

BENJAMIN MORON-PUECH

## Des difficultés juridiques des familles MISSEG en Europe, dites aussi « familles arc-en-ciel »

ENGLISH TITLE: Legal difficulties for MISSEG (also called “rainbow”) families in Europe.

ABSTRACT: This text sums up the various legal difficulties that “rainbow families” do or may encounter in European countries nowadays. By “rainbow families” — a broader notion than same-sex couple — we mean families whose founding couple include one or more LGBTIQ individuals. This text deals with issues concerning both the relationship between the couple’s members (access to a form of legal union, protection of the couple’s patrimonial and extra-patrimonial interests) and the relationship between the couple and their child or children (ability to have children and to establish and maintain a relationship with them).

KEYWORDS: family law; sexual orientation; gender identity; sex characteristics; family life; discrimination.

À l’heure où l’Union européenne vient d’adopter une stratégie pour l’égalité à l’égard des personnes « LGBTIQ<sup>1</sup> » qui lui faisait défaut depuis longtemps et incluant en particulier un volet sur les « familles arc-en-ciel »<sup>2</sup>, cette contribution se propose de faire le point sur les difficultés juridiques que ces familles rencontrent ou sont susceptibles de rencontrer aujourd’hui dans les pays européens. Les médias ou les institutions ont attiré l’attention du public sur certaines des difficultés juridiques rencontrées par ces familles, qu’il s’agisse de la difficulté pour les membres d’un couple à s’unir ou à demeurer ensemble lorsque les unions contractées dans un pays ne sont pas reconnues dans un autre État où la « famille arc-en-ciel » souhaite s’établir, ou encore des difficultés d’accès à la parenté, tant en fait (pour la procréation) qu’en droit (pour l’établissement de la filiation). Toutefois, restent quelques

<sup>1</sup> L’acronyme est ici mis entre guillemets, l’auteur lui préférant celui de MISSEG. V. *infra*, note 7 notamment.

<sup>2</sup> Commission européenne, *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*: 12 nov. 2020, COM(2020) 698 final.

angles morts que souhaite mettre à jour cette contribution<sup>3</sup>, en adoptant une approche systématique et globale<sup>4</sup> des difficultés rencontrées par ces familles.

Cet article s'adresse à la fois aux actaires<sup>5</sup> de la science du droit, soucieux\* de s'informer sur les difficultés avérées ou prévisibles que rencontrent notamment en Europe les « familles arc-en-ciel », et aux actaires du droit positif (législateurs\*, fonctionnaires, ONG militantes ou non) soucieux\* d'assurer à ces familles une dignité égale à celle des familles dites traditionnelles.

Le texte commence par quelques propos introductifs précisant l'expression de « famille arc-en-ciel » (I). Passés ces prolégomènes, l'article passe en revue les difficultés rencontrées par ces familles en distinguant celles concernant le lien de couple – la famille horizontale – (II) de celles concernant les liens entre le couple et les enfants – la famille verticale (III).

## 1. PRÉCISIONS SUR L'EXPRESSION DE « FAMILLE ARC-EN-CIEL »

L'expression de « famille arc-en-ciel » n'est sans doute pas des plus précises juridiquement et a tendance, dans l'esprit du public, à renvoyer avant tout aux familles homoparentales, alors qu'elle recouvre également les familles transparentes et interparentales, ainsi que les familles dont les membres fondateurs\* – le couple – peuvent être plus de deux (polyunions). En outre, cette expression apparaît quelque peu connotée du point de vue militant, ce qui rend son emploi délicat dans le contexte de la science du droit. Il est vrai cependant que cette expression présente l'avantage de la concision et permet assez simplement aux actaires du droit de faire comprendre à leur auditoire de quelles familles ils parlent, d'où l'emploi de cette notion dans certaines normes internationales<sup>6</sup>, même si persiste un certain flottement sur les familles concernées, réduites bien souvent dans l'esprit du public

<sup>3</sup> On laissera donc de côté la question bien connue de la liberté de circulation des « familles arc-en-ciel », largement traitée par ailleurs en doctrine (en dernier lieu TRIFONIDOU et WINTEMUTE 2021) et dont il ne nous semble pas enfin qu'elle soit le meilleur moyen d'assurer une réelle inclusion de ces familles. V. en ce sens MORON-PUECH 2020.

<sup>4</sup> Par opposition à une approche isolée, laquelle examinerait simplement par exemple les familles homoparentales.

<sup>5</sup> Le présent texte s'efforce d'user d'un langage inclusif. Pour cela, il y est recouru à un genre commun, capable d'inclure tous les genres, en suivant les régularités proposées par ALPHERATZ 2018. Les premières occurrences des mots ainsi accordés sont précédées d'un astérisque. Pour cette même raison, l'expression « droits de l'homme » ne sera pas employée ou à tout le moins mise entre guillemets.

<sup>6</sup> Commission européenne, préc. ou Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Vie privée et familiale: parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, résolution 2239 (2018), 10 oct. 2018, §4.5.

aux seules familles homoparentales. Dans cette contribution, même si l'expression de « famille arc-en-ciel » a été retenue entre guillemets dans l'intitulé de cet article (afin de permettre au lectorat de saisir immédiatement de quoi il allait être ici question), elle ne sera pas utilisée dans la suite de ce texte pour les deux raisons évoquées plus haut (imprécision et connotation militante). Lui a été préférée l'expression abrégée *familles MISSEG*<sup>7</sup>, désignant les familles minorisées à raison de l'orientation sexuelle, l'identité ou l'expression de genre et les caractéristiques sexuées d'un\* ou plusieurs de leur membre fondateur<sup>8</sup>. En effet, cette dernière expression ne présente tout d'abord aucune des faiblesses de celle de « famille arc-en-ciel ». Ainsi, elle est à la fois plus précise, car couvrant explicitement l'ensemble du spectre des familles concernées, et moins connotée au niveau militant car renvoyant à des notions relativement établies en droit international des droits humains<sup>9</sup>. Ensuite cette expression permet d'insister sur l'origine des difficultés rencontrées par ces familles, à savoir un processus de minorisation liée à trois notions autrefois rassemblées derrière la notion unique de sexe : orientation sexuelle, identité et expression de genre et caractéristiques sexuées. Ce faisant, à l'instar de la démarche retenue par la Convention internationale des droits des personnes handicapées à propos de l'origine du handicap<sup>10</sup>, cette expression permet d'insister sur l'origine sociale de ces

<sup>7</sup> MISSEG pour Minorités Sexuées, Sexuelles et de Genre.

<sup>8</sup> Sont donc ici exclues du concept de famille MISSEG les familles composées d'un enfant appartenant aux MISSEG. Ces familles rencontrent en effet des difficultés d'un autre type, affectant non pas le lien entre les parents\* et l'enfant, mais l'étendue de l'autorité parentale : dans quelle mesure et selon quelles modalités les parents peuvent-ils\* décider des caractéristiques sexuées, de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de leur enfant ? Sur cette question v. not. MORON-PUECH 2013.

<sup>9</sup> Les notions d'orientation sexuelle, d'identité et d'expression de genre et enfin de caractéristiques sexuées sont ainsi reconnues dans différents instruments internationaux. V. pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les résolutions 1728 (2010), *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avr. 2010 ; 2048 (2015), *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, 22 avr. 2015 ; 2191 (2017), *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes*, 12 oct. 2017 ; 2239 (2018), *Vie privée et familiale : parvenir à l'égalité quelle que soit l'orientation sexuelle*, 10 oct. 2018. V. pour l'Union européenne : Parlement européen, *Résolution sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 4 févr. 2014, n° P7\_TA(2014)0062 ; *Résolution sur les droits des personnes intersexuées*, 14 févr. 2019, n° 2018/2878(RSP). V. pour l'ONU, Conseil des droits de l'homme, *Résolution 17/19, Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, n° A/HRC/RES/17/19, 14 juill. 2011 ; *Résolution 32/2, Protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, A/HRC/RES/32/2, 15 juill. 2016 et Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Intersexe*, note d'information 2015.

<sup>10</sup> V. le préambule, § e) : « e) *Reconnaissant* que la notion de handicap [...] résulte de l'interaction

difficultés, à rebours de l'idée selon laquelle ces difficultés proviendraient des personnes elles-mêmes. Soulignons également que l'expression permet d'insister sur le processus de minorisation qui, partant d'un\* membre de la famille, est susceptible de rayonner vers les autres membres de celle-ci selon un dispositif semblable à celui à l'œuvre dans la discrimination par association, discrimination également bien identifiée dans le contexte du handicap<sup>11</sup>. Enfin, relevons que l'usage de cette expression présuppose un concept de famille relativement ouvert. Si cette approche ouverte peut être contestée politiquement, religieusement, voire juridiquement – du moins au regard de certains droits nationaux d'Europe de l'Est<sup>12</sup> –, cette approche inclusive peut néanmoins être soutenue par des normes internationales reconnaissant à ces groupes de personnes la qualification de famille<sup>13</sup>.

## 2. LES DIFFICULTÉS CONCERNANT LES LIENS DE COUPLE

Les couples comprenant une ou plusieurs personnes appartenant aux minorités sexuées, sexuelles et de genre (ci-après *couples MISSEG*) sont susceptibles de rencontrer plusieurs difficultés. Après avoir évoqué ces difficultés (A.), l'on indiquera comment ces difficultés sont résolues ou pourraient l'être par les ordres juridiques (B.).

