

X et autres c. Autriche : La Cour européenne des droits de l'homme ne se prononce pas sur la question de l'adoption par un couple homosexuel, mais sur une discrimination

Dans le cadre d'une affaire *X et autres c. Autriche*, qui a débouché sur un arrêt rendu en date du 19 février 2013 par la Grande Chambre, la Cour EDH avait à connaître d'une requête formulée par trois requérants à l'encontre de l'Autriche et dont les faits à la base peuvent se résumer comme suit (§§ 9 et s.) : la troisième requérante (C) a donné hors mariage naissance à un enfant (B), le deuxième requérant, qui a été reconnu par son père et placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère, donc de la troisième requérante. Or, depuis son cinquième anniversaire, (B) vit dans un même foyer avec (C) et (A), la première requérante, (A) et (C) entretenant une relation homosexuelle stable et s'occupant ensemble de (B). (A) a voulu officialiser cette situation de fait et adopter (B), l'enfant de (C).

(A) et (C) préparaient donc une convention d'adoption qu'elles soumettaient pour homologation aux juridictions autrichiennes.

Or, en vertu de l'article 182, § 2 du Code civil autrichien « *en cas d'adoption d'un enfant par un couple marié, les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même (article 40) – existant entre, d'une part, les parents biologiques et les membres de leur famille, et, d'autre part, l'enfant adopté et ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet, sont rompus à ce moment, sous réserve des exceptions prévues à l'article 182a. 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. Dans le cas où les liens avec l'autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus si le parent concerné y consent. La rupture des liens intervient à la date où la déclaration de consentement est formulée, sans pouvoir être antérieure à la date de prise d'effet de l'adoption.* ».

En s'attachant au libellé de l'article 182, §2 du Code civil autrichien, le tribunal de district refusa d'homologuer la convention d'adoption en considérant que « *Eu égard au libellé non équivoque de cette disposition et à la volonté manifeste du législateur de l'époque, il y a lieu de présumer que l'adoption par une seule personne rompt le lien juridique entre l'adopté et son parent biologique du même sexe que son parent adoptif, et qu'elle n'altère pas le lien avec le parent du sexe opposé (...). Ce n'est que dans ce cas de figure que la loi permet au juge de rompre ce lien, sur lequel l'adoption n'a en elle-même pas d'effet.* » Ensuite, le tribunal de district procéda à une analyse de la demande d'homologation sur base des articles 8 et 14 de la Convention EDH, tout en insistant au début de son raisonnement sur la « *marge d'appréciation dont l'ampleur est inversement proportionnelle à celle de la communauté de vues qu'il peut y avoir entre leurs ordres juridiques respectifs* ». De l'appréciation du tribunal de district, la problématique sous rubrique relève dès lors de la marge d'appréciation des Etats, de sorte que l'article 182 du Code civil autrichien ne serait pas contraire à la Convention EDH.

Dans le cadre de l'appel interjeté à l'encontre de cette décision, les requérants soutenaient que l'article 182, § 2 du Code civil autrichien viole les articles 8 et 14 de la Convention EDH alors que l'adoption coparentale est ouverte aux couples hétérosexuels, mariés ou non, mais non aux couples homosexuels.

La juridiction d'appel, même si elle soulevait la question d'un éventuel conflit d'intérêt de (C) de représenter (B), confirma le jugement de première instance et mit l'accent sur la nécessité pour un enfant d' « *entretenir des contacts personnels avec ses deux parents de sexe opposé* » pour conclure à l'absence de « *différence de traitement injustifiée* ». La juridiction d'appel estima aussi que la protection de la « *famille traditionnelle* » constitue un but légitime atteint par des mesures se trouvant dans un « *rapport raisonnable de proportionnalité* » avec ce dernier.

Les requérants ont également été déboutés de leur pourvoi en cassation alors que la cour suprême d'Autriche a aussi souligné l'importance de la famille traditionnelle pour le bien-être de l'enfant et considéré que la législation autrichienne ne dépasse pas la marge d'appréciation reconnue par la Cour EDH aux Etats parties à la Convention. Ils ont donc saisi la Cour EDH, gardienne suprême des Droits de l'Homme.

Dans le cadre de son raisonnement (§§ 92 et s.), dont nous nous permettons de retracer les grandes lignes, la Cour EDH insiste à trois reprises (§§ 134, 149 et 152) qu'elle ne s'exprime ni sur la question de l'adoption coparentale par des couples homosexuels, ni sur l'adoption par des couples homosexuels en général, mais sur une « simple » question de discrimination.

