



The European Region
of the International
Lesbian and Gay Association

La famille, le couple et l'enfant dans l'Union européenne

FRANÇAIS

POLICY PAPER avril 2003



**The European Region of the
International Lesbian and Gay
Association**

avenue de Tervueren 94
1040 Bruxelles, Belgique

Tél. +32-2 732 54 88
Fax +32-2 732 51 64

info@ilga-europe.org
www.ilga-europe.org

Numéro de compte:
001-3523388-36
Banque Fortis
avenue de Tervueren 124
1150 Bruxelles
IBAN: BE46001352338836
BIC (SWIFT): GEBA BEBB36A

**Document de l'ILGA-Europe
n° 1/2003/FR**

Maquette: Christian Högl
(www.creativbox.at)

Imprimé par: Sofadi, Bruxelles

**© ILGA-Europe. Reproduction
autorisée pour autant qu'il soit
fait mention de la source.**

Le présent
document direc-
tif est publié
avec l'aide de
la Commission



européenne, dans le cadre de
son action «l'Union européenne
contre la discrimination». Son
contenu ne reflète pas nécessai-
rement les positions ou les vues
de la Commission européenne.

La famille, le couple et l'enfant dans l'Union européenne

UN DOCUMENT DIRECTIF DE L'ILGA-EUROPE
avril 2003

Écrit pour le Conseil exécutif de l'ILGA-Europe par
Mark Bell
de la faculté de droit de l'université de Leicester

Traduit de l'anglais par **Pierre Noël**

Table des matières

1. Introduction	3
2. L'Union européenne et les droits du couple	5
3. L'Union européenne et les régimes de partenariat civil: des perspectives de progrès?	14
4. Les enfants et les autres membres de la famille	19
5. Conclusions	32
6. Recommandations	33

1. Introduction

Le mariage, le couple et les enfants sont habituellement considérés comme des questions relevant des compétences juridiques nationales et, par conséquent, comme n'étant pas du ressort de l'Union européenne. Cette situation est toutefois en train de changer rapidement, la limite entre prérogatives nationales et prérogatives de l'Union devenant progressivement plus floue. L'Union s'est engagée à promouvoir l'inclusion sociale en agissant dans une série de domaines tels que l'emploi, l'éducation, la santé et le logement,¹ sans compter que la mise en place d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice» a amené l'Union à s'impliquer beaucoup plus qu'auparavant dans la coordination des systèmes de droit civil, y compris sur le plan du droit de la famille. Dans le présent document directif, nous verrons comment divers aspects du droit communautaire ont des répercussions sur les dispositions nationales relatives au «statut personnel», dans son sens le plus large.² Par «statut personnel», nous entendons toutes les lois et politiques qui intéressent l'individu et ses rapports de couple avec d'autres, ainsi que l'individu en tant que parent.

En droit communautaire, on observe une expansion de l'activité dans des domaines qui touchent directement au statut personnel. Au niveau constitutionnel, la Charte des droits fondamentaux affirme le droit de se marier et de fonder une famille,³ à côté du droit au respect de la vie privée et familiale.⁴ Ces droits sont aussi garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que l'Union s'est engagée à respecter⁵ bien qu'elle n'y soit pas partie. De plus, la Cour européenne de justice prend en compte la Convention lorsqu'elle est appelée à interpréter le droit communautaire. Au niveau légis-

Dans le présent document directif, nous verrons comment divers aspects du droit communautaire ont des répercussions sur les dispositions nationales relatives au «statut personnel», dans son sens le plus large.

¹ Agenda social européen, [2001] JO C157/4.

² Le terme «statut personnel» est celui utilisé de manière générique dans ce domaine par le Conseil: «Note du Comité sur les questions de droit civil au Coreper sur le projet de rapport du Conseil sur la nécessité de rapprocher les législations des États membres en matière civile», réf. 13017/01, Bruxelles, 29 octobre 2001, p. 9.

³ Art. 9, [2000] JO C364/1.

⁴ Art. 7, *ibid.*

⁵ Art. 6.2 du Traité sur l'Union européenne.

Pour l'Union européenne, le défi consiste à prendre en compte les diverses pratiques nationales en les incluant toutes et en faisant en sorte que les règles communautaires ne créent pas de nouveaux obstacles à la reconnaissance des familles fondées par des lesbiennes, des gays, des bisexuels ou des personnes transgenres.

⁶ Conclusions du Conseil européen de Tampere, *Bulletin UE*, 10-1999.

⁷ Commission européenne: Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 et modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les questions alimentaires, COM (2002) 222.

latif, la construction de l'espace de liberté, de justice et de sécurité a exigé une série d'initiatives en matière de migration pour les citoyens européens et les ressortissants des pays tiers, en même temps que se poursuivait la construction d'un régime d'asile européen commun.⁶ Bon nombre des instruments qui en sont sortis contiennent une définition de la «famille». Il a aussi fallu prendre des mesures pour réduire les difficultés rencontrées par les familles qui vivent dispersées dans plus d'un État de l'Union, notamment s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution transfrontalières des jugements relatifs au droit de visite.⁷

Le rôle croissant de l'Union dans ce domaine coïncide avec une période de changement et de réforme dans les législations nationales. Plusieurs tendances se dessinent. Premièrement, les Pays-Bas et la Belgique ont décidé d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Deuxièmement, beaucoup d'États européens ont adopté des lois conférant aux couples non mariés certains droits et devoirs. Troisièmement, certains États accordent des droits au coup par coup aux couples qui justifient d'une période déterminée de cohabitation, sans leur reconnaître pour autant un nouveau statut juridique. Enfin, les lois touchant l'autorité parentale sont de plus en plus fréquemment revues et il devient possible aux partenaires non mariés de faire reconnaître le rôle parental de l'un et de l'autre, voire d'adopter. Pour l'Union européenne, le défi consiste à prendre en compte les diverses pratiques nationales en les incluant toutes et en faisant en sorte que les règles communautaires ne créent pas de nouveaux obstacles à la reconnaissance des familles fondées par des lesbiennes, des gays, des bisexuels ou des personnes transgenres.

La suite du présent document comporte deux grandes parties. La première traite des questions relatives aux

droits du couple et la deuxième des droits des enfants et des autres membres de la famille. Chaque fois, nous examinerons les changements intervenus dans les États membres et verrons en quoi ces droits recourent des domaines du droit communautaire où il faudra prendre en compte une nouvelle dynamique.

2. L'Union européenne et les droits du couple

Nous analyserons ici, en cinq chapitres, les diverses dispositions relatives aux droits du couple dans les États membres de l'Union européenne: (a) mariage, (b) partenariat civil, (c) autres formes de reconnaissance juridique des couples non mariés, (d) droits inhérents à la cohabitation de fait et (e) situations de droits fragmentaires. Pour chacune de ces catégories, nous décrivons la situation au niveau national et ses répercussions sur les instruments de droit européen.⁸

a) Mariage

Le mariage est le mécanisme traditionnel de reconnaissance juridique du couple. Le grand nombre d'instruments juridiques communautaires qui ne reconnaissent de droits qu'aux «conjoints» en dit bien l'ancrage; on n'en trouvera pas d'exemple plus flagrant que le droit au regroupement familial pour les migrants communautaires.⁹ L'importance attachée au mariage transpire aussi de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 12 stipule que, «à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille». Sur le plan de la reconnaissance du mariage en droit communautaire, la question se complique lorsque le couple est composé

⁸ L'analyse des lois nationales s'appuie sur M. Bell, «We are Family? Same-Sex Partners and EU Migration Law», (2002) 9 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*.