### A. PRÉSENTATION DES DIFFICULTÉS

Les difficultés rencontrées par les couples MISSEG sont de deux ordres. Les unes tiennent à la non reconnaissance pure et simple de leur vie familiale, les autres à une reconnaissance diminuée. Dans le premier cas les couples MISSEG ne peuvent pas voir leur vie familiale reconnue, dans l'autre leur vie familiale est reconnue mais de manière dégradée.

entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ».

<sup>11</sup> ONU, Comité des droits des personnes handicapées, *Observations générales n° 6 sur l'égalité et la non-discrimination*, § 20.

<sup>12</sup> Voir en particulier la Pologne où se développe un discours politique hostile aux MISSEG, avec le soutien de l'Église et d'une partie de la société civile. Doit en particulier être mentionné le rôle de l'ONG *Ordo juris*, à l'origine de modèles de Chartes régionales des droits familiaux adoptée ensuite par nombre de municipalités.

<sup>13</sup> Pour l'Union européenne, voir Commission européenne préc., ainsi que les normes produites par la Commission et le Parlement européens listées dans MORON-PUECH 2020. Rappr. CJUE [grande chambre], *Coman*, 5 juin 2018, C673/16, § 48. Pour le Conseil de l'Europe, v. la résolution 2238 (2018) précitée et CEDH, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, 24 JUIN 2010, n° 30141/04.

1. S'agissant tout d'abord de la non-reconnaissance de leur vie familiale, les couples de MISSEG font face dans un certain nombre de pays européens à une impossibilité d'entrer dans une forme d'union juridiquement protégée. En effet, il est courant de réserver ces unions à des conditions qu'on peut qualifier de sociologiques et subordonnant celles-ci à un genre<sup>14</sup> particulier des époux (un genre masculin et un genre féminin) ou encore à des couples comprenant un nombre limité de personnes (deux). Ces conditions, assises sur une conception naturalisante et reproductrice du couple, excluent un certain nombre de couples MISSEG, à savoir ceux composés de plus de deux personnes ou composés de deux personnes ayant des genres identiques ou dont l'un ou les deux membres du couple auraient un genre juridiquement reconnu autre que le masculin et le féminin. Pour tous ces couples résidant dans des pays retenant une conception dite traditionnelle<sup>15</sup> du couple, il sera alors impossible d'accéder à une forme d'union reconnue par le droit et susceptible de protéger leurs liens familiaux.

Même lorsque ces couples parviennent à protéger juridiquement leur union dans un État plus ouvert, ils peuvent néanmoins être exposés à des difficultés en cas de séjour dans un État ne reconnaissant pas leur union. En particulier, l'un\* des membres du couple non national de cet État risque de se voir priver du droit d'entrer ou de séjourner dans cet État<sup>16</sup>. Cette situation peut être rapprochée de celle où l'un des membres du couple est emprisonné et où l'autre membre de ce couple ne se verrait pas octroyer

<sup>14</sup> Nombre de législations renvoient au terme de « sexe ». L'examen minutieux de la jurisprudence relative aux mariages d'une personne transgenre ou intersexuée révèle que bien souvent il est moins question de caractéristiques sexuées que d'expression ou d'identité de genre. Pour la France, cf. Cass. Ch. réun., 6 avr. 1903 : *D.*, 1904, I, p. 395 et s. 1<sup>re</sup> civ. 4 mai 2017, n° 16-17.189, admettant l'union d'une femme avec une personne intersexuée perçue comme ayant un genre masculin. *Adde* pour le mariage de deux personnes transgenres ayant un sexe distinct à l'état civil mais paraissant du même genre : TGI Nanterre, 10 juin 2005, confirmé par CA, Versailles, 8 juill. 2005, n° 05/04694 : *D.*, 2006, p. 772. L'arrêt d'appel est fondé non pas directement sur la condition de différence de sexe/genre, mais sur l'absence d'intention conjugale, motif pris que les époux\* poursuivraient un but militant de légalisation du mariage homosexuel. Pourtant, les époux avaient bien une intention conjugale, en parallèle de leur éventuel but militant qui ne pouvait pas être considéré comme le but exclusif de l'union (BONNET 2006). Dès lors, il est permis de penser qu'en dépit du visa de l'article 146 utilisé pour le défaut d'intention matrimoniale, c'est bien la prohibition des mariages entre personnes de même sexe – ou plutôt de même genre – qui sert de fondement à la décision.

<sup>15</sup> Rapp. le vocabulaire utilisé par la Cour qui, après avoir paré de « concept traditionnel de mariage » (CEDH, *Schall et Kopf c. Autriche*, § 51), en est venue à user de l'expression « famille traditionnelle » (CEDH, *Taddeucci et McCall*, § 92).

<sup>16</sup> V. les faits de l'affaire *Coman* précitée.

les droits réservés au couple marié afin d'assurer la préservation du lien de couple<sup>17</sup>.

2. Une autre difficulté que peuvent rencontrer les couples MISSEG apparaît lorsqu'il leur est permis de bénéficier d'une reconnaissance juridique de leur union, mais avec des effets dégradés par rapport aux effets produits par l'union d'une famille dite traditionnelle. Tel est le cas des pays fermant le mariage aux couples MISSEG et ne leur ouvrant – encore que bien souvent cela ne soit ouvert qu'aux couples composés de deux personnes – que des unions produisant moins d'effets que ce dernier. Dans de tels pays, les couples MISSEG seront ainsi moins bien traités que les couples mariés, tant en matière personnelle que patrimoniale.

En matière personnelle, cette absence d'accès au mariage peut conduire à priver les couples MISSEG de certains dispositifs réservés aux couples mariés tant en droit civil qu'en droit pénal. En droit civil, les membres d'un couple marié se voient souvent réserver le bénéfice de règles leur permettant de porter le nom de famille de leur conjoint<sup>\*18</sup>, ce qui est de nature à faciliter la reconnaissance de leur union par les tiers\*. Existente aussi des règles pour faciliter la représentation d'un conjoint par un autre qui ne serait plus en état de décider seul\*, ce qui est de nature à protéger le membre vulnérable du couple<sup>19</sup>. Des procédures simplifiées d'acquisition de la nationalité peuvent aussi être réservées aux personnes mariées<sup>20</sup>. De même, en droit pénal, l'existence d'un couple peut avoir pour effet d'aggraver ou d'alléger la responsabilité dans un objectif de protection du couple ou de ses membres. Or, parfois, ces mécanismes ne sont prévus que pour les couples mariés, ce qui est alors susceptible d'exclure de ces dispositifs les couples MISSEG. Au titre des dispositifs d'allègement on peut mentionner la dispense de témoignage dont peut bénéficier un membre du couple dans les procédures concernant l'autre membre du couple<sup>21</sup> ou encore l'absence d'incrimination pénale de vol, escroquerie et autres infractions aux biens au sein d'un couple marié<sup>22</sup>. Quant aux dispositifs d'aggravation, il s'agit

<sup>17</sup> Rappr. CEDH, *Petrov c. Bulgarie*, 22 mai 2008, n° 15197/02, jugeant discriminatoire le refus des autorités bulgares d'accorder à une personne détenue le droit d'appeler téléphoniquement sa concubine.

<sup>18</sup> Rappr. art. 225-1 c. civ. français réservé aux couples mariés.

<sup>19</sup> Rappr. art. 217 c. civ. français réservé aux couples mariés.

<sup>20</sup> Rappr. art. 21-2 c. civ. français réservé aux couples mariés.

<sup>21</sup> Rappr. §4.4.4. de la résolution 2238 (2018) précitée.

<sup>22</sup> Rappr. art. 311-12, 312-9, 312-12, 313-3, 314-4 c. pénal français limité aux couples mariés.

des dispositifs réprimant les violences au sein d'un couple plus durement que les autres violences<sup>23</sup>.

En matière patrimoniale, plusieurs dispositifs sont l'apanage habituellement des couples mariés tant du vivant des membres du couple qu'après la mort de l'un d'entre eux\*. Du vivant du couple marié, nombre de règles œuvrent au rapprochement patrimonial du couple. Tel est le cas des règles de nature civile et fiscale facilitant la transmission de biens entre les membres du couple marié<sup>24</sup>, de celles imposant une contribution de chacun\* aux charges du ménage<sup>25</sup> ou encore de celles permettant l'association de l'époux à l'activité professionnelle du conjoint, au point parfois de pouvoir prendre part aux élections professionnelles de cet\* dernier\*<sup>26</sup>. Doivent être également mentionnées les règles contribuant à la protection patrimoniale des membres du couple marié, telles celles sur l'obligation alimentaire<sup>27</sup>, la pension alimentaire due en cas de séparation du couple<sup>28</sup>, ou encore l'extension de droits sociaux, parmi lesquels le droit au logement ou le droit aux assurances de santé (tant le droit d'être couvert par l'assurance du conjoint, que le droit aux différents avantages accordés aux conjoints\*, comme par exemple le congé pour maladie d'un proche)<sup>29</sup>. Des dispositifs de protection

<sup>23</sup> Rappr. §4.4.4. de la résolution 2238 (2018) précitée. Comp. not. art. 222-13 c. pén. français bénéficiant à tous les couples.

<sup>24</sup> Rappr. art. 1527 al. 1<sup>er</sup> c. civ. français disposant que les avantages résultant du régime matrimonial choisi par les époux ne constituent pas des donations, d'où la conséquence qu'ils échappent à toute fiscalité.

<sup>25</sup> Rappr. art. 215 et 515-4 c. civ. français limités aux couples mariés et unis par un pacte civil de solidarité.