En se référant à ses jurisprudences *Schalk et Kopf c. Autriche* et *Gas et Dubois c. France*, la Cour considère que « *la relation qui unit les trois requérants relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention* » alors que (A) et (C) forment depuis de nombreuses années un couple homosexuel stable dont les deux membres s'occupent de (B) qui vit avec elles. Elle conclut dès lors à l'application de l'article 14 combiné avec l'article 8.

Afin qu'une question surgit au regard de l'article 14, il doit y avoir une différenciation dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Pour ne pas être qualifiée de discriminatoire, une telle différenciation de traitement doit poursuivre un but légitime et il doit y avoir un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but à atteindre.

Il résulte de la jurisprudence de la Cour que « *l'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14* » et que la marge d'appréciation des Etats est étroite en matière de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle.

Avant d'analyser le cas des requérants, la Cour passe en revue ses arrêts *Fretté c. France* et *E.B. c. France* (demandes d'adoption formulées par des personnes homosexuelles) et résume son arrêt *Gas et Dubois c. France* qui concernait aussi une demande d'adoption coparentale (c'est-à-dire une « *adoption par un des membres du couple de l'enfant de son partenaire sans que cela n'eût d'incidence sur le lien juridique existant entre ce dernier et l'enfant* ») formulée par un couple homosexuel. Dans cette dernière affaire cependant, les requérantes

avaient demandé d'analyser leur situation en la comparant à celle d'un couple marié : la Cour EDH a conclu à l'absence de violation des articles 14 et 8 alors que « *les Etats contractants (ne sont) pas tenus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels et que le mariage (confère) un statut particulier à ceux s'y engageant* » et que la France ne permettait pas non plus l'adoption coparentale pour les couples hétérosexuels non mariés.

Pour appliquer les principes dégagés de sa jurisprudence au cas d'espèce, la Cour compare d'abord la situation des requérants à celle d'un couple marié dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre. Dans ce cadre, elle réaffirme sa jurisprudence *Gas et Dubois c. France* en considérant que les Etats ne sont pas obligés de par la Convention d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, que lorsqu'ils « *décident d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré* », et que « *le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent* ». La Cour conclut dès lors, comme dans son arrêt *Gas et Dubois c. France*, que la situation de (A) et de (C) n'est pas comparable à celle d'un couple marié. Aucune violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 n'est donc retenue pour autant que la situation des requérants est comparée à celle d'un couple marié dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre.

Ensuite, la Cour procède à la comparaison de la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre, ce qui est autorisé par le droit autrichien.

La Cour constate dans une première étape que la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres souhaite adopter l'enfant de l'autre. Cette question n'a d'ailleurs donné lieu à aucune discussion entre parties, le Gouvernement autrichien admettant lui-même que « *en termes de personnes, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes les uns que les autres à l'adoption en général et à l'adoption coparentale en particulier* ».

Dans une deuxième étape, la Cour analyse s'il y a eu différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle de (A) et de (C). En droit autrichien, l'adoption coparentale est possible dans le cadre d'un couple hétérosexuel non marié, mais est dans toute hypothèse exclue à l'intérieur d'un couple homosexuel non marié : la législation en cause opère donc une distinction entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels. Le Gouvernement autrichien soulève encore qu'en l'espèce, le refus d'homologation résulterait en réalité d'un raisonnement basé sur la recherche de l'intérêt de l'enfant et l'absence de consentement du père de (B) à son adoption, mais la Cour démontre que les juridictions autrichiennes ont refusé d'homologuer la convention d'adoption en se basant sur l'article 182, § 2 du Code civil autrichien sans prendre en considération les circonstances concrètes de l'affaire. Or, si cette même demande avait été introduite par un couple hétérosexuel non marié, les juridictions nationales ne se seraient pas arrêtées au texte de l'article 182, § 2 du Code civil autrichien, mais auraient dû analyser *in concreto* si une telle adoption était dans l'intérêt de l'enfant (B) et s'il existait le cas échéant des circonstances exceptionnelles justifiant de passer outre un éventuel refus du père biologique de (B) à l'adoption.

