

# Les exclu(e)s de la réforme du droit de la famille

\*Cet article est une version simplifiée et modifiée en fonction de l'actualité politique d'un autre article publié dans la revue *Mouvements* sous le titre "La protection juridique des nouvelles formes familiales: le cas des familles homoparentales", n° 8, mars-avril 2000.

(1) *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* Rapport au Garde de Sceaux du groupe de travail présidé par F. Dekeuwer-Defossez; La documentation française, Paris 1999. Et *Couple filiation et parenté aujourd'hui: le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, I. Théry, Ed. Odile Jacob, Paris 1998.

(2) F. Dekeuwer-Defossez, "Modèles et normes en droit contemporain de la famille", *Mélanges Christian Mouly*, Litec.

Le gouvernement vient d'annoncer son engagement formel pour une nouvelle réforme du droit de la famille. Une fois le PaCS voté, le moment est arrivé d'envisager une modification de fond des règles familiales. Tout porte cependant à croire que cette réforme — volontairement discrète — ne concernera pas les couples de même sexe, les familles homoparentales ni même d'ailleurs les familles monoparentales. En effet, à la lecture de deux rapports remis successivement au gouvernement — celui d'Irène Théry et F. Dekeuwer-Defossez (1) —, il semble évident que la notion de famille reste réservée aux couples mariés ou à ceux ayant au moins la charge d'un enfant. La capacité biologique d'engendrement du couple hétérosexuel, ou tout au moins sa possibilité virtuelle constituerait, d'après les rapports, la base permettant de définir les liens familiaux. Dans sa lettre de mission, la ministre de la justice, elle-même, présente la famille comme étant le "lieu symbolique de la différence de sexes"; autrement dit, là où il n'y a pas de différence de sexe (couples homosexuels) il n'y a pas de famille. Dans ces deux rapports précités, on comprend rapidement que le mariage et la famille apparaissent comme des institutions investies d'une fonction sociale et anthropologique ayant comme but d'octroyer une place symbolique aux individus. Au nom de quoi ces institutions doivent conserver leur qualité et demeurer indisponibles aux individus. En effet, d'après madame Théry, le mariage doit nécessairement continuer à conserver sa nature hétérosexuelle puisque, selon elle, il "engage le sens du masculin et du féminin". D'après la sociologue, il est non seulement l'institution du couple mais "le socle et la sécurité de la filiation". Les deux rapports s'accordent ainsi sur la nécessité de construire une "norme d'indissolubilité" du lien, un "idéal de coparentalité" face à la "crise de l'institution", aux "effets destructeurs pour l'individu", et à "l'angoisse identitaire". L'enfant apparaît comme le centre de la filiation et le vecteur d'unité et c'est pour cela que l'on "ne peut plus assimiler systématiquement une famille à un ménage". Il est donc bien clair que seront seulement considérés comme des familles les couples mariés et les couples non mariés ayant au moins un enfant. Le couple parental est présenté par le rapport Dekeuwer-Defossez comme la "référence fondatrice". Dans un article de 1998 la juriste affirmait déjà que "la famille étant désormais construite à partir des liens de filiation, et non plus à partir du couple, on s'explique aisément la caren-

ce normative relative aux familles recomposées ou secondes familles". Plus loin, elle souligne: "l'exigence première et incontournable est l'hétérosexualité du couple qui, seule, lui permet de revendiquer certains droits et surtout être reconnu comme couple parental". L'idéologue de la réforme fait aussi parler les sociologues et les juristes qui, d'après elle, "ont de nouveau pris conscience de ce que le contrôle des unions fécondes fait partie des fonctions sociales essentielles, et redécouvert que le couple hétérosexuel stable est le meilleur berceau des enfants" (2). Ainsi, la question des familles homoparentales a créé une nouvelle ligne de partage entre les partisans d'une famille de nature universelle, fondée sur la différence de sexes et l'aptitude biologique à avoir des enfants et ceux qui, refusant toute référence transcendante, conçoivent la famille comme une construction sociale au service du bonheur individuel.