<sup>26</sup> Rappr. art. 511-8 c. rural français ne mentionnant que le « conjoint » mais interprété par la Cour de cassation comme bénéficiant au concubin (Cass., 2<sup>e</sup> civ., 15 juin 2001, n<sup>o</sup> 00-60.486). *Contra* pour les élections générales Cass., 2<sup>e</sup> civ., 5 mars 2008, n<sup>o</sup> 07-60.229.

<sup>27</sup> Rappr. art. 212 c. civ. français évoquant le secours que se doivent mutuellement les époux\*. Pour une exclusion de l'obligation alimentaire dans les unions autres que le mariage, v. Cass 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2006, n<sup>o</sup> 04-10.684.

<sup>28</sup> Rappr. art. 270 c. civ. français pour les couples mariés et sans équivalent pour les autres unions.

<sup>29</sup> Rappr. la résolution 2238 (2018) précitée, appelant les États à ne pas discriminer les couples s'agissant du droit au bail (§4.3.2.) ou de l'accès aux droits liés aux assurances sociales (§4.3.3. et 4.4.2.). *Adde* CEDH, *P.B. et J.S. c. Autriche*, 22 juill. 2010, n<sup>o</sup> 18984/02 jugeant discriminatoire le refus de considérer le concubin homosexuel comme un ayant-droit susceptible de bénéficier de la couverture sociale de son concubin ou CJUE, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 déc. 2013, C-267/12, jugeant discriminatoire sur le fondement de l'orientation sexuelle une convention collective n'ouvrant le bénéfice de jours de congés spéciaux qu'aux couples mariés et non aux autres couples qui n'avaient à cette date pas accès au mariage.

patrimoniale réservés aux couples mariés peuvent également exister en cas de décès d'un membre du couple, afin par exemple de permettre à l'autre membre de conserver le logement (*via* un droit d'occupation pris en charge par la succession<sup>30</sup> ou encore un droit à la transmission du bail vis-à-vis du propriétaire<sup>31</sup>) ou de bénéficier d'une pension de réversion<sup>32</sup>. D'autres dispositifs contribuent à poursuivre après la mort l'union patrimoniale, qu'on songe aux règles de droit des successions pouvant faire du seul conjoint marié\* un héritier\* de plein droit, exonéré\* qui plus est en tout ou partie de fiscalité successorale et pouvant également bénéficier de l'attribution préférentielle de certains biens (logement, entreprise familiale). Peut enfin être rattachée à cette catégorie de droit, la possibilité parfois réservée au conjoint marié de voir indemnisé le préjudice lié à la mort du conjoint<sup>33</sup>.

## B. RÉOLUTION DES DIFFICULTÉS

Les couples confrontés aux difficultés du type de celles évoquées plus haut ne sont pas désarmés, ainsi que le prouve en Europe le contentieux national ou international fondé sur le principe de non-discrimination découlant en particulier des normes du droit de l'Union européenne<sup>34</sup> et du Conseil de l'Europe<sup>35</sup>, éventuellement articulées avec le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>36</sup>. Pour que les couples MISSEG puissent se prévaloir d'une discrimination, plusieurs conditions doivent être réunies<sup>37</sup>. Schéma-

<sup>30</sup> Rappr. art. 763 c. civ. français réservé aux couples mariés.

<sup>31</sup> Rappr. CEDH, *Karner c. Autriche*, 24 juill. 2003, n° 40016/98 considérant comme discriminatoire une norme privant le membre d'un couple homosexuel d'un droit à la transmission du bail ouvert aux couples hétérosexuels.

<sup>32</sup> Rappr. §4.4.6. de la résolution 2238 (2018) précitée appelant les États membres à ouvrir aux couples de MISSEG le bénéfice de pensions de réversion.

<sup>33</sup> Rappr. Cass., Crim., 13 févr. 1937 (3 arrêts) : *DP*, 1938: 1, p. 5, refusant à la concubine le droit d'agir en responsabilité civile.

<sup>34</sup> Articles 2 du Traité sur l'union européenne et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE).

<sup>35</sup> Article 14 de la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (CSDHFLF).

<sup>36</sup> Il arrive parfois que la vie privée et familiale éclipse le problème de la discrimination, la Cour profitant d'une censure sur le terrain de l'article 8 pris isolément pour ne pas avoir à examiner l'argument de la discrimination. Pour une illustration v. CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juill. 2002, n° 28957/95, où la Cour n'examine pas le grief d'une personne transgenre tiré du refus discriminatoire de l'accès au mariage et aux droits liés à celui-ci. La Cour estime en effet qu'il lui suffit de constater une violation de l'article 8 résultant du refus des autorités du Royaume-Uni de reconnaître le changement de la mention du sexe à l'état civil de la personne requérante.

<sup>37</sup> V. not. CEDH, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 JUIN 2016, n° 51362/09, § 87 ou CEDH [GC], *Molla Sali c. Grèce*, 19 déc. 2019, n° 20452/14, § 135-136. Pour le droit de l'Union européenne, les exigences



tiquement<sup>38</sup>, il faut démontrer *primo* que des personnes placées dans une situation analogue font l'objet d'un traitement différent ou bien que des personnes placées dans une situation différente font l'objet d'un traitement comparable et, *secundo*, que ce traitement n'est fondé sur aucune justification objective et raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne poursuit pas de but légitime ou qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché.

Pour cette deuxième condition, il faut également tenir compte de la marge d'appréciation reconnue aux États, en particulier dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>39</sup>. Une telle marge peut en effet conduire à un contrôle plus ou moins exigeant de la Cour selon que la marge soit restreinte ou au contraire large. Selon la Cour, cette marge d'appréciation est plus restreinte lorsque la discrimination repose sur « le sexe ou l'orientation sexuelle » ce qui, compte tenu de l'approche large de la notion traditionnelle de sexe, paraît devoir englober tant l'expression ou l'identité de genre que les caractéristiques sexuées<sup>40</sup>. D'un autre côté, cependant, « la marge d'appréciation accordée à l'État au titre de la Convention est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre

sont proches ; sur la jurisprudence en général de la CJUE, v. HERNU 2020 et pour des illustrations à propos des familles MISSEG, voir les trois affaires *Maruko*, *Romer* et *Hay* citées *infra*.

<sup>38</sup> La seconde condition fait l'objet de certains aménagements, aux contours différents selon qu'il s'agit du droit de l'Union européenne ou de celui du Conseil de l'Europe. En droit de l'Union, en présence d'une discrimination directe, l'article 2, 5. de la directive 2000/78 sur l'égalité professionnelle limite les buts pouvant être mis en avant d'une part et fait de cette deuxième condition non une condition de l'action mais un moyen de défense que le gouvernement peut invoquer en présence d'une base légale d'autre part. Quant au droit issu de l'interprétation de l'article 14 de la CSDH par la CEDH, il a été jugé que lorsque la discrimination repose seulement sur l'orientation sexuelle, aucune justification ne peut être apportée d'une part et la deuxième condition constitue en réalité un moyen de défense que le gouvernement peut invoquer (CEDH, *Taddeucci et McCall*, préc., § 89-90).

<sup>39</sup> Le concept de marge nationale d'appréciation, bien que plus visible dans la jurisprudence de la CEDH, est pertinent également au regard de la CJUE qui, s'efforçant également de concevoir son action comme subsidiaire de celle des juges nationaux, emploie également des instruments équivalents (BARBOU DES PLACES et DEFFAINS 2015). Cela étant, pour le sujet nous occupant, il apparaît surtout formalisé dans la jurisprudence de la CEDH. Pour la Cour de Luxembourg, l'on verra plus simplement qu'après avoir confié aux États le soin de déterminer si les situations des familles dites traditionnelles étaient comparables à celles des familles MISSEG, elle a progressivement décidé de réaliser elle-même cette comparaison, ce qui pourrait se comprendre comme le passage d'une marge d'appréciation large à une marge d'appréciation restreinte, pour s'inspirer des notions développées par la CEDH.

<sup>40</sup> Pour une utilisation de cette règle de détermination de la marge d'appréciation à propos d'une personne transgenre, voir CEDH, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juill. 2014, n° 37359/09, §109.

des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale », comme c'est le cas s'agissant de l'accès des couples MISSEG à des formes d'union juridiquement protégées. Dès lors, il semble bien que la marge d'appréciation dans de telles circonstances doivent être qualifiée de « normale », de sorte qu'elle ne devrait guère affecter le contrôle de proportionnalité qui nous semble pouvoir être opéré ici sans tenir compte de la marge d'appréciation, à l'instar de ce que fait par exemple la Cour interaméricaine des droits humains qui refuse d'importer ce concept européen de marge d'appréciation<sup>41</sup>. Ainsi, pour rechercher s'il existe ou non un traitement discriminatoire des couples MISSEG, on s'en tiendra ici aux seules deux conditions énoncées plus haut. Ces conditions seront vérifiées en distinguant selon que le principe de non-discrimination est invoqué pour obtenir l'ouverture aux couples MISSEG d'unions civiles (mariage ou autres formes d'union) (1.) ou seulement l'extension à ces couples d'avantages réservés aux couples mariés (2.).