⁹ Règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs, [1968] JO édition spéciale (II)475.

d'une ou de deux personnes transgenres ou de deux personnes du même sexe.

i) Les personnes transgenres

Au départ, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété de manière restrictive le droit au mariage. Dans l'affaire *Rees c. Royaume-Uni*, la Cour a débouté une personne transgenre au motif que, «en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent».¹⁰ Toutefois, en juillet 2002, dans l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*, elle a changé d'attitude, déclarant ne voir «aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier».¹¹ Il est donc vraisemblable que la Cour de justice interpréterait le terme «conjoint», dans le contexte du droit communautaire, comme s'appliquant aussi à un mariage contracté par un/e transsexuel/le. D'ailleurs, l'arrêt *Goodwin* a pour effet que tous les États membres du Conseil de l'Europe ont maintenant l'obligation d'éliminer tout obstacle au mariage pour les personnes transgenres.

ii) Mariage homosexuel

En 2001, les Pays-Bas ont remis en cause le *statu quo* en décidant d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels.¹² La Belgique a récemment décidé de faire de même.¹³ Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour de justice n'ont eu encore à traiter d'affaire concernant un couple homosexuel marié. Il n'est pas interdit de penser que la Charte des droits fondamentaux permet une approche ouverte de la question. Il y est stipulé à l'article 9 que «le droit de se marier et de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice». Le texte explicatif accompagnant la Charte précise que l'article 9 «n'interdit, ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des

¹⁰ *Rees c. Royaume-Uni* (1987) 9 EHRR 56, par. 49.

¹¹ *Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, par. 103.

¹² K. Waaldijk, «Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.): *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships – A Study of National, European and International Law*, (Hart Publishing, 2001).

¹³ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, 28 février 2003, *Moniteur belge*, troisième édition, p. 9880. Disponible à: www.moniteur.be/index_fr.htm. La loi entrera en vigueur le 1 juin 2003.

unions entre personnes de même sexe». ¹⁴ Il en ressort essentiellement que le statut marital dérive du droit national, chose logique si l'on songe que ce statut ne peut être ni conféré ni retiré par l'Union européenne. Dans ces conditions, la solution la plus sensée serait que la Cour de justice admette que toute personne mariée conformément aux lois nationales soit également considérée comme mariée au regard du droit communautaire.

b) Partenariat civil

Le Danemark, la Suède, la Finlande, les Pays-Bas, la Norvège et l'Islande se sont dotés d'un régime légal d'union civile, proche du mariage mais juridiquement distinct, qui comprend la plupart des droits attachés au mariage, avec pour principale exception ceux liés au droit de devenir parent, tels l'accès aux techniques reproductives ou la possibilité d'adopter. ¹⁵ Il est significatif que, dans plusieurs pays, ces derniers droits soient progressivement accordés aux couples ayant contracté un partenariat civil et que la distinction entre mariage et partenariat civil ne fasse que continuer à s'effriter ¹⁶. Il convient de noter qu'en dehors des Pays-Bas, où couples homosexuels et hétérosexuels sont traités de la même manière, le partenariat civil est une formule réservée aux couples homosexuels. En 2001, l'Allemagne s'est dotée à son tour d'un régime similaire, qui n'ouvre cependant pas tous les droits conférés par les lois évoquées plus haut. ¹⁷

Dans l'affaire *D et Suède c. Conseil*, ¹⁸ la Cour de justice a eu l'occasion pour la première fois de connaître du statut juridique du partenariat civil en droit communautaire. Cette affaire concernait le refus opposé par le Conseil à *D*, un Suédois ayant contracté un partenariat civil qui demandait à bénéficier des presta-

¹⁴ Presidium, «Texte des explications relatives au texte complet de la Charte, tel que repris au doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50», CHARTE 4473/1/00 REV 1, CONVENT 49, Bruxelles, 19 octobre 2000, p. 12.

¹⁵ D. Borrillo, «Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités: la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne», (2001) 46 *McGill Law Journal*, p. 875 (888).

¹⁶ Le Danemark, la Suède et les Pays-Bas autorisent dorénavant les couples ayant contracté un partenariat civil à adopter en tant que couple.

¹⁷ R. Schimmel et S. Heun, «The Legal Situation of Same-Sex Partnerships in Germany: An Overview», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

¹⁸ Affaire C-122/99P et 125/99P, *D et Suède c. Conseil* [2001] Rec. I-4319.

Actuellement, les intéressés sont confrontés à une grave incohérence entre le traitement qui leur est réservé au plan national et leur situation en droit communautaire.

tions normalement accordées aux «fonctionnaires mariés». En droit suédois, *D* n'aurait pu épouser qui que ce soit sans avoir d'abord dissous le contrat de partenariat civil qui le liait; la Cour a pourtant tracé une ligne claire entre le mariage et les autres régimes légaux existant en droit national. Elle a d'abord noté que, «le terme de «mariage», selon la définition communément admise par les États membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent». ¹⁹ Elle en a conclu que «l'assimilation, d'ailleurs incomplète, du partenariat enregistré au mariage dans un nombre limité d'États membres ne saurait avoir pour conséquence, par la voie d'une simple interprétation, d'inclure dans la notion statutaire de «fonctionnaire marié» des personnes soumises à un régime de droit distinct du mariage». ²⁰

L'arrêt rendu dans cette affaire fait clairement apparaître que pour l'instant, la Cour n'est pas prête à élargir la notion de «personne mariée» ou de «conjoint» aux personnes ayant conclu une autre forme d'union juridiquement reconnue. Il appartient donc au législateur communautaire de garantir la reconnaissance expresse de ces autres formes d'union dans les instruments de droit communautaire. Actuellement, les intéressés sont confrontés à une grave incohérence entre le traitement qui leur est réservé au plan national – essentiellement le même que celui dont les couples mariés bénéficient – et leur situation en droit communautaire – qui est celle de célibataires. Le cas de *D* illustre les entraves mises ainsi aux mouvements migratoires internes à l'Union; en quittant la Suède pour aller travailler en Belgique au service du Conseil, il a perdu toute reconnaissance juridique de son couple. C'est là un obstacle flagrant à la liberté de circulation des personnes.

¹⁹ Par. 34, *ibid.*

²⁰ Par. 39, *ibid.*

Chose intéressante, la Commission a suggéré une clause particulière pour les couples ayant contracté un partenariat civil dans le projet de directive sur le regroupement familial, qui porte sur le droit des ressortissants de pays tiers résidant légalement dans l'Union à faire venir des membres de leur famille également ressortissants de pays tiers.²¹ Même si elle laisse à chaque État membre le loisir de décider si le droit au regroupement familial doit être élargi à d'autres partenaires que les conjoints, la Commission établit une distinction entre couples sous le régime du partenariat civil (qui n'ont pas à fournir d'autre preuve de leur union) et les couples non mariés (qui doivent fournir la preuve d'une relation durable).²² Cela montre bien qu'il est possible d'introduire la notion de «partenariat civil» dans les instruments de droit communautaire.

c) Autres formes d'union juridiquement reconnues

Outre les lois instituant le partenariat civil, il existe d'autres lois qui vont au-delà d'un simple ensemble de droits liés à la cohabitation de fait mais sont bien loin d'équivaloir au mariage. En France, le PaCS introduit en 1999 donne une série de droits et de devoirs aux couples homosexuels ou hétérosexuels qui optent pour lui. Beaucoup de ces droits sont d'ordre patrimonial, tels le transfert du bail locatif dans le cas du décès d'un des partenaires ou la responsabilité conjointe en cas de dettes vis-à-vis de tiers. D'autres ont un caractère social, tel le congé accordé en cas de décès au partenaire survivant ou, pour les travailleurs du secteur public, le bénéfice des dispositions relatives au rapprochement des fonctionnaires.²³ Et pourtant, des efforts délibérés sont faits pour distinguer ce statut du mariage. Ainsi, au regard du droit civil, les «pacsés» restent célibataires.²⁴ La Belgique a une loi sur la «cohabitation légale» qui accorde une très faible

²¹ Commission: Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, COM (2002) 225.

