



**HAL**  
open science

# Etude sur le mariage des personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud (Dir.). Etude sur le mariage des personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé. *Economica*, AIJC (30), 2014, Annuaire international de justice constitutionnelle. hal-01448569

**HAL Id: hal-01448569**

**<https://hal.science/hal-01448569>**

Submitted on 30 Jan 2017

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

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

# Étude sur le mariage des personnes de même sexe en droit constitutionnel comparé

Institut Louis Favoreu  
Groupe d'Études et de Recherches  
comparées sur la Justice Constitutionnelle  
Équipe associée au CNRS (UMR7318)  
Aix-en-Provence

## **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**

**XXX**

**2014  
(extraits)**

**ECONOMICA**  
49, rue Héricart  
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES  
D'AIX-MARSEILLE**  
3, Avenue R. Schuman  
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2015



# ÉTUDES



## INTRODUCTION

*par Thomas PERROUD\**

« Certains sujets sont dans l'air du temps,  
ils sont aussi dans la trame d'une vie ».  
Marguerite YOURCENAR,  
préface d'*Alexis ou le traité du vain combat*<sup>1</sup>

La présente étude comparative dessine une curieuse carte du monde, et une curieuse carte de l'Europe. On voit de très nettes fractures entre les sociétés : on voit un continent américain presque entièrement favorable à ces unions, depuis la décision de la Cour suprême américaine ; on voit en revanche une Europe encore profondément fracturée, une Asie où la question ne se pose que de manière épisodique ou anecdotique, une Afrique entièrement homophobe à l'exception de l'Afrique du Sud.

Peut-on dégager des explications générales ? Une théorie ? Ces grandes fractures recourent-elles de grandes fractures culturelles, religieuses ? Un éditorialiste du *New York Times* a cru pouvoir avancer une explication religieuse : Frank Bruni a tenté d'avancer dans l'édition de ce journal du 27 mai 2015 que sur la question du mariage pour tous, les pays catholiques étaient en avance. Il est vrai qu'à première vue un grand nombre de pays de tradition catholique ont légalisé le mariage des couples de même sexe. Il cite ainsi pêle-mêle : la Belgique, le Canada, l'Espagne, l'Argentine, le Portugal, le Brésil, la France, l'Uruguay, le Luxembourg et l'Irlande. Cette explication peut sembler à première vue exacte. Elle est pourtant surprenante pour un Français qui a vécu la croisade de l'Église contre le passage de la loi, les insultes, les prières de rue devant l'Assemblée nationale, ainsi que la lutte de l'Église à l'échelon international pour la pénalisation de l'homosexualité. L'analyse oublie aussi le cas de l'Italie ou de la Pologne. En outre, ce constat n'est qu'une corrélation et n'explique pas la raison. Le catholicisme est ainsi resté fidèle à la condamnation de l'homosexualité prononcée au Concile de Latran en 1179 : « Toute personne qui sera reconnue coupable de cette incontinence qui est contre la nature ».

Une autre explication nous semble plus profonde et recoupe d'ailleurs la division religieuse : c'est la dureté extrême du *common law* avec l'homosexualité. Les difficultés de l'Australie (que le rapport de Tamara Lajoinie développe de manière conséquente), de l'Afrique du Sud, du Royaume-Uni, de l'Irlande, des États-Unis avec l'homosexualité sont certainement moins imputables à la religion qu'au droit, même si des liens existent bien sûr. De par sa structure, le *common law* est resté davantage fidèle aux prohibitions religieuses. Ainsi Blackstone est très souvent cité par les juges américains au soutien des législations homophobes dans la décision

---

\* Professeur à Aix Marseille Université, ILF GERJC CNRS UMR7318 DICE.

<sup>1</sup> Cité par R. THÉRY, *Les homosexuels, le mariage et le droit*, Mémoire de Master II, Université Paris IV, 2009.

*Bowers* par exemple de 1986. Le passé de l'Angleterre est bien connu à travers la littérature et le destin tragique d'Oscar Wilde, les romans de Forster et récemment le cinéma s'est emparé de la question en racontant le destin tragique du mathématicien Turing, condamné à la castration chimique. Le film estime qu'environ 50 000 à 100 000 personnes auraient subi un sort identique. Or, les rapports australiens et américains montrent bien le lien entre le *common law* et la dureté de la condition des homosexuels.

Autre curiosité qui ressort de ces études : le bât ne blesse pas partout au même endroit. En France, le débat a surtout porté sur la question de la filiation. Ce point a, en tout cas, fait l'objet d'un recul de la part du gouvernement. Ce n'est pas du tout le problème aux États-Unis, au contraire, c'est bien le mariage qui fait débat, la question de la filiation n'est absolument pas abordée par les juges.