1. L'argument selon lequel le principe de non-discrimination imposerait d'ouvrir aux couples MISSEG les unions civiles réservées aux couples dits traditionnels a été pour la première fois sérieusement examinée par la CEDH dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* précité. Dans cet arrêt, la Cour a en effet pour la première fois jugé que la première condition d'application du principe de non-discrimination était remplie. Pour la Cour, « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables », de sorte qu'ils « se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique ». Affirmée à propos d'un couple homosexuel cisgenre et diadique<sup>42</sup>, cette affirmation paraît pouvoir être étendue aux couples comprenant une ou plusieurs personnes transgenres et/ou intersexuées, ainsi qu'aux couples comprenant plus de deux personnes et pour lesquels il n'existe à notre connaissance aucune donnée suggérant que les personnes s'y engageant seraient incapables de le faire de manière stable. En effet, pour justifier que les couples homosexuels (cisgenres et diadiques) étaient dans une situation comparable à celle des couples dits traditionnels la Cour s'est

<sup>41</sup> A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, §390 2008 cité par FOLLESDAL 2017.

<sup>42</sup> Par cisgenre, on entend désigner les personnes non transgenres, tout comme par diadique on entend désigner les personnes non intersexuées.

appuyée sur le fait que « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s’engager dans des relations stables ». Or, une telle prémisse est également transposable aux couples homosexuels comprenant une personne transgenre ou intersexuée<sup>43</sup>, ceux-ci paraissant en effet, tout autant que les couples homosexuels, « capables de s’engager dans des relations stables ». Il est également permis de penser qu’elle est transposable aux couples composés de plus de deux personnes, même si, au-delà d’un certain nombre de membres, la stabilité risque d’être difficile à attendre. Dans ces conditions, l’on peut conclure que les couples MISSEG s’engageant dans des relations stables sont dans une situation comparable aux couples dits traditionnels s’agissant de l’accès à une union et du bénéfice de règles issues de cette union et destinées à leur protection. La première condition du principe de non-discrimination est donc remplie

S’agissant de la seconde condition, la position de la CEDH a évolué à son égard. Dans un premier temps, la CEDH a jugé cette condition non remplie et conclu que l’article 14, combiné avec les articles 8 ou 12, n’imposait nullement aux États (i) d’ouvrir le mariage aux couples MISSEG ou (ii) de créer pour eux des formes d’unions juridiquement protégées. Sur le premier point (i), la Cour a jugé que l’article 12 reconnaissant à l’homme et à la femme le droit de se marier ne saurait, compte tenu des méthodes d’interprétation retenues par la CEDH, lesquelles octroient un rôle important aux États membres pour statuer sur les questions sensibles, être interprété comme consacrant un droit au mariage pour les couples homosexuels<sup>44</sup>, même si elle a dans cet arrêt accepté que ce texte puisse conférer d’autres droits à ces couples<sup>45</sup>. En outre, adoptant une lecture systémique de la CSDH<sup>46</sup>, la Cour a refusé, sur le terrain de l’article 8 combiné à l’article 14, de reconnaître aux couples homosexuels un droit au mariage qu’elle

<sup>43</sup> Il n’existe pas à ce jour de jurisprudence s’étant prononcée en détail sur l’application du principe de non-discrimination à ces couples. V. en particulier l’occasion manquée qu’aurait constitué l’arrêt *Goodwin* évoqué plus haut.

<sup>44</sup> CEDH, *Schalk et Kopf*, préc., §54-60. V. en dernier lieu CEDH, *Oliari c. Italie*, n<sup>os</sup> 18766/11 et 36030/11, § 192 : « The Court notes that despite the gradual evolution of States on the matter (today there are eleven CoE states that have recognised same-sex marriage) the findings reached in the cases mentioned above remain pertinent. In consequence the Court reiterates that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage. »

<sup>45</sup> Solution réaffirmée not. dans CEDH, *Orlandi et autres c. Italie*, 14 déc. 2017, n<sup>os</sup> 26431/12 et al., §145.

<sup>46</sup> Pour une critique de cette lecture voir WILLEMS 2021.

leur refuse sur le terrain de l'article 12<sup>47</sup>. De même, sur le second point (ii), la CEDH a refusé de reconnaître qu'un État membre aurait dû créer, plus tôt qu'il ne l'a fait, une forme d'union civile enregistrée<sup>48</sup>. Ce faisant, elle a implicitement jugé que la seconde condition n'était pas remplie, en se dispensant de réaliser un contrôle de proportionnalité au motif (discutable) qu'il convenait de laisser sur cette question aux États membres une large marge nationale d'appréciation<sup>49</sup>.

Dans un deuxième temps, toutefois, à partir de l'arrêt *Vallianatos* de 2014<sup>50</sup>, la CEDH a accepté d'examiner sérieusement la seconde condition. Ainsi, dans cette dernière affaire, la Cour a conclu qu'était dépourvue de but légitime et de proportionnalité la législation grecque ayant réservé aux couples hétérosexuels une union civile produisant des effets dégradés par rapport au mariage. Autrement dit, la Cour a considéré que dès lors qu'un État décidait de créer une forme d'union civile autre que le mariage, il devait l'étendre aux couples homosexuels. L'année d'après, dans l'affaire *Oliari*, la Cour a franchi un cap supplémentaire dans une hypothèse où cette fois il n'existait aucune forme d'union civile autre que le mariage. Dans *Oliari*, la Cour a considéré que l'article 8 pouvait imposer à l'Italie une obligation de reconnaître aux couples homosexuels une forme d'union juridiquement protégée<sup>51</sup>.

La Cour l'a fait toutefois dans un contexte particulier, laissant planer quelque incertitudes sur l'extension de cette solution à d'autres contextes (WINTEMUTE 2020 : 184-185). En effet, la caractérisation de la discrimination a été réalisée à partir d'éléments ne se retrouvant pas dans la totalité des États membres, mais seulement en Italie, à savoir le fait que, en dépit de décisions des juridictions internes ayant enjoint au législateur de créer une

<sup>47</sup> CEDH, *Schalk et Kopf*, préc., § 101 où la Cour rappelle que « la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres [...]. Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation ».

<sup>48</sup> *Idem*, §106

<sup>49</sup> Pour une critique de cette utilisation de la marge nationale d'appréciation, en tant que technique alternative au contrôle de proportionnalité, voir MORON-PUECH 2017a §54 et s.

<sup>50</sup> CEDH [GC], *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 nov. 2013, n<sup>os</sup> 29381/09 et 32684/09.

<sup>51</sup> CEDH, *Oliari*, préc., §185. L'argumentation est fondée sur le seul article 8, alors même qu'un grief distinct était articulé sur une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour n'a toutefois pas jugé utile d'examiner ce grief, estimant que sa censure sur le fondement de l'article 8 suffisait.

forme d'union civile pour les couples homosexuels, ce dernier ne s'était pas exécuté. Or, pour la Cour, ce défaut de respect d'une décision de justice constituait *ipso facto* un défaut de but légitime<sup>52</sup>.

Cela étant, il est permis de penser que la Cour a par la suite généralisé cette solution. C'est ce qui nous semble pouvoir être inféré de la lecture de l'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* de 2016<sup>53</sup>. Bien que cet arrêt ne porte pas sur la question du caractère discriminatoire de l'absence d'union civile ouverte aux couples MISSEG<sup>54</sup>, il contient une proposition laissant penser que les magistrats de la Cour sont prêts à admettre que pèserait sur les États une obligation positive de reconnaître les couples de même sexe. C'est en ce sens que nous comprenons les propos de la Cour selon lesquels « [m]ême à supposer qu'à l'époque des faits [2004 ou 2009] la Convention n'imposait pas au Gouvernement [italien] de légiférer pour ouvrir une union civile ou un partenariat enregistré aux couples de même sexe engagés dans une relation durable, afin de reconnaître leur statut de leur garantir certains droits essentiels, cela ne change rien au fait que [...] ». En présentant comme peu probable l'absence d'une telle obligation positive en 2004 ou 2009, la Cour ne laisse planer aucun doute sur sa conviction qu'une telle obligation existerait bien à la date où elle rend l'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie*. Cela n'a rien de surprenant lorsqu'on se rappelle le contrôle très rigoureux de la légitimité du but et de la proportionnalité de la mesure réalisé dans *Vallianatos* et dont on voit mal comment, appliqué à la situation d'un État ne reconnaissant aucune forme d'union, il pourrait aboutir à un constat de non violation du principe de non-discrimination. Au demeurant, l'on relèvera qu'un an après l'arrêt *Taddeucci et McCall*, la Cour va rendre une décision confortant cette interprétation. En effet, dans l'affaire *Orlandi c. Italie*, pour juger contraire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 le refus des autorités italiennes de transcrire en union civile un mariage contracté à l'étranger par deux personnes homosexuelles, la CEDH va se fonder uniquement sur l'absence de but légitime invoqué par les autorités italiennes, sans mentionner l'existence de décisions de juges nationaux obligeant ces autorités à créer une forme d'union civile<sup>55</sup>. Certes

<sup>52</sup> *Idem*, § 184.

<sup>53</sup> CEDH, *Taddeucci et McCall c. Italie*, préc.

<sup>54</sup> Il s'agissait de statuer sur le caractère discriminatoire d'une disposition réservant aux couples MISSEG un droit particulier (en l'espèce un droit de séjour).

<sup>55</sup> CEDH, *Orlandi*, préc., § 209.

l'affaire concerne encore l'Italie, mais la motivation est désormais aisément généralisable à d'autres États.