²² Art. 4.3, *ibid.*

²³ D. Borrillo, «Le Pacte civil de solidarité: une reconnaissance timide des unions de même sexe», (2001) *Aktuelle juristische Praxis*, p. 299 (304).

²⁴ D. Borrillo, «The «Pacte Civil de Solidarité» in France: Midway Between Marriage and Cohabitation», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

reconnaissance aux couples non mariés.²⁵ Cette loi confère aux couples homosexuels et hétérosexuels qui le souhaitent une reconnaissance symbolique par la voie d'un contrat de vie commune, mais les droits ainsi accordés (d'ordre surtout patrimonial) se rapprochent davantage des lois qui régissent dans plusieurs États européens les droits des cohabitants (voir plus loin).

Ces différents textes ont en commun qu'ils créent un nouveau statut personnel, en général sur la base d'une inscription à un registre. Après l'arrêt rendu dans l'affaire *D*, on peut supposer que la Cour ne considérera pas ces régimes comme équivalant au mariage au regard du droit communautaire. Les difficultés sont donc semblables pour tous les couples enregistrés qui cherchent à exercer des droits garantis au niveau communautaire sur la base du mariage. Qui plus est, on retrouve les mêmes obstacles à la liberté de circulation; un couple enregistré risque de perdre ses droits s'il déménage ailleurs dans l'Union. Le problème ne se limite pas aux situations où des couples juridiquement reconnus ou enregistrés déménagent vers des pays tels que l'Irlande ou la Grèce, qui n'ont aucun régime de reconnaissance des couples non mariés; les lois nationales sont si diverses que même une installation dans un pays doté d'une réglementation en matière de partenariat peut rendre le statut acquis dans le pays d'origine invisible. Ainsi, un couple suédois enregistré ne sera pas reconnu en France et des pacésés français ne seront pas considérés comme tels en Suède. Il y a une exception à la règle: le Danemark, la Suède, la Norvège et l'Islande ont signé un accord visant à la reconnaissance mutuelle de tout couple enregistré dans l'un de ces pays.²⁶

Certes, un couple suédois qui déménage en France peut en fin de compte se pacser. Toutefois, le PaCS

25 O. de Schutter et A. Weyembergh, ««Statutory Cohabitation» Under Belgian Law: A Step Towards Same-Sex Marriage?», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

26 S. Jensen, «La reconnaissance des préférences sexuelles: le modèle scandinave», dans D. Borrillo (éd.): *Homosexualités et droit*, PUF, 1998, p. 265.

impose certains délais: ainsi, deux personnes pacsées ne sont exonérées des taxes sur les dons entre vifs qu'après deux ans et ne se voient appliquer la règle du cumul des revenus aux fins de l'impôt qu'après trois ans.²⁷ De plus, dans certains cas, au moins un des membres du couple doit être résident dans le pays de l'enregistrement. Un couple français pacsé qui s'installerait en Suède apprendrait non seulement que son pacte n'y vaut rien, mais aussi que l'un des deux membres du couple doit y résider au moins deux ans avant de pouvoir enregistrer un partenariat (cette exigence ne s'applique pas aux ressortissants du Danemark, de l'Islande, de la Norvège et des Pays-Bas).²⁸

d) Droits inhérents à la cohabitation de fait

Les lois sur la cohabitation de fait se distinguent des lois décrites plus haut en ceci qu'elles confèrent normalement des droits et des devoirs aux personnes qui vivent en couple et cohabitent depuis un certain temps sans qu'il leur soit besoin de procéder à un acte positif d'inscription. Ainsi, en 1988 en Suède, la loi sur les cohabitants homosexuels a élargi aux homosexuels la plupart des règles qui s'appliquaient déjà aux couples de cohabitants hétérosexuels. Elle couvre la cohabitation «marquée par une certaine permanence» et porte principalement sur la propriété en commun d'un logement et de mobilier.²⁹ Plus récemment, en 2001, le Portugal a adopté une loi sur les unions de fait, élargissant aux couples homosexuels les droits reconnus aux couples hétérosexuels qui vivent ensemble depuis plus de deux ans.³⁰ La même chose s'est passée en France, où l'introduction du PacS s'est accompagnée de l'inclusion des couples homosexuels dans les dispositions relatives au concubinage.³¹ Il existe aussi des lois sur la cohabitation dans plusieurs régions d'Espagne.³²

27 Borrillo, voir note 24, p. 485.

28 H. Ytterberg, «From Society's Point of View, Cohabitation Between Two Persons of the Same Sex is a Perfectly Acceptable Form of Family Life»: A Swedish Story of Love and Legislation», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

29 H. Ytterberg, «Sweden – Additional Regulations Besides the Registered Partnership» (2001) *Aktuelle juristische Praxis*, p. 287.

30 M. Freitas, «The New Portuguese Law on Same-Sex Unions» (2001) *Euro-Letter*, n° 88, disponible en anglais et portugais à l'adresse: www.steff.suite.dk/eurolet.htm.

31 Borrillo, voir note 15, p. 900.

32 Les lois d'Aragon et de Navarre forment une version hybride de cette catégorie et de la précédente; bien qu'il soit possible de faire enregistrer son partenariat, les droits y afférents ne seront acquis qu'après une période de cohabitation (deux ans en Aragon et un an en Navarre). Valence accorde certains droits limités aux couples de fait après un an de cohabitation, tels que des avantages dans la fonction publique. ➤

Par deux fois, la Cour de justice a eu à examiner la situation en droit communautaire de couples non mariés et non reconnus juridiquement au niveau national.

Encore une fois, ces différents régimes ne bénéficient manifestement d'aucune reconnaissance juridique en droit communautaire. De par leur nature, les droits acquis sont difficilement transférables dans une autre juridiction et sans procédure d'inscription, il peut être malaisé d'établir quelque statut précis que ce soit, qui aille au delà de quelques droits épars. De plus, il va de soi que l'exigence d'une cohabitation prolongée limite la possibilité pour les couples venant d'autres États membres d'avoir accès à ces droits, du moins durant les premiers temps de leur résidence. Il faudrait notamment pousser plus loin les recherches pour savoir si une cohabitation préalable à l'étranger peut suffire à satisfaire aux conditions légales.

e) Droits fragmentaires

Dans les autres États membres de l'Union (Irlande, Royaume-Uni, Autriche, Luxembourg, Grèce et Italie, ainsi que dans la plupart des régions d'Espagne), on trouve soit une non-reconnaissance juridique et une absence de droits totales pour les couples non mariés, soit quelques droits accordés de manière anarchique et fragmentaire dans certains domaines.³³ C'est ainsi qu'en Irlande, les couples non mariés ne sont aucunement reconnus mais, en cas d'incapacité mentale, les procédures de désignation de la personne habilitée à décider des soins à donner sont suffisamment vagues pour permettre la désignation d'un partenaire non marié, quel que soit son sexe.³⁴

Par deux fois, la Cour de justice a eu à examiner la situation en droit communautaire de couples non mariés et non reconnus juridiquement au niveau national. Dans l'affaire *Reed*,³⁵ la Cour s'est trouvée confrontée au cas d'un couple hétérosexuel britannique qui cherchait à obtenir pour l'un des deux par-

► cas, la cohabitation doit être accompagnée d'un acte d'enregistrement.

³³ Des projets de loi visant à reconnaître les couples non mariés sont à l'examen au Luxembourg et en Angleterre et pays de Galles.