On remarquera aussi qu'il s'agit d'un débat global désormais, et c'est pourquoi nous avons tenu à avoir un rapport de droit international privé, que notre collègue Hugues Fulchiron a bien voulu entreprendre. La circulation des personnes met chaque système juridique face à de nouveaux problèmes et l'Irlande est emblématique à cet égard puisque c'est la question de la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger qui est au départ du contentieux, que Eoin Dally a accepté de nous décrire, avec l'issue que l'on connaît. La question s'est aussi posée de cette manière en Israël, comme nous le montre Rivka Weill.

Les rapports montrent aussi de manière éclatante comment les changements sociaux sont accueillis en droit dans les différents pays : finalement, les pays où le législateur a pris ses responsabilités sont assez peu nombreux dans l'ensemble et, quand le changement a eu lieu, c'est du fait des juges. En Italie, le rapport d'Isabelle Boucobza et Eleonora Bottini montre que l'appel du pied du juge envers le législateur pour que celui-ci donne un cadre juridique à ces nouvelles familles n'a pas été entendu. Ce besoin d'accorder un cadre juridique protecteur à ces nouvelles familles est d'ailleurs au centre de la décision américaine. L'Italie a choisi de laisser ces familles dans une zone de non-droit, la Grèce aussi (c'est ce qui ressort bien du rapport de Julia Iliopoulos-Strangas et Georgia Tzifa). C'est d'ailleurs ce que souhaitaient les opposants à la loi en France. C'est ce qu'on appelle le déni en psychanalyse, c'est curieusement le même mot que l'on emploie en droit quand le juge ne prend pas ses responsabilités et refuse de juger. Rien de semblable n'existe contre le législateur. L'Allemagne, tout en n'adoptant pas le mariage, a réussi, par une collaboration du législateur et du juge, à construire un cadre juridique pour ces nouvelles familles, c'est ce que montre bien Thomas Hochmann.

L'accueil de ces changements par le juge, impose donc des méthodes d'interprétation qui font droit aux évolutions sociales en estimant, comme c'est le cas par exemple en France, que c'est au législateur seul de décider de ces changements, le juge ne contrôlant que de manière limitée ce type de texte (nous renvoyons à cet égard au texte d'Alexandre Viala qui interprète la position du Conseil constitutionnel comme l'adoption d'un droit naturel moderne). De même le rapport de Thomas Hochmann analyse bien ce problème de compétence : la notion constitutionnelle de mariage relève de l'appréciation politique du législateur.

Les fondements de l'extension juridictionnelle du droit au mariage sont aussi intéressants, tant ils révèlent la culture de chaque pays. Aux États-Unis, c'est essentiellement (et curieusement) la liberté qui est mobilisée. Au Canada, comme le rappellent Dave Guenette et Patrick Taillon et en Afrique du Sud, comme le montre bien Pierre de Vos, il s'agit en revanche d'une question d'égalité. Dans ce dernier pays, le spectre de l'apartheid permet de comprendre la sensibilité particulière des juges aux questions de discrimination.

Les rapports dessinent aussi des cours de culture profondément différentes quand elles doivent faire face à des changements sociaux profonds. Le rapport suisse de Michel Hottelier montre l'attachement du Tribunal fédéral à la compétence du législateur fédéral en la matière. De même le penchant originaliste et paternaliste est très sensible en Hongrie (comme on le voit dans le texte d'András Bragyova). À l'inverse le rapport espagnol d'Hubert Alcaraz nous montre une cour qui embrasse et accompagne complètement l'évolution sociale. Le rapport de Grenfieth de J. Sierra Cadena sur les systèmes de l'ensemble Ibéro-Amérique met aussi en évidence de telles disparités.

Au final, on trouve bien plusieurs situations : des pays comme la Belgique (on le voit bien dans le rapport de Francis Delpérée), le Luxembourg, le Royaume-Uni (c'est ce qui ressort bien de l'article de John McEldowney) où le débat est absent et le changement est le fait du Parlement. Des pays résistants comme l'Italie, la Grèce, la Hongrie, la Roumanie (dans l'article d'Elena-Simina Tănăsescu), la Pologne (dans le texte de Malgorzata Ulla). Des pays où les juges ont embrassé l'évolution législative comme la France bien sûr et l'Espagne.

Mais, même dans les pays résistants, la question de la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger se posera. La question reste donc, dans ces pays, posée.