Dans ces conditions, il est permis de penser que DEPUIS 2016, c'est-à-dire la date de l'arrêt *Taddeucci et McCall* – voire plus tôt –, il existe en droit européen une obligation d'offrir aux couples homosexuels et, par extension, aux couples MISSEG une forme d'union reconnaissant pleinement qu'ils forment une famille. En revanche, cette forme d'union n'a pas à être un mariage, celui-ci continuant à être considéré, même EN 2017 dans l'arrêt *Orlandi*<sup>56</sup>, comme pouvant être réservé aux couples d'homme et de femme. Est-ce à dire, ces unions étant formellement différentes, qu'elles peuvent être également substantiellement différentes, de sorte qu'il serait permis de priver les couples MISSEG de certains avantages réservés aux couples hétérosexuels mariés ? Au premier abord, l'on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative, la CEDH ayant considéré à plusieurs reprises que la forme juridiquement reconnue ouverte aux couples MISSEG n'avait pas à produire les mêmes effets que le mariage<sup>57</sup>. En réalité les choses sont plus complexes, la CEDH et la CJUE se montrant disposées, dans des affaires concernant non plus l'absence d'égal accès aux unions juridiquement protégées mais l'absence d'égal accès à un avantage donné, à appliquer le principe de non-discrimination.

2. L'application du principe de non-discrimination aux avantages réservés aux couples dits traditionnels pose des difficultés différentes de celles rencontrées plus haut. Cette fois ce n'est pas la première condition (la comparabilité ou différence des situations) qui pose problème, mais la seconde (la justification objective et raisonnable). En effet, la jurisprudence n'a guère eu l'occasion d'examiner en détail cette seconde condition. En particulier elle n'a pas eu à examiner sa seconde composante, à savoir la « justification raisonnable », dont on a indiqué plus haut qu'elle reposait sur un contrôle de proportionnalité. Ainsi, les affaires examinées par la CJUE concernaient des cas de discrimination directe<sup>58</sup> où cette deuxième

<sup>56</sup> *Idem*, § 192.

<sup>57</sup> CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, préc., § 108 ; *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, n° 40183/07.

<sup>58</sup> La qualification de « discrimination directe » dans ces affaires a été discutée en doctrine et plusieurs explications ont été proposées de cette interprétation audacieuse de la notion de discrimination directe à propos de règles formulées d'une manière neutre à l'orientation sexuelle (CALVÈS 2020 : 109).

condition n'a pas à être prouvée pour que la discrimination soit caractérisée<sup>59</sup>. Quant à la CEDH, dans les quatre affaires où il était argué d'une discrimination dans l'octroi d'avantages aux seuls couples dits traditionnels, elle n'a pas eu non plus à examiner cette seconde condition. Cela s'explique soit parce que la première condition de la discrimination n'étant pas remplie, la Cour n'a pas eu à mener plus loin le contrôle de conventionnalité<sup>60</sup>, soit parce que, amenée à se prononcer sur la seconde condition, elle a pu constater une absence de but légitime à la différence de traitement ce qui l'a conduit à considérer qu'elle n'avait pas en outre à mener un contrôle de proportionnalité, qu'elle n'avait peut-être par ailleurs pas envie de mener<sup>61</sup> ! Ainsi, dans l'affaire *Taddeucci et McCall*, elle a considéré que le but invoqué par le gouvernement italien – la protection de la famille dite traditionnelle – ne pouvait pas être invoqué à propos du permis. De la comparaison avec l'arrêt *Vallianatos*, où un tel but avait été accepté par la Cour dès lors que l'avantage en question avait trait aux enfants, il est permis de penser que toutes les fois où le problème concerne le seul couple, la protection de la famille traditionnelle ne pourra pas constituer un but légitime, autrement dit une justification raisonnable. Dans la mesure où aucun autre but n'a été invoqué dans toutes ces affaires jugées par la CEDH (et la CJUE) et dans la mesure où l'on peine à envisager lequel pourrait l'être, il est permis de penser que cette deuxième condition pourra aisément être caractérisée dès lors que l'avantage en cause concernera le seul couple, indépendamment des enfants.

Cette facilité à caractériser la deuxième condition ne se retrouve pas en revanche pour la première condition, à savoir l'existence d'une différence de traitements pour des couples situés dans une situation analogue ou bien

<sup>59</sup> Dans ces hypothèses il appartient au gouvernement de prouver qu'existe une justification objective et raisonnable, ce qu'aucun gouvernement n'a pour l'instant cherché à faire.

<sup>60</sup> Voir les affaires *Courten c. France*, *Manenc c. France* et *Aldeguez Tomás c. Espagne* évoquées plus bas.

<sup>61</sup> Comp. CEDH, *Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015, n° 14793/08 où la Cour, dans un contentieux relatif à l'état civil d'une personne transgenre, où était invoqué le seul article 8, accepte de réaliser un contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, quand bien même elle avait déjà constaté l'absence de but légitime à l'ingérence de l'État turc dans les droits de la personne transgenre. La Cour accepte ici de poursuivre son contrôle car elle a un message progressiste à faire passer : l'annonce d'un revirement de jurisprudence quant à la marge d'appréciation des États en matière de changement de la mention du sexe à l'état civil (MORON-PUECH 2015). Le revirement surviendra effectivement dans l'arrêt *AP, Garçon et Nicot*, deux ans plus tard (MORON-PUECH 2017a). Ici, à propos des familles MISSEG, la Cour n'était semble-t-il pas prête à faire passer un tel message progressiste.

l'existence d'un traitement comparable pour des couples placés dans une situation différentes. En effet, l'opération de comparaison des situations ou des différences de traitement offre aux juges une importante marge de manœuvre pour bloquer ou activer le principe de non-discrimination, moins pour des raisons structurelles qu'en raison de la tolérance croissante de la société vis-à-vis des couples MISSEG. Ceci s'observe tant lorsque le juge compare la situation d'un couple MISSEG à celle d'un couple dit traditionnel bénéficiant de certains avantages, en se demandant si le premier est dans une situation comparable au second (*a.*), que lorsque le juge compare la situation de deux couples non mariés (l'un homosexuel et l'autre hétérosexuel), traités identiquement, et en recherchant s'il s'agit de situations différentes (*b.*).

*a.* S'agissant tout d'abord de rechercher si un couple MISSEG est dans une situation comparable à celle d'un couple dit traditionnel bénéficiant de certains avantages, les choses peuvent paraître simples à la lecture de l'arrêt *Schalk et Kopf* déjà mentionné. En effet, dans cet arrêt, la CEDH ne se contente pas de juger que les couples homosexuels – et par extension les couples MISSEG<sup>62</sup> – « se trouvent dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique », elle ajoute que cette similarité concerne également le besoin « de protection de leur relation de couple »<sup>63</sup>. Cependant, cette affirmation ne couvre pas la totalité des avantages découlant d'une union juridiquement reconnue. Comme cela a été rappelé plus haut, à côté des règles ayant pour but la protection du couple ou de ses membres (telles celles sur les violences conjugales) ou de celles facilitant l'identification du couple (telles celles sur le nom), il en est d'autres qui tendent au rapprochement des membres du couple. Or, l'arrêt *Schalk et Kopf* ne dit rien de ces règles. Faut-il en déduire *a contrario* que la première condition du principe de non-discrimination serait à leur égard écartée ? Non, il faut bien davantage y voir une volonté de la Cour de ne pas se prononcer sur ces règles dans cet arrêt, ce que confirme au demeurant un autre passage de l'arrêt où la Cour se refuse, en l'absence de grief précisément formulé par les requérants, à confronter au principe de non-discrimination chacun des avantages réservés aux couples dits traditionnels<sup>64</sup>. Certes, EN 2008, dans

<sup>62</sup> Pour cette généralisation voir *supra* A.1.

<sup>63</sup> CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 30141/04, §93-94.

<sup>64</sup> *Idem*, § 109.



l'arrêt *Courten c. Royaume-Uni* concernant le refus d'octroyer le bénéfice d'exemption fiscale au membre survivant d'un couple homosexuel, la Cour a semblé accepter d'une manière générale que les couples mariés et non mariés ne soient en principe pas dans une situation comparable dès lors que « le mariage demeure une institution dont il est largement accepté qu'elle confère un statut particulier à celles et ceux qui le concluent »<sup>65</sup> (notre traduction). Cependant, deux ans plus tard, dans l'arrêt *Manenc c. France*, la CEDH a accepté la possibilité que ces couples puissent être dans une situation comparable au regard de règles visant à rapprocher les patrimoines du couple, en l'espèce une pension de réversion<sup>66</sup>. Si la CEDH a finalement considéré que ces couples n'étaient pas dans une même situation, elle en a décidé ainsi en s'appuyant non sur une considération générale, mais sur une considération propre à l'affaire, à savoir l'absence de solidarité des couples homosexuels – contrairement aux couples hétérosexuels – quant aux dettes liées aux cotisations sociales ouvrant droit à pension de réversion. La Cour a repris cette même approche casuistique six ans plus tard, dans une affaire *Aldeguer Tomás*, où elle a conclu à nouveau à l'absence de similarité en s'appuyant sur des considérations propres à l'espèce<sup>67</sup>. Dans ces conditions, la question de savoir si et à quelles conditions les couples MISSEG peuvent, au regard de l'article 14 de la CSDHLF, être jugés dans une situation comparable à celles des couples dits traditionnels ne connaît pas dans la jurisprudence actuelle de la CEDH de réponse claire et générale pour les règles œuvrant à un rapprochement des membres du couple. La première condition paraît donc pouvoir être jugée remplie mais sans qu'on ne puisse à ce jour savoir selon quels critères.