³⁴ J. Mee et K. Ronayne, «Partnership Rights of Same-Sex Couples», Equality Authority, 2000, p. 43. Voir aussi la loi écossaise sur les adultes atteints d'incapacité, *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*.

³⁵ Affaire 59/85 [1986] Rec. 1283.

tenaires un permis de séjour aux Pays-Bas. Le règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs ne donne le droit qu'à faire venir son «conjoint»³⁶ et la Cour n'était pas prête à considérer un partenaire non marié comme tel. Dans l'affaire *Grant*,³⁷ une Britannique qui travaillait dans une compagnie de chemin de fer a argué que le refus par ce dernier d'attribuer à sa compagne des réductions sur le prix des transports alors que d'autres employés mariés ou vivant dans une relation de couple hétérosexuelle en recevaient était une discrimination illégale fondée sur le sexe et une violation de ses droits fondamentaux. Dans cette affaire comme dans la première, la Cour a débouté le plaignant au motif que:

*en l'état actuel du droit au sein de la Communauté, les relations stables entre deux personnes du même sexe ne sont pas assimilées aux relations entre personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé.*³⁸

³⁶ Art. 10.1.a), règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs, [1968] JO édition spéciale (II) 475.

³⁷ Affaire C-249/96 [1998] Rec. I-621.

³⁸ Ibid., par. 35.

3. L'Union européenne et les régimes de partenariat civil: des perspectives de progrès?

Le droit communautaire a été plus lent à évoluer que les législations nationales.

L'analyse que nous venons de faire de la situation juridique au niveau des États membres révèle un haut degré de dynamisme dans les législations nationales. Un peu partout dans l'Union, les États sont en train de concevoir de nouveaux instruments juridiques permettant de mieux prendre en compte le fait – devenu une réalité sociale – que nombreux sont ceux qui choisissent dorénavant de ne pas recourir au mariage pour affirmer une relation de couple stable. De plus, il ressort à l'évidence que beaucoup d'États reconnaissent que lesbiennes, homos, bisexuels et personnes transgenres nouent bel et bien des relations affectives stables que le droit ne peut ignorer.

Le droit communautaire a été plus lent à évoluer que les législations nationales. On ne connaît que très peu d'exemples en droit communautaire où d'autres partenaires que les conjoints sont reconnus. Le premier pas vers une notion plus large de partenaire a été franchi avec la directive sur la protection temporaire³⁹ de juillet 2001, portant sur les cas d'afflux massif de personnes déplacées qui rendent difficile l'application de la procédure normale d'asile, du moins à court terme (par exemple, pendant les guerres de Bosnie ou du Kosovo). L'article 15.1 autorise le regroupement familial dans certaines circonstances. Sont considérés comme membres de la famille:

le conjoint du regroupant ou son partenaire non marié engagé dans une relation stable, lorsque la législation ou la pratique en vigueur dans l'État membre concerné traite les couples non mariés de manière comparable aux couples mariés dans le cadre de sa législation sur les étrangers;...

³⁹ Directive 2001/55/CE, [2001] JO L212/12. Elle ne s'applique pas au Danemark et à l'Irlande.

On retrouve la même formulation dans la directive 2003/9/CE du Conseil relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres.⁴⁰ Elle a en outre été suggérée pour une série d'instruments relatifs au droit d'asile, à l'immigration et à la libre circulation des personnes.⁴¹ Certes, cela dénote quelque progrès, mais limité dans ses effets. En substance, les couples non mariés ne jouiront de droits en matière de libre circulation et d'immigration que dans les pays dont la législation nationale leur accorde déjà un degré élevé de reconnaissance et de protection. Dans les pays où ils n'ont peu ou pas de droits légaux, les dispositions communautaires n'imposeront aucune obligation de les admettre. Comme nous le décrivons plus haut, près de la moitié des États actuellement membres de l'Union ne reconnaissent pas les couples non mariés ou leur donnent, au mieux, un ensemble très rudimentaire de droits. Qui plus est, plus rares encore sont les pays candidats à l'adhésion à leur avoir conféré quelque statut que ce soit.⁴²

Comment, alors, progresser dans ce domaine? Il convient de commencer par admettre que le *statu quo* n'est plus tenable. Le droit communautaire existant s'est édifié sur une définition du couple qui renvoyait au mariage mais la multiplication des régimes au niveau national a rendu cette approche largement caduque. Il est manifeste que le droit de l'Union européenne ne suffit plus à prendre en compte les personnes ayant contracté un partenariat civil ou une autre forme d'union légalement reconnue, ainsi que celles vivant simplement dans une relation de couple durable. Cela est intolérable pour plusieurs raisons.

⁴⁰ Article 2.d)i), [2003] JO L31/18. Cela ne s'applique pas au Danemark et à l'Irlande.

⁴¹ Voir pour plus de détails le document directif de l'ILGA-Europe, «Égalité de traitement pour les homo, bi et transsexuels: les grandes orientations de l'Union européenne en matière de justice et affaires intérieures» (document de l'ILGA-Europe n° 6/2001/FR), novembre 2001, disponible à: www.ilga-europe.org.

⁴² La Hongrie fait figure d'exception puisqu'elle a donné quelques droits aux couples homosexuels qui peuvent faire état d'une certaine période de cohabitation. Voir L. Farkas, «Nice on Paper: The Abort-ed Liberalisation of Gay Rights in Hungary», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

Ces dernières années, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée de plus en plus disposée à reconnaître que les couples non mariés ont aussi droit au respect de leur vie familiale.

a) Le droit au respect de la vie familiale

Ce droit est inscrit tant dans la Convention européenne des droits de l'homme que dans la Charte de l'Union. Ces dernières années, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée de plus en plus disposée à reconnaître que les couples non mariés ont aussi droit au respect de leur vie familiale et que cela ne peut se confiner aux unions fondées sur le mariage.⁴³

b) Le droit à la non-discrimination

En dehors des Pays-Bas et de la Belgique, les couples homosexuels sont interdits de mariage dans tous les États européens. De plus, l'affaire *Goodwin* est venue confirmer que dans beaucoup d'États européens, les personnes transgenres se heurtent toujours à des obstacles juridiques s'ils veulent se marier.⁴⁴ Dans la mesure où l'accès au mariage est marqué par la discrimination, l'existence de droits inhérents au mariage entraîne une discrimination supplémentaire fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

c) Le droit à la liberté de circulation

Il est indéniable que l'absence de reconnaissance juridique des couples non mariés au niveau de l'Union constitue un obstacle à la libre circulation des personnes. Un couple formé de deux personnes ressortissantes d'un État membre et jouissant dans cet État d'une reconnaissance juridique hésitera à exercer son droit à la libre circulation s'il perd son statut en s'installant dans un autre État membre. Par ailleurs, si une personne ressortissante d'un État membre a pour partenaire un ressortissant d'un pays tiers, il risque d'être difficile, voire impossible, à ce dernier d'obtenir un

⁴³ Par. 36, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (1997) 24 EHRR 143; décision sur la recevabilité de la requête n° 37784/97, *Saucedo Gómez c. Spain*, 26 janvier 1999.

⁴⁴ *Goodwin c. Royaume-Uni*, requête n° 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002, par. 57.

permis de séjour dans un autre État membre. Ici aussi, le problème peut dissuader le couple concerné d'exercer son droit à la libre circulation. Au chapitre suivant, nous verrons comment les différences entre les lois nationales relatives aux couples non mariés et à la responsabilité parentale mettent d'autres entraves encore à la liberté de circulation. Ainsi, même si le partenariat civil existe en Suède et en Finlande, les couples homosexuels ne peuvent adopter d'enfants qu'en Suède, ce qui complique la reconnaissance de l'adoption quand une famille déménage, fût-ce pour s'installer dans un autre pays doté du partenariat civil.