Loin d'être à l'origine d'une *actio popularis*, (A), (B) et (C) ont « *été directement touchés par la législation litigieuse, car, en interdisant de manière absolue l'adoption coparentale aux couples homosexuels, l'article 182 § 2 du code civil ôtait toute utilité et toute pertinence à l'examen des circonstances propres à leur affaire et obligeait les autorités internes à opposer une fin de non-recevoir automatique à leur demande d'adoption* ».

Même si on pourrait considérer que la différence de traitement en cause concerne surtout la situation de (A), donc de la requérante qui a souhaité procéder à l'adoption de (B), l'enfant de (C), « *la Cour observe que les trois requérants vivent ensemble une vie familiale (...) et qu'ils ont présenté leur demande d'adoption en vue d'obtenir la reconnaissance juridique de cette vie familiale. Dans ces conditions, la Cour estime que les trois requérants ont été directement affectés par la différence de traitement en question et qu'ils peuvent donc tous se prétendre victimes de la violation alléguée.* »

La Cour conclut donc que les requérants n'ont pas été traités de la même façon qu'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

Dans une troisième et dernière étape, la Cour analyse si le but poursuivi par la législation autrichienne litigieuse est légitime, et si les moyens utilisés pour atteindre ce but se trouvent dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec ce dernier.

Il résulte des décisions rendues par les juridictions autrichiennes et des observations du Gouvernement autrichien que « *le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique* », encore qualifiée de « *famille traditionnelle* », et que chaque enfant mineur devrait avoir pour parents deux personnes de sexe opposé, « *conformément à la réalité biologique* ».

Aux yeux de la Cour, outre l'intérêt de l'enfant, la protection de la famille au sens traditionnel constitue « *en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement* ».

Mais est-ce que les moyens employés en l'espèce se trouvent dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé ?

Pour reprendre la formulation de la Cour, « *lorsque la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit.* »

Il incombe dès lors au Gouvernement autrichien de rapporter la preuve que « *la préservation de la famille traditionnelle, et plus précisément la protection de l'intérêt de l'enfant, commande d'interdire aux couples homosexuels l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés* ».

Or, la Cour est d'avis que le Gouvernement autrichien n'a pas rapporté cette preuve alors qu'il n'a pas établi que les familles homoparentales « *ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant* ». Bien au contraire, le Gouvernement autrichien admet qu' « *en termes de personnes, les couples homosexuels sont en théorie tout aussi aptes ou inaptes que les couples hétérosexuels à l'adoption* ».

D'ailleurs, le droit autrichien autorise l'adoption par une seule personne, fût-elle homosexuelle, et requiert le consentement du partenaire si un partenariat enregistré a été conclu. Le législateur autrichien n'exclut dès lors pas de façon catégorique qu'un enfant puisse grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant de ce fait qu'une telle situation n'est pas préjudiciable à l'enfant.

La Cour adopte la position des requérants selon laquelle « *les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait.* »

« *L'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale* » ainsi que « *l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue* » font naître dans le chef de la Cour de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue tirée de l'article 182, § 2 du Code civil autrichien.

Le Gouvernement autrichien invoque finalement la théorie de la marge d'appréciation. Or, la marge d'appréciation dont disposent les Etats au titre de l'article 8 dépend de divers facteurs. « *Lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte. Par contre, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large* ». Mais « *dans le cas d'une allégation de discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle à examiner sous l'angle de l'article 14, la marge d'appréciation des Etats est étroite* ».

La Cour souligne encore qu'elle « *a conscience que la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les Etats à concilier des vues et des intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant*

fondamentalement antagonistes ». L'Autriche est cependant condamnée pour violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 alors que les raisons fournies par le Gouvernement autrichien au titre de la préservation de la famille traditionnelle ou de l'intérêt de l'enfant n'ont pas pu convaincre la formation la plus solennelle de la Cour EDH.

A la fin de son raisonnement, la Cour EDH souligne une ultime fois que la question lui soumise n'était pas de savoir si la demande d'adoption présentée par (A) et (C) aurait dû être accueillie ou non, mais il s'agissait d'analyser « *si les intéressés ont été victimes d'une discrimination du fait que, l'adoption envisagée se heurtant à un obstacle juridique absolu, les tribunaux internes n'ont pas eu la possibilité de rechercher concrètement si elle servait ou non l'intérêt du deuxième requérant* ».

La Cour EDH, réunie en Grande Chambre, conclut donc en l'espèce, non à l'unanimité, mais par dix voix contre sept, à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 « *pour autant que l'on compare la situation des requérants avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre* ».

Claude HIRSCH