En revanche, une indication nette des critères à mettre en œuvre pour décider si des couples homosexuels et hétérosexuels sont ou non dans des situations comparables peut être trouvée dans des arrêts de la CJUE rendus postérieurement aux arrêts *Schalk et Kopf* et *Manenc* de la CEDH<sup>68</sup>. Certes, dans un premier temps, par sa décision *Maruko* de 2008, la CJUE s'est montré prudente dans son appréciation de la comparabilité des situations

<sup>65</sup> CEDH, *Courten c. Royaume-Uni*, 4 nov. 2008, n° 4479/06.

<sup>66</sup> CEDH, *Manenc c. France*, 21 septembre 2010, n° 66686/09.

<sup>67</sup> CEDH, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, 14 juin 2016, n° 35214/09, § 87.

<sup>68</sup> Les deux juridictions s'efforcent en effet d'aligner leurs standards, dans un contexte d'affirmation de principe de l'équivalence de protection des droits humains octroyée par les deux ordres juridiques européens (V. CEDH [GC], *Bosphorus*, 30 juin 2005, n° 45036/98 et art. 52, § 3 CDFUE).

(PALAZZO 2020), cela alors même que par le passé elle s'était montrée très soucieuse d'empêcher toute discrimination dans les couples transgenres quant au versement des pensions de réversion<sup>69</sup>. La CJUE en effet, un peu à l'image de la CEDH dans l'arrêt *Courten*, a renvoyé au juge national le soin de statuer sur ce point, en lui laissant une grande marge de manœuvre puisqu'elle ne lui a donné aucune indication méthodologique<sup>70</sup>. Cependant, dans un deuxième temps, alors que la CEDH venait d'indiquer qu'elle pourrait juger les situations des couples hétérosexuels et homosexuels comparables, la CJUE, tout en continuant à déléguer la tâche de comparaison au juge national, a fixé dans l'affaire *Romer* DE 2011 les critères à suivre pour réaliser cette comparaison<sup>71</sup>. Pour la CJUE « la comparaison des situations doit être fondée sur une analyse focalisée sur les droits et les obligations des époux mariés et des partenaires de vie enregistrés, tels qu'ils résultent des dispositions internes applicables, qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en cause au principal, et non pas consister à vérifier si le droit national a opéré une assimilation juridique générale et complète du partenariat de vie enregistré au mariage »<sup>72</sup>. Enfin, dans un troisième temps, la Cour a accepté de réaliser elle-même ce contrôle, contribuant ainsi à une meilleure effectivité du droit européen de la non-discrimination. Ainsi, dans une affaire *Hay* DE 2013, la CJUE a jugé la situation d'un couple hétérosexuel comparable à celle d'un couple homosexuel pour l'octroi d'un congé lié à la conclusion de ces unions. Pour la CJUE, dès lors en effet que cette prestation avait pour objet d'octroyer

<sup>69</sup> CJCE, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, 7 janv. 2004, n° C-117/01. Arrêt rendu toutefois en application non pas de la directive discrimination citée *supra* note 38, mais de l'article 141 du traité sur les communautés européennes d'une part et de la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins d'autre part.

<sup>70</sup> CJUE, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [Maruko]*, 1<sup>er</sup> avr. 2008, C-267/06, § 73 : « Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si un partenaire de vie survivant est dans une situation comparable à celle d'un époux bénéficiaire de la prestation de survie prévue par le régime de prévoyance professionnelle géré par la VdB. »

<sup>71</sup> CJUE [GC], *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg [Romer]*, 10 mai 2011, C-147/08, § 52 : « L'appréciation de la comparabilité relève de la compétence de la juridiction de renvoi et doit être focalisée sur les droits et obligations respectifs des époux et des personnes engagées dans un partenariat de vie, tels qu'ils sont régis dans le cadre des institutions correspondantes, qui sont pertinents compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de la prestation en question. »

<sup>72</sup> CJUE, *Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres [Hay]*, 12 déc. 2013, C-267/12, §34 où elle réécrit de manière explicite le raisonnement suivi dans l'arrêt *Romer*.

des jours de congés aux personnes s'unissant civilement d'une part et était subordonnée à la conclusion d'une telle union d'autre part, il fallait l'ouvrir aux couples homosexuels s'unissant par un PACS, lequel était à la date des faits la seule forme d'union juridiquement reconnue ouverte aux personnes homosexuelles. Dans ces conditions, il est désormais permis de conclure que, pour les règles œuvrant au rapprochement des membres du couple, les couples MISSEG *peuvent* se trouver dans une situation comparable à celle des autres couples. Pour qu'il en soit ainsi il faut que l'objet et les conditions de la règle en cause permettent son extension aux couples MISSEG.

*b.* S'agissant ensuite de rechercher si sont placés dans une situation différente deux couples non mariés, l'un homosexuel et l'autre hétérosexuel, traités de manière comparable, la Cour a initialement aussi répondu par la négative. Ainsi, EN 2012, dans l'affaire *Gas et Dubois*<sup>73</sup> – qui concernait une question qui sera examinée plus loin – la Cour a considéré que, vis-à-vis des couples hétérosexuels non mariés, les couples homosexuels non mariés étaient dans une situation similaire, de sorte qu'ils ne pouvaient se plaindre d'aucune discrimination dans le fait d'être traités d'une manière similaire à ces couples. Le constat de cette identité de situation n'était cependant aucunement argumenté<sup>74</sup> et pouvait laisser penser que la décision n'était pas dépourvue d'un certain arbitraire. Finalement, quatre ans plus tard, dans l'affaire *Taddeucci et McCall* précitée, la Cour va faire l'effort d'argumenter et parvenir cette fois à une conclusion inverse, motif pris que les couples homosexuels, contrairement aux couples hétérosexuels, n'ont pas la possibilité d'accéder au mariage et rencontrent de ce fait un obstacle irrésistible pour accéder aux avantages réservés aux couples mariés<sup>75</sup>. Compte tenu de cette motivation, il est permis de conclure que, en l'état actuel de la jurisprudence de la CEDH, toutes les fois où un couple homosexuel – et par extension un couple MISSEG – se trouve empêché de manière insurmontable d'accéder à un avantage ouvert aux couples dits traditionnels se mariant, une discrimination peut être caractérisée. On le voit, dans nombre de situations, il sera désormais possible de caractériser la première condition d'une discrimination soit en comparant le couple MISSEG avec un couple marié traité différemment, soit en le comparant avec un couple non marié traité identiquement. Dès lors, compte tenu de la relative facilité

<sup>73</sup> CEDH, *Gas et Dubois*, 15 mars 2012, n° 25951/07.

<sup>74</sup> *Idem*, § 69.

<sup>75</sup> CEDH, *Taddeucci et McCall*, § 83.

évoquée plus haut à caractériser la seconde condition de l'existence d'une discrimination, il nous semble possible de conclure que le principe de non-discrimination constitue un instrument efficace pour qu'à l'avenir<sup>76</sup> soit étendus aux couples MISSEG les avantages concernant les rapports entre les membres du couple aus-mêmes. Une conclusion assez différente peut être tirée à propos de l'application du principe de non-discrimination aux règles gouvernant non plus les rapports horizontaux entre les membres du couple, mais les rapports verticaux entre le couple et le ou les enfants<sup>77</sup>.

### 3. LES DIFFICULTÉS CONCERNANT LE LIEN ENTRE LE COUPLE ET L'ENFANT

Comme précédemment, seront d'abord évoquées les difficultés affectant le lien entre le couple et l'enfant (A.), puis l'on s'intéressera à la résolution de ces difficultés (B.)

#### A. PRÉSENTATION DES DIFFICULTÉS

Les difficultés rencontrées par les couples MISSEG dans l'établissement d'un lien avec l'enfant peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir d'abord de difficultés tenant à l'impossibilité *d'établir un lien biologique* avec un enfant engendré (1.). Il peut s'agir ensuite de difficultés affectant le *lien juridique*, qu'il s'agisse de l'établissement de ce lien ou de son maintien (2.).

1. La difficulté la plus radicale à laquelle peuvent être confrontés les couples MISSEG résulte de l'impossibilité d'engendrer et d'établir un lien biologique avec un enfant. Cette impossibilité résulte à la fois de contraintes matérielles et juridiques.

S'agissant des contraintes matérielles, les membres d'un couple MISSEG peuvent avoir perdu leurs facultés procréatrices à la suite de traitements hormonaux ou chirurgicaux non pleinement consentis. Si ces traitements paraissent avoir disparu s'agissant des personnes homosexuelles

<sup>76</sup> Pour une application rétroactive le principe de non-discrimination risque en revanche de se montrer insuffisant ; v. l'affaire *Aldeguer Tomás c. Espagne* précitée. Bien que l'affaire ait été rendue à une époque où l'on se serait attendue à ce que le principe de non-discrimination triomphe, tel n'a pas été le cas, en grande partie car il s'agissait d'étendre de manière rétroactive, avant 2007, des avantages jusqu'alors réservés aux couples de même sexe.

<sup>77</sup> Rappr. WINTEMUTE 2020, qui s'appuyant sur l'affaire *Oliari* trace une ligne de partage entre les « droits essentiels » (*core rights* dit la CEDH) et les « droits supplémentaires » (*supplementary rights* dit la CEDH), sans toutefois préciser quel critère pourrait être utilisé pour classer un droit dans l'une de ces deux catégories.

susceptibles hier d'être soumises à des traitements de castration chimique – parfois à titre de sanction pénale –, ils demeurent encore dans plusieurs pays européens pour les personnes transgenres et intersexuées (SCHNEIDER 2012 ; SCHERPE 2015, 2017). Les premières, afin d'obtenir le droit de modifier leur marqueur de sexe/genre à l'état civil puisque, trop souvent, un tel changement est subordonné à la perte des facultés procréatrices<sup>78</sup>. Les secondes, pour pouvoir « rentrer » dans un état civil, leur corps « indéterminé » empêchant prétendument de les rattacher à l'une des deux catégories de sexe ou de genre reconnues : le masculin et le féminin<sup>79</sup>.