## La question des familles homoparentales a créé une nouvelle ligne de partage

### Deux conceptions de "la" famille

Les défenseurs du premier modèle, bien que provenant d'horizons très variés, partagent tous la même croyance en une dimension canonique et supra-individuel de la famille. Que ce soit au nom de l'ordre symbolique ou en vertu de la loi naturelle, qu'il s'agisse du mariage classique ou du couple parental, la famille doit nécessairement se fonder sur la différence des sexes, instituée en tant que règle anhistorique. Aussi bien au niveau de l'alliance qu'à celui de la filiation, la différence des sexes constitue un ordre extérieur, indisponible pour les individus, s'imposant même au Législateur. C'est ainsi le canon, en tant que règle énoncée par le droit, qui consacre l'entité familiale déterminée a priori comme nécessairement hétérosexuelle. Les gays et les lesbiennes se trouvent par conséquent exclus du droit à fonder une famille en vertu de cette exclusivité du modèle hétérosexuel, seul capable de garantir la stabilité sociale et l'équilibre individuel. Aussi bien l'équilibre de l'enfant que les structures élémentaires de la parenté se trouveraient mis en péril par les revendications homosexuelles. Face à cette conception normative de la famille, fondée sur une idée du droit comme instrument d'orthopédie sociale, se développe progressivement une autre manière de penser l'organisation familiale et les instruments juridiques qui permettent de la protéger. En effet, l'éclatement de la famille traditionnelle, la généralisation de l'union libre, le nombre croissant d'enfants nés hors mariage, le désir de filiation des couples homosexuels,

ont obligé le droit à proposer des règles plus adaptées aux nouvelles formes d'organisation sociale. Comme le note le professeur Carbonnier, de nos jours *"la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit de la famille; nous parlons plutôt d'un droit de l'Homme à la famille: c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'État"*. La primauté de l'individu et le caractère contractuel apparaissent dans cette conception comme les éléments constitutifs des familles contemporaines. À la différence de la conception canoniste, cette vision, que nous pouvons appeler phénoménologique, privilégie l'autonomie de la volonté, l'immanence et la liberté. À la famille canonique définie du haut par le droit étatique sur les bases du code civil, la philosophie de droits de l'homme oppose le concept de "vie familiale", protégée par la Convention européenne.

### La vie familiale selon l'Europe

En remplaçant la notion traditionnelle de famille par celle de "vie familiale" (telle qu'elle est énoncée dans la Convention des Droits de l'homme), l'évolution de la jurisprudence européenne me semble plus à même de protéger la pluralité des familles: l'homoparentalité serait ainsi considérée comme une forme aussi légitime que toute autre organisation familiale. L'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme, l'un des plus riches en matière de droits protégés, indique: *"Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui"*.

Entre 1955 — date à laquelle la première plainte d'un homosexuel a été déposée — et 1977, la Commission a considéré que si la "vie sexuelle" relève du domaine de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention, les ingérences de l'État dans ce droit consistant à pénaliser les relations homosexuelles étaient justifiées par la poursuite des buts "légitimes", en particulier la protection de la santé et de la morale ou celle des droits d'autrui. En 1977, vingt-deux ans après la première affaire, la Commission déclare enfin admissible une requête concernant l'homosexualité. Ainsi, pour la première fois, la Commission se penche sur une plainte contre une loi pénalisant la sodomie, et considère cette disposition comme pouvant être incompatible avec la notion de "vie privée" protégée par la Convention. Il faudra attendre quatre ans pour que l'incompatibilité d'une telle législation avec la Convention soit formellement déclarée. En effet, en 1981 la Cour condamne l'État britannique en considérant que le maintien de la pénalisation des rapports homosexuels entre adultes consentants constitue une violation du droit à la vie privée. Plus tard, à deux

reprises, la Cour confirmera son point de vue en condamnant d'abord l'Irlande et ensuite Chypre.

En ce sens, l'évolution herméneutique de la notion de "vie privée" a permis de protéger efficacement les rapports homosexuels entre adultes consentants. Il n'y a pas de raisons pour qu'un développement similaire ne se produise pas en relation avec la notion de "vie familiale". En effet, la "vie familiale" est interprétée par la Cour de Strasbourg de façon autonome, c'est-à-dire indépendamment de la qualification que les États font des liens entre personnes. Autrement dit, peu importe si une situation est considérée comme une famille par les États membres, la Cour se réserve la liberté d'analyser au cas par cas et de décider en fonction de ses critères propres, sans tenir nécessairement compte du droit national. Ainsi, la stabilité de la relation, la contribution à l'entretien du foyer, la durée du lien ou la volonté des parties peuvent être considérés comme des éléments suffisants pour qualifier une situation spécifique comme étant une vie familiale. Enfin, rappelons-le, la Convention Européenne est considérée par la Cour comme *"un instrument vivant qui doit être interprété selon les conditions actuelles d'application"*.

