques » accumulés par notre histoire sont complexes, et d'une complexité telle qu'il est dangereux d'y toucher.

L'ennui est que l'on perd, dans ce registre d'argumentation, l'universalisme des premiers conservatismes, puisque tout ce qu'on peut désormais affirmer est que la mise en question de l'hétérosexisme est mauvaise « pour nous ». Comme les nouveaux conservateurs visent plus que cela, la nature est remise en jeu, mais elle l'est d'une manière nouvelle. La culture hétérosexiste n'est pas seulement valorisée par ce qu'elle est le produit de *notre* histoire, mais aussi parce qu'elle institutionnalise la nature humaine, c'est-à-dire la caractéristique sexuée de l'espèce vivante que nous sommes, au nom du bien commun. Une des caractéristiques de cette présentation, c'est donc qu'elle permet de justifier le *statu quo* au nom de la préservation du bien commun de la société, voire de l'humanité, sans invoquer ni

* Sociologue, Université Paris VIII.