Quant aux obstacles juridiques, il s'agit des règles réservant aux couples dits traditionnels la possibilité de bénéficier des techniques d'assistance médicale à la procréation (y compris la gestation pour autrui et la greffe d'utérus). Ces techniques sont en effet souvent réservées aux couples dits traditionnels, au motif que l'infertilité y serait pathologique et mériterait une prise en charge.

2. Outre ces difficultés concernant l'établissement d'un lien biologique, les couples MISSEG connaissent davantage encore des difficultés à établir ou maintenir un lien juridique avec un enfant. S'agissant de l'établissement du lien, on songe en premier lieu aux difficultés rencontrées par les couples MISSEG ayant recours à l'étranger à des techniques d'assistance à la procréation (y compris la gestation pour autrui) et qui se heurtent, de retour dans leur pays, à un refus des États de reconnaître les liens de filiation régulièrement établis à l'étranger. Si ces difficultés concernent toutes les gestations pour autrui, elles affectent cependant plus durablement les familles MISSEG. Des difficultés se posent également quant à l'adoption de l'enfant du conjoint, l'adoption conjointe étant souvent réservée aux couples mariés et donc, dans certains pays européens, aux couples dits traditionnels.

Enfin, peuvent se poser des difficultés quant au maintien du lien de filiation ou à tout le moins de l'autorité parentale qui en découle. En effet, à l'occasion de séparation des membres du couple ou de décès de l'un d'entre eux, les autorités nationales peuvent décider de priver lu parenx MISSEG de

<sup>78</sup> V. CEDH, *AP, Garçon et Nicot c. France*, 6 avr. 2017, n<sup>os</sup> 79885/12 *et al.*, sanctionnant un courant jurisprudentiel imposant une stérilisation pour l'accès au changement de genre. Rappr. CEDH, *Y.Y. c. Turquie*, 10 mars 2015, n<sup>o</sup> 14793/08, sanctionnant une législation imposant la stérilisation comme prérequis à la chirurgie de réassignation, elle-même préalable au changement d'état civil.

<sup>79</sup> V. en France la Circulaire du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, § 55.

ses droits sur l'enfant au motif qu'al n'en serait pas le parent biologique<sup>80</sup> ou encore qu'en raison de son orientation sexuelle ou de son identité de genre, al serait inapte à s'occuper de l'enfant.

## B. RÉOLUTION DES DIFFICULTÉS

Différentes normes peuvent être utilisées pour traiter les difficultés rencontrées par les familles MISSEG concernant les liens entre les membres du couple et l'enfant. Il s'agit d'une part des normes protégeant l'intégrité des personnes (1.) et d'autre part de celles prohibant les discriminations en lien avec le droit au respect de la vie privée et familiale (2.), l'application des premières posant moins de difficultés que les secondes.

1. Le droit à l'intégrité des personnes constitue un moyen pour dépasser les obstacles matériels auxquels sont confrontés les couples MISSEG pour établir un lien biologique. En effet, les traitements médicaux auxquels ces personnes sont soumises, allant parfois jusqu'à la stérilisation, semblent difficilement compatibles avec la prohibition des actes de torture et des traitements inhumains et dégradants<sup>81</sup> ou même simplement avec le droit au respect de la vie privée, lequel inclut un droit à l'autonomie personnelle peu compatible avec des stérilisations non consenties ou à tout le moins consenties sous la contrainte ou sans consentement éclairé<sup>82</sup>. À se limiter aux affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme, cette dernière a pu considérer dans l'affaire *A.P., Garçon et Nicot* DE 2017 que la stérilisation ne pouvait pas constituer une condition d'accès au changement d'état civil, en ce qu'elle plaçait les personnes transgenres face à un dilemme insoluble entre leur droit à l'intégrité physique et leur droit au respect de leur identité de genre, tous deux garantis par l'article 8<sup>83</sup>. Par analogie cette décision paraît également pouvoir s'appliquer à l'hypothèse où la personne s'oppose à la stérilisation en invoquant également son droit au respect de ses décisions de devenir parent *via* ses propres gamètes<sup>84</sup>. Pour en revenir à l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot*, la Cour y a bien souligné qu'elle n'entendait pas se contenter d'une approche strictement formelle du consentement. La Cour affirme ainsi dans cet arrêt qu'un « traitement médical n'est pas

<sup>80</sup> Rappr., Cass., 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336 : *Aj Famille*, 2005, p. 321, note Fr. Chénéde.

<sup>81</sup> CEDH, *M c. France*, n° 42821/18, affaire communiquée le 22 septembre 2020.

<sup>82</sup> Rappr. CEDH, *V.C. c. Slovaquie*, 8 nov. 2011, retenant une violation de l'article 3 en présence d'une stérilisation pour laquelle le consentement donné n'a pas été jugé éclairé par la CEDH.

<sup>83</sup> CEDH, *A.P., Nicot et Garçon*, 6 avr. 2017, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13, §132.

<sup>84</sup> Rappr. CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, 6 avr. 2007, n° 6339/05, § 71.

véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel ». Le même raisonnement nous paraît par analogie pouvoir s'appliquer aux personnes intersexuées faisant l'objet de stérilisation, sans leur consentement personnel, mais avec le consentement peu éclairé de leurs parents (ceux-ci consentant sur la base d'indication médicale selon lesquelles leur enfant sain serait prétendument atteint d'une pathologie). Par ailleurs, pour ces stérilisations, à l'argument du défaut de consentement, s'ajoute l'absence de nécessité médicale<sup>85</sup> qui paraît faire obstacle à toute opération non consentie directement par l'enfant<sup>86</sup>.

2. Les normes garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, combinées le cas échéant avec les principes de non-discrimination et d'intérêt supérieur de l'enfant, permettent également de résoudre certaines des difficultés concernant l'accès à la procréation, l'établissement du lien de filiation ou encore le maintien de ce lien. Pour ces dernières, précisons qu'au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est bien la composante « vie familiale » de l'article 8 de la CSDH qui protégera les familles MISSEG lorsqu'il s'agira d'établir ou de maintenir un lien biologique de filiation à l'égard d'un enfant déjà rattaché *en fait* au couple. En revanche, ce sera la composante « vie privée » de ce texte qui s'appliquera lorsqu'il s'agira de donner au couple le droit d'établir un lien de fait et de droit avec un enfant désiré. En effet, la Cour considère que le droit au respect de la vie familiale ne confère pas le droit à fonder une famille et notamment pas celui d'« avoir » des enfants *via* les techniques d'assistance à la procréation (y compris la GPA) ou encore l'adoption<sup>87</sup>. Pour la Cour, ce droit permet seulement de protéger des liens (biologiques ou juridiques) déjà existants. Cela étant, dans plusieurs arrêts, la Cour a pallié cette lacune *via* la composante « vie privée » de l'article 8. Elle a ainsi jugé que la vie privée comprenait le droit au respect du projet parental<sup>88</sup>. Cette différence de fondement a son importance car ce ne seront pas les mêmes raisonnements qui seront mobilisés pour protéger les familles MISSEG au stade de la création d'une famille verticale (*a.*) ou à celui de sa

<sup>85</sup> Sur la démonstration de l'absence de nécessité médicale, voir. MORON-PUECH 2017*b*.

<sup>86</sup> Rapp. CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, 11 juill. 2006, n° 54810/00, § 69.

<sup>87</sup> Pour l'adoption, voir not. CEDH, GC, *X. et a. c. Autriche*, 19 févr. 2013, n° 19010/07, § 135.

<sup>88</sup> CEDH, *Evans* préc. ou, plus récemment, GC, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janv. 2017, n° 25358/12, § 163

protection (b.).

a. S'agissant tout d'abord de la création d'une famille verticale, même s'il n'existe pas de « droit à l'enfant » qui enjoindrait aux États une obligation positive d'aider les couples MISSEG à devenir parents, la Cour a estimé que, lorsque ce droit était ouvert, il devait l'être sans discrimination<sup>89</sup>. La question se pose alors de savoir si est ou non discriminatoire un dispositif qui ferme l'adoption ou les techniques d'aide à la procréation (y compris gestation pour autrui et greffe d'utérus) à une personne seule ou à un couple à raison de leur appartenance à la catégorie des MISSEG. La Cour a eu à cet égard des positions contrastées, en semblant distinguer l'adoption des techniques d'aide à la procréation.