## La France vs l'Europe

L'interprétation sociologique a systématiquement été utilisée par la Cour qui considère que la philosophie des droits de l'homme ne peut nullement être cristallisée dans une norme juridique, celle-ci étant une déclaration de principes susceptible d'évoluer. La Convention doit être interprétée donc *"à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés démocratiques"*, caractérisées par *"le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture"*.

### X, Y, Z

Concernant la reconnaissance des familles homoparentales, deux décisions me semblent capitales: X, Y, Z c. Royaume-Uni et Sutherland c. Royaume-Uni, toutes de 1997. Prenons l'exemple de l'affaire X, Y, Z c. Royaume-Uni. Dans cette affaire, "X" est un transsexuel femme devenu homme. "Y", sa compagne, une femme hétérosexuelle. Et "Z" leur fille issue d'une insémination artificielle avec donneur. X, le transsexuel femme devenu homme, demande aux autorités britanniques de l'inscrire en tant que père de Z. L'État refuse la demande arguant du fait qu'il n'y a pas eu de changement d'état civil, qu'X est donc toujours considéré comme une femme. En conséquence de quoi, il ne peut se réclamer de la paternité de Z: une femme ne peut pas être un père. La famille en question fait appel à la Cour Européenne et celle-ci note que *"lorsqu'il s'agit de décider s'il y a vie familiale, un certain nombre de facteurs entrent en considération tels que le temps de vie commune, la qualité de la relation, leurs compromis mutuels, la présence d'enfants"*. En somme, tout élément susceptible d'informer de la réalité familiale factuelle. La Cour a reconnu qu'il existe une famille de facto entre une femme, un transsexuel et leur enfant issu d'une insémination artificielle avec donneur.

Le but de l'article 8 n'est pas tant de protéger la famille dans le sens classique, traditionnellement donné à celle-ci par les États, mais plutôt l'exercice du droit subjectif à

la vie familiale. La Convention assure le respect de la dignité humaine en garantissant aux individus la possibilité et surtout la liberté d'organiser leur vie privée et leur vie familiale comme ils entendent le faire. La Cour elle-même a pu signaler que *"l'article 8 comprend le droit de créer et développer des relations avec d'autres individus"*. Au nom de quel principe cette même Cour pourra continuer de refuser la qualification de "vie familiale" lorsqu'il s'agit de deux adultes du même sexe, qui décident de fonder une relation sur la base de l'affection réciproque? Peut-on imaginer que la relation entre deux personnes du même sexe et leurs enfants issus d'une filiation adoptive, biologique, d'une procréation médicalement assistée ou de tout autre technique reproductif puisse rester en dehors de la protection de l'article 8? Une affaire concernant le refus d'agrément pour l'adoption d'un enfant par un célibataire homosexuel est actuellement devant la Cour et la France pourrait se faire condamner pour refuser une telle adoption.

### La notion de "Vie familiale"

La notion de "vie familiale" mérite d'être davantage approfondie. Elle nous permet de porter un autre regard sur le débat à propos de l'ouverture de la famille aux homosexuels. Pouvant se penser indépendamment de la notion de Famille (au singulier et en majuscule), la "vie familiale" ne dépend pas de la qualification de l'État mais de la relation elle-même, qui se trouve protégée en tant que telle par la Convention Européenne (après analyse au cas par cas et dans le cadre du contentieux). Outre le statut juridique formel octroyé par les États et afin de qualifier l'existence de "vie familiale", la Cour tient compte surtout des réalités factuelles. Ainsi des facteurs tels que la stabilité de la relation, sa durée, l'intention des partenaires et leur degré d'engagement et de responsabilité seront considérés avec la même attention que les notions classiques de mariage, adoption ou procréation biologique. À la différence de la conception institutionnelle, le titulaire de la protection de la "vie familiale" est toujours l'individu. C'est pourquoi "vie familiale" et "vie privée" sont indissociables. La Convention a voulu ainsi protéger tous les individus contre les ingérences de l'État dans la sphère personnelle. Notons que, contrairement à ce qui est proposé par la prochaine réforme française, ce n'est pas la différence de sexes ou la présence d'enfants qui détermine la famille (3).