L'absence de reconnaissance juridique des couples non mariés au niveau de l'Union constitue un obstacle à la libre circulation des personnes.

Les arguments en faveur d'un changement sont puissants mais les premières négociations concernant les règles en matière d'asile, d'immigration et de liberté de circulation ont fait apparaître une absence de consensus entre les États membres quant à la manière d'aller plus loin. Il s'ensuit de grands obstacles sur la voie d'une évolution législative, surtout dans le cas de décisions requérant l'unanimité au Conseil. L'ILGA-Europe entend obtenir que soient assurées la protection et la reconnaissance juridique de toutes les familles, qu'elles soient fondées sur le mariage, le partenariat civil, une relation de couple durable ou un parent isolé avec des enfants. On retiendra au moins deux stratégies à court terme que l'Union peut poursuivre dans cette direction.

d) La reconnaissance mutuelle

Le principe de *reconnaissance mutuelle* laisse la liberté à chaque État membre de décider de dispositions internes spécifiques. Toutefois, dans le traitement qu'il réserve aux étrangers, l'État d'accueil serait obligé de reconnaître toute union légalement reconnue par les lois du pays d'origine. Les États seraient donc libres de

continuer à exclure les couples homosexuels du mariage mais devraient admettre tout couple (homosexuel ou hétérosexuel) marié dans un autre État membre. Ils auraient aussi la possibilité de se doter ou non d'une loi conférant des droits aux couples non mariés mais seraient tenus d'admettre tout couple légalement reconnu dans un autre État membre.

Récemment, le Parlement européen a entériné le principe de reconnaissance mutuelle.

Récemment, le Parlement européen a entériné le principe de reconnaissance mutuelle lors de la première lecture du projet de directive relative au droit des citoyens de l'Union de circuler librement sur le territoire des États membres.⁴⁵ Parallèlement, concernant son propre personnel, la Commission a proposé de pallier la diversité des législations nationales en reconnaissant tout couple qui produirait «un document officiel reconnu comme tel par un État membre de l'Union européenne attestant leur statut de partenaires non matrimoniaux».⁴⁶

e) La coordination des différents régimes

Le principe de reconnaissance mutuelle expliqué plus haut contribuera à garantir aux citoyens de l'Union qu'ils pourront faire venir leur partenaire d'un autre État membre. Mais quel sera leur statut une fois le droit de résidence établi? Dans l'affaire *D*, le problème n'était pas que le partenaire s'était vu refuser l'admission en Belgique, mais que l'employeur refusait de reconnaître le partenariat civil contracté en Suède. C'est là un aspect beaucoup plus épineux qui n'a pas de solution facile. L'Union se doit pourtant de chercher des arrangements garantissant aux couples qui s'installent dans un pays ayant un régime de partenariat différent que le nouveau régime sera aussi compatible que possible avec le premier. Il ne s'agit pas de faire d'harmoniser les lois nationales en matière de parte-

⁴⁵ Résolution du 11 février 2003 sur le document COM (2001) 257; amendements 14 à 16.

⁴⁶ Commission: Proposition de règlement du Conseil modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, [2002] JO C 291/33.

nariat mais plutôt de prévoir des procédures permettant par exemple de convertir un PaCS français en *Ein-getragene Lebenspartnerschaft* allemand. On pourrait également concevoir un mécanisme de «reclassement» d'un PaCS en partenariat enregistré si un couple déménage de France en Finlande. C'est là de toute évidence une tâche complexe qui suppose que l'on étudie en profondeur la coordination entre les différents régimes et que l'on informe bien les partenaires de toute modification dans l'équilibre de leurs droits et devoirs. Le problème ne peut toutefois pas être résolu au niveau national; une action au niveau de l'Union est la seule réponse pratique possible.

4. Les enfants et les autres membres de la famille

Comme pour le droit et la politique de la famille en général, les questions relatives aux droits des enfants sont souvent réputées hors du ressort de l'Union européenne. Il est pourtant plusieurs domaines qui ont une incidence directe sur les enfants où l'Union est active.⁴⁷ C'est ainsi que l'Union est intervenue pour réglementer l'emploi des enfants, protéger les enfants de l'exploitation sexuelle et s'attaquer à la situation des enfants migrants et réfugiés. Nous verrons dans ce chapitre si l'Union a suffisamment pris en compte la situation particulière des enfants dont les parents sont lesbiennes, gays, bisexuel/le/s ou transgenres (pour faire court: de parents LGBT). Nous commençons par un aperçu des différentes relations enfant-parent qui peuvent exister dans l'Union et examinons ensuite les principes fondamentaux qui devraient régir l'action de l'Union dans ce domaine, après quoi nous analysons deux des domaines d'action de l'Union où les enfants de parents LGBT n'ont pas été pleinement pris en

Nous verrons dans ce chapitre si l'Union a suffisamment pris en compte la situation particulière des enfants dont les parents sont lesbiennes, gays, bisexuel/le/s ou transgenres.

⁴⁷ Pour un aperçu, voir la contribution d'Euronet, CHARTE 4240/00 CONTRIB 113, 19 avril 2000; aussi disponible à l'adresse europeanchildrensnetwork.gla.ac.uk/Information/Documents.htm.

compte: la réglementation en matière d'immigration et la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires relatives aux enfants. Enfin, nous abordons brièvement la situation des membres de la famille autres que les enfants.

a) Avoir des parents LGBT

Par le passé, il était coutumier de croire qu'homos, lesbiennes, bisexuels ou personnes transgenres n'avaient pas d'enfants. On a cependant de plus en plus conscience qu'il n'en est pas ainsi et qu'ils peuvent avoir des enfants qu'ils ont engendrés eux-mêmes ou vivre avec une personne qui a des enfants biologiques; il se peut aussi que la relation affective avec le parent biologique ait cessé. Parfois, par exemple dans le cas de certaines grossesses obtenues par des techniques de procréation assistée, un seul parent biologique est connu. Dans d'autres cas encore, un parent biologique ou les deux – une mère porteuse par exemple – peuvent avoir décidé de ne pas intervenir dans l'éducation de l'enfant. Souvent, l'enfant n'a pas de lien de sang avec un parent, voire les deux; dans le cas de couples de lesbiennes, il est fréquent que l'enfant soit biologiquement celui d'une des deux. Un enfant adopté peut n'avoir aucun lien biologique avec ses parents. Certains pays exigent des transsexuels qu'ils subissent une opération chirurgicale de stérilisation dans le cadre du processus de changement de sexe, ce qui les condamne à ne jamais procréer. Qui plus est, même quand la loi nationale permet la rectification de l'identité de genre, un homme transgenre qui aurait une grossesse perdrait ce droit.

Le lien de sang ne détermine pas qui, en pratique, joue le rôle de parent auprès d'un enfant.