S'agissant premièrement de l'adoption, la Cour a fini par accepter EN 2008, dans l'arrêt *E. B. c. France*, que lorsqu'une différence de traitement de situations comparables était fondée sur l'orientation sexuelle, celle-ci ne pouvait en aucun cas reposer sur une justification légitime<sup>90</sup>, de sorte qu'elle était inconstitutionnelle. Auparavant, en 1997, la Cour avait jugé qu'il était loisible au gouvernement d'invoquer l'orientation sexuelle et d'autres buts pour justifier la différence de traitement. Toutefois, l'affirmation à partir DE 1999 qu'une telle discrimination, « nonobstant tout argument contraire possible », ne saurait être « tolér[ée] »<sup>91</sup> a changé la donne et a conduit au revirement DE 2008. Bien que rendue à propos des seules minorités homosexuelles, cette affirmation nous paraît devoir être étendue à tous les couples MISSEG. Peut-elle également être étendue en dehors de l'adoption, c'est-à-dire aux techniques d'aide à la procréation ? S'il n'existe pas de décision de la CEDH portant, sur le fond<sup>92</sup>, spécifiquement sur cette question, on peut, à l'image du Conseil d'État français (2018 : p. 49), avoir quelque doute sur l'existence d'une discrimination, compte tenu des propos tenus par la CEDH dans l'arrêt *Gas et Dubois*. Dans celui-ci, la CEDH a en effet considéré qu'au regard de l'insémination artificielle avec tiers donneur, les couples de même sexe ne se trouvaient pas dans une situation comparable

<sup>89</sup> CEDH, GC, *E. B. c. France*, 22 janv. 2008, n° 43546/02, § 135.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> CEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, 21 déc. 1999, n° 33290/96, qui transpose à l'orientation sexuelle un raisonnement déjà tenu pour la religion dans CEDH, *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, n° 12875/87.

<sup>92</sup> Pour une décision portant sur la recevabilité, voir CEDH, *Charron et Merle-Montet*, 16 janv. 2018, n° 22612/15.



aux couples de sexe différent<sup>93</sup>, compte tenu dans ce dernier cas du caractère pathologique de l'infertilité. Affirmée EN 2012, au détour d'un arrêt qui ne portait pas sur la question de l'IAD, cette phrase nous paraît discutable. En effet, médicalement, l'IAD ne constitue pas un soin thérapeutique – le couple n'est pas guéri de son infertilité – mais un soin palliatif. Dès lors, au regard de l'acte médical en cause, invoquer le caractère pathologique de l'infertilité apparaît sans intérêt et relève très largement d'une construction sociale destinée à légitimer *a posteriori* la fermeture de l'IAD aux couples de même sexe. D'ailleurs, la Cour constitutionnelle autrichienne ne s'y est pas trompée. Ainsi, lorsqu'elle a eu à examiner minutieusement le caractère discriminatoire d'une législation réservant l'IAD aux couples de sexe différent, elle n'a aucunement considéré qu'il y avait là des situations différentes ne pouvant pas être comparées. Pour elle, ces situations étaient évidemment comparables<sup>94</sup>, ce qui l'a alors conduit à examiner les justifications de ces différences de traitement et, en l'absence d'un tel but, à les déclarer contraire aux articles 8 et 14 de la Convention (intégrée par la Cour autrichienne à son « bloc de constitutionalité »)<sup>95</sup>. Est-il possible de considérer également que cette analyse, décidée à propos de l'IAD, puisse être appliquée aux autres techniques? Selon nous, tant que les couples sont au regard de ces techniques dans des situations comparables, rien ne l'empêche. Voilà pourquoi, du point de vue de la création d'une famille verticale, les familles MISSEG devraient pouvoir bénéficier des droits reconnus toutes les fois où ce droit est ouvert aux couples de sexe différent.

*b.* Concernant ensuite la protection de la famille verticale, il faut distinguer ici la question de la reconnaissance d'une famille de fait, de celle du maintien d'un lien déjà établi. Sur le second cas, il est possible d'être bref en relevant que, à propos de couples homosexuels, la CEDH a considéré comme discriminatoire le fait de décider de la garde d'un enfant en tenant compte de l'homosexualité d'un des parents<sup>96</sup>. La solution peut aisément être reproduite à toutes les autres décisions attentatoires aux droits parentaux et fondées sur la *seule* orientation sexuelle, voire l'identité et l'expression de genre ou encore les caractéristiques sexuées du requérant. Sur le premier cas (reconnaissance d'une famille MISSEG verticale de fait), il faut

<sup>93</sup> CEDH, *Gas et Dubois*, 15 mars 2012, n° 25951/07.

<sup>94</sup> Cela lui est tellement évident qu'elle ne prend pas même la peine de le vérifier.

<sup>95</sup> VfGH, 12 oct. 2013, n° G 16/2013-16, §2.6. et s.

<sup>96</sup> *Salgueiro da Silva Mouta*, préc.

distinguer les hypothèses de discrimination directe de celles de discriminations indirectes, beaucoup plus fréquentes. S’agissant de la différence de traitement fondée directement sur l’orientation sexuelle, elle se rencontre par exemple dans l’affaire *X. et a. c. Autriche*<sup>97</sup>, où il a été jugé que la différence de traitement ne pouvait être justifiée que par des motifs impérieux, ce qui n’était pas le cas en l’espèce. À l’inverse, lorsque ce motif discriminatoire n’apparaît pas<sup>98</sup> et donc que la discrimination n’est qu’indirecte, alors la Cour a tendance à juger que l’État peut avancer un but tiré de la protection de la famille traditionnelle et que l’atteinte portée au droit au respect de la vie familiale des membres de couple est proportionnée, ainsi qu’elle l’a fait dans *X. Y. et Z. c. Royaume-Uni* à propos d’une famille transparente ou de *Gas et Dubois* à propos d’une famille homoparentale. Faut-il alors en déduire qu’en présence d’un refus de reconnaître une famille MISSEG, aucun lien de filiation ne pourra être établi ? Nullement. En effet, qu’il s’agisse des arrêts *Paradisio et Campanelli* ou *Menesson*, il y a été jugé, sur le fondement cette fois du droit au respect de vie privée, qu’un lien de filiation (ou d’adoption) devrait toujours être établi sur le fondement de l’intérêt supérieur de l’enfant.

Où l’on voit comment, par différents leviers, les droits des familles MISSEG relativement aux liens entre le couple et ses enfants se trouvent aujourd’hui correctement protégés. À certains égards, si l’on s’en tient à la question de la reconnaissance des couples, l’état du droit paraît plus protecteur des liens enfant/couples que des liens entre les membres du couple eux-mêmes cela en raison du principe d’intérêt supérieur de l’enfant.

Benjamin Moron-Puech

benjamin.moron-puech@u-paris2.fr

Enseignant-chercheur au Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas

## BIBLIOGRAPHIE

- ALPHERATZ, 2018, *Grammaire du français inclusif*, Vent solars, Chateauroux.
- BONNET V., 2006, « Un mariage fictif d’un nouveau genre », in *Recueil Dalloz* : 772-780.
- BARBOU DES PLACES S. et DEFFAINS N., 2015, « Morale et marge nationale d’ap-

<sup>97</sup> CEDH, *X. et a. c. Autriche*

<sup>98</sup> Par exemple la raison du non accès tient au fait que l’adoption ou la PMA serait réservée dans un couple de même sexe.

- préciation dans la jurisprudence des Cours européennes », in S. Barbou Des Places, R. Hernu et Ph. Maddalon (dir.), *Morale(s) et droits européens*, Bruylant, Bruxelles : 49-72.
- CALVÈS G., 2020, « L'introuvable définition « européenne » de la discrimination indirecte. L'exemple du sexe et de l'orientation sexuelle », in D. Borrillo et F. Lemaire (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris : 95-114.
- CONSEIL d'ÉTAT 2018, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, La documentation française, Paris
- FOLLESDAL A., 2017, « Exporting the margin of appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights », in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 2 : 359-371.
- HERNU R., 2020, « Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE », *Titre VII*, n° 4, avr. 2020.
- MORON-PUECH B., 2013, « Aspects juridiques et éthiques des actes médicaux de conformation sexuée réalisés sur des personnes mineures », in *Revue de droit de la santé*, Hors série, n° 50 : 200-214.
- MORON-PUECH B., 2015, « Conditions du changement de sexe à l'état civil : le droit français à l'épreuve de l'arrêt Y. Y. c/ Turquie du 10 mars 2015 », *La Revue des Droits de l'Homme – Actualités Droits-Libertés*, mars 2015.
- MORON-PUECH B., 2017a, « L'arrêt A. P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées », in *La Revue des Droits de l'Homme*.
- MORON-PUECH B., 2017b, « Les droits des personnes intersexuées. Chantiers à venir », *La Revue des Droits de l'Homme*, vol. 11.
- MORON-PUECH B., 2020, « Droit de l'Union européenne et familles transparentales et interparentales », in E. Bernard, M. Cresp et M. Ho-Dac (dir.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles : 153 et s.
- PALAZZO N., 2020, « The EU Family: Is Marital Status Emerging as a Prohibited Ground of Discrimination? », in E. Bernard, M. Cresp et M. Ho-Dac (dir.), *La famille dans l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles : 137-154.
- SCHNEIDER É., 2012, *Les droits des enfants intersexes et trans' sont-ils respectés en Europe ? Une perspective*, Conseil de l'Europe, Strasbourg.
- SCHERPE J. M. (dir.), 2015, *The Legal Status of Transgender and Transsexual Persons*, Intersentia, Cambridge.
- SCHERPE J. M. (dir.), 2017, *The Legal Status of Intersex Persons*, Intersentia, Cambridge.
- WILLEMS E., 2021 « Le droit de la famille réformé par les juges des droits de l'homme : Réflexions sur la diversité des stratégies juridictionnelles et les enjeux

du dialogue interjuridictionnel au départ du cas du mariage homosexuel », in *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 11, n° 2S (à paraître).

TRIFONIDOU A. et WINTEMUTE R., 2021, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs (European Union).

WINTEMUTE R., 2020, « Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la CourEDH et la CJUE », in D. Borrillo et F. Lemaire (dir.), *Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, L'Harmattan, Paris : 165-198.