Chaque situation soumise à la Cour est différente et les raisons qui la mènent à considérer l'existence d'une vie familiale ne constituent nullement une règle fixe. Si les homosexuels ont été jusqu'alors exclus de cette protection, l'évolution de la jurisprudence ainsi que la pression du Parlement Européen représentent des éléments prometteurs pour une future protection efficace des familles homoparentales (4). Dans la Résolution A3-0028/94 sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, le Parlement considère que les États devraient mettre à terme "l'interdiction faite aux homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes; la recommandation devrait garantir l'ensemble des droits et des avantages du mariage, ainsi qu'autoriser l'enregistrement des partenariats ainsi que toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être

parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants". Notons également que le nouvel article 13 du traité de Rome modifié par le traité d'Amsterdam habilite le Conseil à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, cette disposition pourrait également jouer un rôle important dans l'égalité des familles homosexuelles. La notion de "vie familiale" est particulièrement féconde pour la défense du pluralisme familial. Elle permet d'échapper à toutes les rigidités et les certitudes des conceptions conservatrices qui ne cessent de définir la famille en fonction d'éléments transcendant l'individu, en l'inscrivant soit dans l'ordre naturel soit dans l'ordre symbolique. La "vie familiale" est nécessairement plurielle, incertaine et soumise à une interprétation mouvante; la plasticité du terme se reflète dans le langage des juges européen qui, au lieu de parler de "famille", utilisent plus fréquemment les termes "famille à certains égards", "famille de facto", "famille embryonnaire", "cellule familiale", "liens familiaux" ou encore "relation familiale". Après tout la démocratisation des familles implique nécessairement une plus grande liberté de ses membres et par conséquent une organisation plus mouvante. La notion de "vie familiale" n'est nullement au service d'un quelconque ordre métaphysique puisqu'elle n'a besoin ni de l'ordre naturel, ni de l'ordre symbolique de la différence des sexes, ni même de celui de la loi pour qualifier le lien. L'idéologie hétérosexiste qui inspire la réforme française consiste à reconnaître le couple homosexuel sous condition expresse de ne pas tirer des conséquences en matière de filiation et d'autorité parentale. Or, comme nous l'avons noté, ce sont ces éléments-ci qui définissent la famille. La boucle est bouclée: pas de familles pour les homosexuels et ceci au nom d'une valeur encore plus élevée que l'intérêt de l'enfant: l'ordre symbolique (5). Face au pluralisme affiché par la Convention, les experts français nous proposent une nouvelle certitude érigée en norme familiale: *"la famille biparentale, hétérosexuelle et indissoluble même en cas de séparation des parents"*. Le réalisme politique affiché par la gauche française n'est autre que de la frilosité conservatrice car elle se situe à la droite de l'évolution jurisprudentielle et de la volonté politique européenne. Au lieu de réfléchir à la qualité du lien, la gauche semble préférer de raisonner en fonction des dogmes tels que la différence des sexes et l'hétérosexualité comme si le sexe ou la sexualité des parents constituent en soi une garantie de l'épanouissement du couple et de la filiation. La notion de "vie familiale" s'oppose à l'évidence, aux effets néfastes des ordres solidement établis et, au-delà de toutes les emprises symboliques, elle n'est autre chose que la manifestation des rencontres, des vies communes, des engagements que les individus, indépendamment de leur sexe et de leur sexualité, tissent tout au long de leur existence. Ni la capacité d'engendrement, ni l'hétérosexualité semblent pouvoir se substituer à la seule raison qui cautionne le bonheur individuel et la paix sociale: l'amour que nos sommes capables de donner à nos proches et ceci n'est pas le monopole des hétérosexuel (le) s.

(3) Mais il ne faut pas oublier que Mme le professeur Dekeuwer-Défossez s'est toujours montrée très critique vis-à-vis de l'évolution libérale de la jurisprudence de la Cour européenne et que certaines réformes progressistes sont simplement une concession politique afin de ne pas voir la France se faire condamner par la Cour.

(4) *Journal Officiel des Communautés européennes* N°C61/42, 8 février 1994. Résolution du Parlement Européen sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union européenne, B4-0824 et 0852/98.

(5) I. Théry, "Le CUS en question", *Notes de la Fondation Saint Simon* page 26. (le même article est paru également dans la revue *Esprit*, octobre 1997); le rapport Dekeuwer-Défossez reprend constamment cette notion d'ordre symbolique pour justifier l'exclusion des couples de même sexe de la réforme. Voir la critique de M. Iacub, "Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique", *Revue Le banquet* n° 12 et 13, septembre-octobre 1998 ainsi que celle de S. Prokhoris "L'adoration des majuscules" in Borrillo, Fassin, Iacub (dir) *Au-delà du PaCS*. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité, PUF, 1999. Cette notion d'ordre symbolique est largement reprise par F. Dekeuwer-Défossez dans son rapport à la Ministre de la Justice.

Daniel Borrillo (Juriste)