Le lien de sang ne détermine pas qui, en pratique, joue le rôle de parent auprès d'un enfant. Dans l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des

droits de l'homme a dû connaître du refus par les autorités britanniques d'inscrire un transsexuel comme étant le père d'un enfant que sa compagne avait eu par insémination artificielle. Bien qu'elle ait conclu en fin de compte que le Royaume-Uni n'avait pas violé la Convention, elle a reconnu que cet homme, sa compagne et sa fille formaient une famille:

X a soutenu Y pendant [le traitement IAD] et se comporte à tous égards comme «le père» de Z depuis la naissance de celle-ci ... Dans ces circonstances, la Cour estime que des liens familiaux de facto unissent les trois requérants.⁴⁸

Homosexuels, lesbiennes, bisexuels et personnes transgenres rencontrent souvent des obstacles dans l'exercice de la pleine autorité parentale. L'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* est un exemple des difficultés auxquelles des parents biologiques peuvent se heurter: le requérant s'était vu refuser la garde de sa fille par les tribunaux portugais à cause de son homosexualité.⁴⁹ La Cour des droits de l'homme y a vu un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, par conséquent, une violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les parents LGBT sans lien biologique avec leurs enfants se heurtent aussi à des difficultés juridiques. Dans l'Union européenne, seuls le Danemark,⁵⁰ les Pays-Bas⁵¹ et la Suède⁵² autorisent l'adoption par le second parent dans le cas de couples homosexuels. Dans ces pays donc, le partenaire, marié ou enregistré, peut adopter les enfants de l'autre. L'adoption conjointe, par exemple lorsque l'enfant n'est lié par le sang à aucun des deux parents, n'est autorisée qu'en Suède,⁵³ aux Pays-Bas⁵⁴ et en Angleterre et au pays de Galles.⁵⁵

Les parents LGBT sans lien biologique avec leurs enfants se heurtent aussi à des difficultés juridiques.

⁴⁸ Par. 37, *X, Y et Z c. Royaume-Uni* (1997) 24 EHRR 143.

⁴⁹ *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, requête n° 33290/96, arrêt du 21 décembre 1999, cf. [2001] 1 *Family Court Reporter*, p. 653.

⁵⁰ I. Lund-Andersen, «The Danish Registered Partnership Act, 1989: Has the Act Meant a Change in Attitudes?», dans R. Wintemute et M. Andenæs (éd.), voir note 12.

⁵¹ Waaldijk, voir note 12, p. 450.

⁵² *Euro-Letter* n° 98 (2002), disponible à l'adresse: www.steff.suite.dk/eurolet/eur_98.pdf.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Waaldijk, voir note 12, p. 450.

⁵⁵ Article 144(4), *Adoption and Children Act 2002* [loi sur l'adoption et les enfants de 2002].

b) Les droits de l'enfant dans le droit communautaire

Ce n'est que récemment que la question des droits de l'enfant a commencé à être débattue au niveau de l'Union européenne, sans aucun doute à l'occasion de la discussion sur l'article 24 de la Charte de l'Union européenne:

Ce n'est que récemment que la question des droits de l'enfant a commencé à être débattue au niveau de l'Union européenne.

- 1. Les enfants ont le droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité.*
- 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.*
- 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.*

Les auteurs de la Charte se sont inspirés de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant de 1989, que tous les États membres et pays candidats ont signée et qui s'ouvre pratiquement sur le principe de non-discrimination. L'article 2.1 stipule que:

Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou des parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

On notera deux choses au sujet de cette clause: premièrement, elle ne contient pas d'énumération exhaustive des motifs pour lesquels la discrimination est prohibée et enjoint aux États parties de protéger les enfants «sans distinction aucune». C'est important car, même si l'orientation sexuelle et l'identité de genre ne sont pas expressément mentionnées, ce sont des motifs de discrimination bien établis par ailleurs (du moins dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et en droit communautaire) et devraient être réputés comme tombant dans le champ de cette garantie. Deuxièmement, il ressort clairement que toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des parents ou tuteurs de l'enfant doit être considérée comme incompatible avec la Convention.

Toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des parents ou tuteurs de l'enfant doit être considérée comme incompatible avec la Convention.

La Charte et la Convention des Nations Unies fournissent les fondements nécessaires à une politique de l'enfance qui prenne pleinement en compte les enfants qui ont des parents LGBT. Cette politique doit manifestement obéir au principe de non-discrimination, être conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et garantir à l'enfant le droit d'avoir des contacts personnels avec ses parents. Les enfants sont le plus directement affectés par le droit communautaire lorsqu'ils franchissent les frontières intérieures ou extérieures de l'Union ou quand leurs parents vivent dans des pays différents. Dans les deux chapitres qui suivent, nous allons examiner le droit communautaire pour voir s'il respecte effectivement les droits fondamentaux des enfants.

c) Immigration

La plupart des instruments juridiques communautaires existants lient la liberté de circulation d'un enfant au fait qu'il est à charge d'un migrant adulte⁵⁶ et il n'est

⁵⁶ H. Stalford, «The citizenship status of children in the European Union», (2000) 8 *International Journal of Children's Rights*, p. 101 (110).

La reconnaissance de la relation parent-enfant est souvent cruciale pour le maintien de l'unité familiale.

pas sûr qu'un enfant puisse invoquer un droit autonome à la libre circulation sur la base de son seul statut de citoyen de l'Union.⁵⁷ Il s'ensuit que la reconnaissance de la relation parent-enfant est souvent cruciale pour le maintien de l'unité familiale. Le règlement 1612/68 définit les principales règles régissant les enfants d'un travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre. Ainsi, il peut faire venir «son conjoint et leurs descendants de moins de 21 ans ou à charge».⁵⁸ Le texte ne définit pas le terme «descendant», mais il est clair que ce sont les enfants biologiques du travailleur ou de son conjoint qui satisferont le plus facilement aux conditions énoncées. Des difficultés peuvent surgir et un enfant ne pas être reconnu comme «descendant» si le travailleur n'est pas légalement responsable de cet enfant. La situation est encore aggravée par le fait que le règlement exclut les couples non mariés et, incidemment, leurs enfants. Ce sera encore plus problématique dans le cas d'un couple non marié si le partenaire et les enfants sont ressortissants d'un pays tiers et ne jouissent pas d'un droit autonome à la libre circulation.

La Commission se propose de remplacer le règlement 1612/68 par une directive unique relative au droit des citoyens de l'Union de circuler librement, qui autorisait un citoyen de l'Union à faire venir dans un autre pays:

⁵⁷ Pour défendre cet argument, il faudrait se fonder sur l'article 18 du Traité CE qui énonce le droit de circuler librement pour les citoyens de l'Union.

⁵⁸ Art. 10.1.a).

⁵⁹ Art. 2.2, COM (2001) 257.

- a) le conjoint;*
- b) le partenaire non marié, si la législation de l'État membre d'accueil assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés et dans le respect des conditions prévues par cette législation;*
- c) les descendants directs et ceux du conjoint ou du partenaire non marié prévu au point b).⁵⁹*

La Commission a accolé le mot «direct» à «descendant» à l'alinéa c) sans expliquer ce qu'elle entendait par là, ce qui n'arrange pas les choses. De plus, il est clair qu'un citoyen de l'Union n'aura le droit de se faire rejoindre par son compagnon ou compagne et sa progéniture que s'il s'installe dans un pays dont le droit interne réserve le même traitement aux couples mariés et non mariés. Prenons le cas d'une Française vivant avec sa compagne canadienne et élevant avec elle deux enfants qui n'ont de parenté biologique qu'avec la deuxième: si son employeur l'envoie en Grèce, le droit communautaire ne lui donne pas la possibilité de faire venir ni sa compagne ni les enfants qu'elle élève avec elle.