## AFRIQUE DU SUD

*par Pierre De VOS \***The “right to be different”:  
the same-sex marriage judgment of South Africa’s Constitutional Court*

## INTRODUCTION

In 2006 South Africa became the first country on the African continent to legalise same-sex marriage when the South African Parliament adopted the Civil Union Act.<sup>1</sup> The Act was adopted to comply with the Constitutional Court judgment of *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*.<sup>2</sup> The judgment ruled that the South African common law, which defined marriage as consisting of a union between one man and one woman, was in breach of the equality guarantee in the Constitution and ordered the legislature to correct the defect within twelve months. The *Fourie* judgment was in large part based on the jurisprudence regarding sexual orientation discrimination developed by the Constitutional Court<sup>3</sup> after a prohibition against discrimination, *inter alia* on the basis of sexual orientation, was included in South Africa’s democratic Constitution after 1994.<sup>4</sup>

*MINISTER OF HOME AFFAIRS V. FOURIE*

As with many other judgments of the South African Constitutional Court, the reasoning in the *Fourie* judgment was firmly situated within the broader

---

\* Claude Leon Foundation Chair in Constitutional Governance, Department of Public Law, University of Cape Town.

1 Act 17 of 2006.

2 (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

3 See *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998(12) BCLR 1517 (CC); *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Home Affairs* 2000 (1) BCLR 39 (CC); *Satchwell v President of the Republic of South Africa and Another* 2002 (9) BCLR 986 (CC); *J and Another v Director General, Department of Home Affairs, and Others* [2003] ZACC 3; 2003 (5) SA 621 (CC); 2003 (5) BCLR 463 (CC); and *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others (Lesbian and Gay Equality Project as amicus curiae)* [2002] ZACC 20; 2003 (2) SA 198 (CC); 2002 (10) BCLR 1006 (CC).

4 The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, section 9(3) states as follows: “The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.”

perspective of South Africa's oppressive and discriminatory past. The Court has previously noted that the Constitution was drafted in large part to prevent a recurrence of the dehumanizing oppression and marginalization of individuals that characterised the apartheid state.<sup>5</sup> The apartheid legislation that contributed to this oppression included the Immorality Act,<sup>6</sup> which criminalized sexual intercourse between white and black people and the Prohibition of Mixed Marriages Act<sup>7</sup> which prohibited marriage between white and black people in South Africa. There has therefore been a long history in South Africa of interference with the all-important life enhancing choices people make about their intimate actions and relationships. The aim of the constitutional prohibition on sexual orientation discrimination was, in part, to prevent the state from interfering with such choices. Affirming that the decision to marry was worthy of constitutional protection, the Court affirmed that marriage was an important and unique institution and constituted "much more than a piece of paper".<sup>8</sup> On the one hand, it pointed out that in South African law marriage had previously been the only source of socio-economic benefits such as the right to inheritance, medical insurance coverage, adoption, access to wrongful death claims and the like. On the other hand, the Court noted that marriage was about more than gaining legal access to such benefits as it bestows a myriad of intangible benefits on those who choose to enter into it. As such, marriage entitles a couple to celebrate their commitment to each other at a public event so celebrated in our culture. Couples who marry are showered with presents and throughout their lives are able to commemorate this event at anniversaries while pictures of the day can be displayed in their house and in the houses of their families. Given the centrality attributed to marriage and its consequences for most South Africans, the Court argued that to deny same-sex couples a choice in this regard "would be to negate their right to self-definition in a most profound way".<sup>9</sup> Where the law failed to recognise the relationships of same-sex couples in the way it allowed for the recognition of heterosexual couples "the message is that gays and lesbians lack the inherent humanity to have their families and family lives in such same-sex relationships respected or protected". It serves, in addition, to perpetuate and reinforce existing prejudice and stereotypes. Thus the court found the denial "constitutes a crass, blunt, cruel and serious invasion of their dignity".<sup>10</sup> In a pivotal passages the Court concluded this aspect of the judgment in the following ringing tones:<sup>11</sup>

"The exclusion of same-sex couples from the benefits and responsibilities of marriage, accordingly, is not a small and tangential inconvenience resulting from a few surviving relics of societal prejudice destined to evaporate like the morning dew. It represents a harsh if oblique statement by the law that same-sex couples are outsiders, and that their need for affirmation and protection of their intimate relations as human beings is somehow less than that of heterosexual couples. It reinforces the wounding notion that they are to be treated as biological oddities, as failed or lapsed human beings who do not fit into normal society, and, as such, do not qualify for the full moral concern and respect that our Constitution seeks to secure for everyone. It signifies that their capacity for love, commitment and

---

5 See also *Prinsloo v Van der Linde* 1997 (6) BCLR 759 (CC) at para 19.

6 Act 21 of 1950.

7 Act 55 of 1949.

8 *Fourie* (note 2 above) at para 70.