Dans la perspective des droits de l'enfant, les modifications proposées au règlement 1612/68 ne semblent pas placer au premier plan l'intérêt supérieur de l'enfant, pas plus qu'elles ne respectent pleinement le droit de l'enfant à ne pas subir de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle de ses parents. Avec ce projet de directive, le droit de l'enfant de rester avec ses deux parents sera fonction de la question de savoir si ses parents sont mariés ou non et de l'endroit où ils s'installent dans l'Union. On notera qu'en première lecture, le Parlement européen a amendé la proposition sur ce point pour inclure tous les enfants des couples ayant contracté un partenariat civil et des couples non mariés, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle.⁶⁰

La situation est pire encore pour les enfants dont les parents ne sont ni mariés ni ressortissants d'un État membre. La Commission a présenté en 2002 une proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial qui aborde la situation des ressortissants de pays tiers résidant légalement

60 Résolution du 11 février 2003 sur le document COM (2001) 257; amendements 17 et 18.

dans l'Union.⁶¹ Les couples mariés seront autorisés à faire venir «les enfants mineurs du regroupant et de son conjoint, y compris les enfants adoptés».⁶² En revanche, les États membres auront toute discrétion pour ce qui est d'autoriser l'entrée «du partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable dûment prouvée ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré, ... ainsi que les enfants mineurs non mariés, y compris les enfants adoptés, de ces personnes».⁶³ Il en ressort une grande différence entre la situation des enfants dont les parents sont mariés et celle des autres. Les premiers ont le droit légal de rejoindre leurs parents dans l'Union tandis que le sort des seconds dépendra du bon vouloir de chaque État membre. Cela contredit la reconnaissance explicite contenue dans la Charte du droit de tout enfant à «entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents».⁶⁴

Cette inégalité de traitement est plus frappante encore dans le droit communautaire en matière d'asile, notamment dans la directive sur la protection temporaire.⁶⁵ Les personnes jouissant d'une protection temporaire peuvent faire venir dans l'Union certains membres de leur famille. S'agissant des enfants, l'article 15.1.a) étend le droit de regroupement aux «enfants mineurs célibataires du regroupant ou de son conjoint, qu'ils soient légitimes, nés hors mariage ou adoptés». Il s'ensuit une distinction discriminatoire entre les enfants de couples mariés et ceux de couples non mariés. Les enfants de couples mariés sont protégés qu'ils soient nés avant ou après le mariage de leurs parents tandis que rien n'est prévu pour les enfants dont les parents ne sont toujours pas mariés. Cette discrimination flagrante viole certainement l'ar-

⁶¹ COM (2002) 225.

⁶² Art. 4.1.b), *ibid.* Le Conseil Justice et affaires intérieures a convenu de cette définition de la famille à sa réunion des 27-28 février 2003.

⁶³ Art. 4.3, *ibid.*

⁶⁴ Art. 24.3.

⁶⁵ Directive 2001/55/CE, [2001] JO L212/12.

ticle 8 (Droit au respect de la vie familiale) et l'article 14 (Interdiction de discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Marckx c. Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné l'obligation que tous les États ont de faire en sorte que les enfants nés hors mariage ne subissent aucune discrimination.⁶⁶

Dans le même temps, la directive sur la protection temporaire comporte d'autres aspects qui sont pour nous source de satisfaction. L'article 15.4 impose aux États membres de prendre en considération «l'intérêt supérieur de l'enfant» dans l'application des dispositions de la directive. On relèvera aussi que tant cette directive que le projet de directive sur le regroupement familial visent expressément à prendre en compte les enfants adoptés (fût-ce seulement quand leurs parents sont mariés). Cela tranche avec le texte de la proposition de directive sur le droit des citoyens de l'Union de circuler librement, qui ne contient pas de référence directe aux enfants adoptés. On peut certes présumer qu'ils sont inclus sous le terme «descendants», mais une mention explicite aurait contribué à une plus grande clarté sur ce point.

d) Exécution transfrontières des décisions judiciaires concernant des enfants

Autre conséquence de la mobilité croissante au sein de l'Union européenne: les parents se trouvent parfois dans des pays différents. Cela peut provoquer des difficultés lorsque les parents sont en désaccord sur des questions relatives à la garde ou à l'entretien des enfants. Il n'entre pas dans les compétences de l'Union d'harmoniser les législations sur de tels aspects du droit de la famille. Toutefois, l'article 61.c) du Traité CE impose au Conseil «d'arrêter des mesures dans le

66 (1979) 2 EHRR 330, par. 34.

domaine de la coopération judiciaire en matière civile» en vue de la mise en place d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Il y est précisé que les mesures visées couvrent notamment «la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale». L'Union a commencé par définir des règles plus claires concernant les juridictions compétentes en matière de divorce, de séparation de corps, d'annulation de mariage et de «responsabilité parentale à l'égard d'un enfant commun».⁶⁷ C'était de toute évidence trop peu du point de vue des enfants ayant des parents LGBT, qui se sont pour la plupart retrouvés hors du champ d'application du règlement. Il est en revanche encourageant que la Commission ait peu après proposé un nouveau règlement prenant en compte les enfants de couples mariés et non mariés.

⁶⁷ Art. 3.1, règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, [2000] JO L160/19.

⁶⁸ Art. 1, Commission: Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 et modifiant le règlement (CE) n° 44/2001 en ce qui concerne les questions alimentaires, COM (2002) 222.

La nouvelle proposition de la Commission définirait la juridiction compétente pour les procédures relatives «à l'attribution, à l'exercice, à la délégation, au retrait total ou partiel de la responsabilité parentale» quand les parents se trouvent dans deux États membres différents.⁶⁸ Y seront aussi précisées les dispositions régissant l'exécution transfrontières de ces décisions, pour faire en sorte par exemple qu'un jugement relatif au droit de garde rendu en France soit exécutoire en Allemagne. La Commission cherche ainsi à faciliter le traitement des affaires où un parent emmène un enfant dans un autre pays et se soustrait ensuite à l'exécution d'une décision judiciaire prise dans le premier pays. Le règlement ne couvre cependant pas les questions relatives à l'obligation alimentaire; de plus, il ne s'appliquera pas au Danemark.

Dans une perspective LGBT, on se réjouira du fait que le projet de règlement réaffirme d'emblée les principes relatifs aux droits de l'enfant contenus dans la Charte

de l'Union.⁶⁹ L'article 28 du règlement n'autorise les tribunaux à ne pas reconnaître une décision judiciaire rendue dans un autre État que «si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant».⁷⁰ Nous discernons deux situations dans lesquelles cela pourrait concerner des parents LGBT, dont celle où un parent LGBT a le droit de garde ou de visite, qu'un tribunal étranger refuse de reconnaître au motif de l'ordre public. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Salgueiro* permet d'arguer avec force que le règlement proposé interdit d'invoquer des raisons à caractère discriminatoire comme motif légitime relevant de l'ordre public pour refuser de reconnaître la décision d'un tribunal étranger.

La situation nous paraît différente quand la décision rendue dans le premier pays concernant la garde de l'enfant est entachée d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de l'un des parents. Est-ce qu'un tribunal d'un autre pays peut alors refuser de la reconnaître? On pourrait avancer que cette discrimination est incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme et que l'intérêt général justifie la non-reconnaissance. Dans le même temps, il convient de garder à l'esprit l'article 31 du projet de règlement, qui stipule qu'en aucun cas, «une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond». On voit donc les limites du texte proposé: il ne vise pas à harmoniser les règles régissant dans chaque État membre les procédures relatives au droit de garde et se contente de coordonner certains aspects portant sur la compétence juridictionnelle et l'exécution transfrontières des jugements. Même ainsi, des problèmes risquent de surgir étant donné la grande diversité des lois nationales reconnaissant les parents LGBT.

La situation nous paraît différente quand la décision rendue dans le premier pays concernant la garde de l'enfant est entachée d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de l'un des parents.

⁶⁹ Art. 3 et 4, *ibid.*

⁷⁰ Art. 28.a), *ibid.*

Certes, le règlement constitue un premier pas vers une protection égale des enfants de couples non mariés, mais il y est peu fait cas des circonstances spécifiques propres aux enfants de parents LGBT. Le problème est le plus apparent dans le certificat à faire compléter pour obtenir l'exécution d'une décision tombant sous le coup du règlement. Sous «titulaires de la responsabilité parentale», les seules entrées possibles sont «mère», «père» et «autre». ⁷¹ Il n'est pas prévu qu'un enfant puisse avoir deux mères ou deux pères, alors que c'est légalement possible aux Pays-Bas, en Suède, en Angleterre et au pays de Galles. Une question connexe encore: la possibilité de modifier les mentions portées sur l'acte de naissance pour des enfants ayant des parents transgenres.

e) Autres membres de la famille

Enfin, on ne peut ignorer le fait que les difficultés rencontrées par les enfants en l'absence d'une relation légalement reconnue puissent affecter d'autres membres de la famille. Cela concerne un vaste éventail de proches potentiels: parents, frères et sœurs, etc. Ainsi, il est parfois exigé de personnes qui souhaitent une réaffectation sexuelle qu'elles divorcent d'abord de leur conjoint. ⁷² C'est négliger le fait que le lien juridique puisse disparaître sans que ne s'effacent les liens affectifs. Par ailleurs, en l'état, le droit communautaire en matière de liberté de circulation ne prévoit que deux catégories de personnes à charge en dehors des conjoints et des enfants. L'article 10.1.b) du règlement 1612/68 autorise le regroupement des «ascendants [du] travailleur et de son conjoint qui sont à sa charge». Les parents des deux conjoints sont donc clairement couverts, mais cela n'inclut pas les parents d'un partenaire auquel on n'est pas marié. Il n'est pas requis de l'État d'accueil qu'il autorise l'entrée d'autres

⁷¹ Annexe V, *ibid.*

⁷² Voir, par exemple, par. 15, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, requêtes n° 22985/93 et n° 23390/94, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juillet 1998.

proches même si l'article 10.2 stipule que «les États membres favorisent l'admission de tout membre de la famille qui ne bénéficie pas des dispositions du paragraphe 1 s'il se trouve à la charge ou vit, dans le pays de provenance, sous le toit du travailleur visé ci-dessus». Cela reste une obligation laissée à l'appréciation des autorités compétentes. Étant donné la diversité des structures familiales (comme nous l'avons montré plus haut), les arguments ne manquent pas en faveur d'un renforcement, dans le droit communautaire, des droits des proches à charge.

Étant donné la diversité des structures familiales, les arguments ne manquent pas en faveur d'un renforcement, dans le droit communautaire, des droits des proches à charge.

5. Conclusions

Beaucoup d'aspects du droit de la famille restent de la compétence nationale et ne peuvent être modifiés par l'Union européenne. Toutefois, nous avons montré plus haut que le droit communautaire a une incidence de plus en plus forte sur les questions relatives au couple, à l'enfant et à la famille. L'Union se doit de faire en sorte que les domaines relevant de sa compétence soient exempts de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. De plus, il est essentiel que le droit communautaire prenne en compte l'évolution des systèmes juridiques nationaux en matière de famille, notamment les institutions nouvelles tel le partenariat civil.

Les principes généraux relatifs aux droits de l'homme sont à cet égard des points de repère importants. La Cour européenne des droits de l'homme a rendu des arrêts consacrant le principe de non-discrimination dans des affaires qui portaient sur la garde des enfants ou l'accès au mariage pour les personnes transgenres et qui font maintenant référence. La Charte de l'Union contient aussi des principes utiles, notamment s'agissant des droits des enfants. Et pourtant, le statut vague conféré aux garanties en matière de libertés fondamentales dans le droit communautaire reste un point faible de ce droit. L'incorporation de la Charte dans les traités fondateurs de l'Union ainsi que l'adhésion par l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme sont à cet égard un fondement essentiel pour asseoir la non-discrimination dans les questions intéressant le couple, l'enfant et la famille.

6. Recommandations

Aux États membres et aux pays candidats:

- ▼ Tous les États devraient examiner leurs lois et politiques nationales de manière à éliminer toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre. Les États membres devraient en particulier mettre un terme à toute discrimination en matière de mariage, de partenariat, d'adoption et de responsabilité parentale.
- ▼ Tous les États devraient abroger immédiatement toute restriction entravant encore l'accès au mariage pour les personnes transgenres, conformément à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Goodwin c. Royaume-Uni*.
- ▼ Aucun État ne devrait obliger une personne transgenre à divorcer de son conjoint avant de lui reconnaître son identité de genre.

À l'Union européenne:

Recommandations générales

- ▼ L'Union devrait donner force de loi à la Charte des droits fondamentaux en l'incorporant aux traités fondateurs de l'Union.
- ▼ L'Union devrait adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme.
- ▼ Lorsqu'elle élabore de nouveaux instruments juridiques et de nouvelles politiques ou qu'elle révisé des mesures déjà en place, l'Union devrait toujours retenir une définition inclusive de la famille dans toute sa diversité.

Recommandations relatives aux droits du couple

- ▼ Les droits reconnus par le droit communautaire ne devraient pas se limiter aux couples mariés. Ils devraient être élargis pour inclure les couples jouissant d'un statut légal en droit national ainsi que les couples de fait pouvant justifier d'une relation durable.
- ▼ Toute personne légalement mariée dans un État membre devrait être considérée comme mariée aux fins du droit communautaire.
- ▼ Comme première mesure, les États membres devraient avoir l'obligation d'accorder le droit d'entrée, de résidence et de travail à tout couple bénéficiant d'un régime de partenariat légal dans son pays d'origine.
- ▼ La Commission devrait entreprendre une étude exhaustive des lois nationales en matière de famille de façon à recenser les questions qui se posent eu égard au droit et aux politiques de l'Union.
- ▼ Les institutions européennes devraient appuyer la coopération entre États membres visant à coordonner les lois nationales actuelles et futures en matière de partenariat civil.

Recommandations concernant les droits de l'enfant et des autres membres de la famille

▼ Toutes les mesures touchant les enfants devraient être fondées sur l'intérêt supérieur de l'enfant et conçues pour prévenir toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des parents.

▼ Le droit communautaire devrait traiter tous les enfants de la même manière:

- que leurs parents aient été, soient mariés, ou ne le soient pas;
- qu'ils soient adoptés ou non;
- qu'ils aient ou non un lien de sang avec leurs parents.

▼ Le droit communautaire devrait prendre en compte la possibilité pour un enfant d'avoir plus que deux parents ainsi que celle d'avoir des parents du même sexe.

▼ Les définitions de la famille contenues dans le droit communautaire devraient être fondées sur la réalité sociale et affective des liens familiaux, et non simplement sur les familles qui sont juridiquement reconnues par les lois nationales.

▼ Pour cela, le droit à circuler librement dans l'Union et le droit au regroupement familial pour les ressortissants de pays tiers devraient être élargis pour inclure:

- tout enfant pour lequel le migrant a une responsabilité parentale;
- tout enfant du conjoint ou du partenaire, enregistré ou non, du migrant;
- toute autre personne à charge du migrant ou de son conjoint ou partenaire, enregistré ou non.

Le mariage, le couple et les enfants sont habituellement considérés comme des questions relevant des compétences juridiques nationales et, par conséquent, comme n'étant pas du ressort de l'Union européenne. Cette situation est toutefois en train de changer rapidement, la limite entre prérogatives nationales et prérogatives de l'Union devenant progressivement plus floue. L'Union s'est engagée à promouvoir l'inclusion sociale en agissant dans une série de domaines tels que l'emploi, l'éducation, la santé et le logement, sans compter que la mise en place d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice» a amené l'Union à s'impliquer beaucoup plus qu'auparavant dans la coordination des systèmes de droit civil, y compris sur le plan du droit de la famille.

Dans le présent document directif, nous examinons comment divers aspects du droit communautaire ont des répercussions sur les dispositions nationales relatives au «statut personnel», dans son sens le plus large.