9 *Ibid.* at para 72.

10 *Ibid.* at para 54.

11 *Ibid.* at para 71.

accepting responsibility is by definition less worthy of regard than that of heterosexual couples.”

Because the exclusion of same-sex couples from marriage has both a practical and symbolic impact, the Court held that the problem cannot be rectified through the recognition of same-sex unions outside the law of marriage. According to the Court, in responding to the unconstitutionality of the existing marriage regime, both the practical and the symbolic aspects have to be responded to. Thus, it would not be sufficient merely to deal with all the practical consequences of exclusion from marriage. It would also have to accord to same-sex couples a public and private status equal to that which heterosexual couples achieve from being married.<sup>12</sup> The court also invoked South Africa’s particular history to underscore this point and to reject the notion that the creation of a “separate but equal” legal regime to recognize the rights of same-sex couples would comply with the dictates of the Constitution. For same-sex couples would therefore not be sufficient. The judgment thus referred per illustration to the apartheid-era case of *R v Pitje*, in which the appellant (a candidate attorney with the law firm of Nelson Mandela) occupied a place at a table in court that was reserved for ‘European practitioners’. The Appeal Court at the time upheld the appellant’s conviction for contempt of court as it was “...clear that a practitioner would in every way be as well seated at the one table as at the other, and that he could not possibly be hampered in the slightest in the conduct of his case by having to use a particular table”. This approach, the Court stated “is unthinkable in our constitutional democracy’ today.<sup>13</sup> It is intriguing to note that the judgment never uses the term “marriage” itself when speaking of the need for the legal recognition of same-sex relationships. However, the fact that the court emphasizes that marriage provides not only tangible legal rights, but also intangible benefits and status meant that the judgment confirmed that extending anything less than marriage rights to same-sex couples would constitute disregard for the human dignity of same-sex couples and would thus be discriminatory in contravention of non-discrimination clause in the Constitution.

South Africa’s anti-discrimination jurisprudence focuses on the *impact* of a discriminatory measure and requires a court to determine whether the discrimination is *unfair* by weighing up the severity of the impact on those affected by the discrimination against any important purpose that might be served by the discriminatory measures.<sup>14</sup> The discussion about the important legal and symbolic nature of marriage thus led the court to a finding that a law that excluded same-sex couples from these tangible and intangible benefits would have a harsh impact on gay men and lesbians, concluding that:<sup>15</sup>

“bearing in mind the symbolic and practical impact that exclusion from marriage has on same-sex couples, there can only be one answer to the question as to whether or not such couples are denied equal protection and subjected to unfair discrimination. Clearly, they are, and in no small degree. The effect has been

---

12 *Ibid.* at para 81. In a subsequent submission to the relevant Parliamentary committee considering legislation to give effect to the *Fourie* judgment the author of this article, in reinforcing this point jokingly told the members of the committee that it had to pass legislation extending marriage rights to same-sex couples because every mother wishes to display a picture of her son or daughter on his or her wedding day and if the committee members knew the author’s mother and her temper, they would realize that they better grant this wish.

13 *Fourie* (note 4 above) at para 151.

14 See *Harksen v Lane NO and Others* 1997 (11) BCLR 1489 (CC); 1998 (1) SA 300 (CC) at para 50.

15 *Ibid.* at para 78.

wounding and the scars are evident in our society to this day. By both drawing on and reinforcing discriminatory social practices, the law in the past failed to secure for same-sex couples the dignity, status, benefits and responsibilities that it accords to heterosexual couples. Although considerable progress has been made in specific cases through constitutional interpretation, and, as will be seen, by means of legislative intervention, the default position of gays and lesbians is still one of exclusion and marginalisation. The common law and section 30(1) of the Marriage Act continue to deny to same-sex couples equal protection and benefit of the law, in conflict with section 9(1) of the Constitution, and taken together result in same-sex couples being subjected to unfair discrimination by the state in conflict with section 9(3) of the Constitution.”

The Court could come to this conclusion partly because it considered and then rejected all the arguments put forward as to why the exclusion of same-sex couples from marriage may serve an important purpose that would justify the discrimination against same-sex couples. I now briefly discuss these arguments and the Constitutional Court’s reasoning for rejecting them.

First, the Constitutional Court rejected the argument that the constitutive and definitional characteristic of marriage is its procreative potential and thus marriage can never include same-sex couples.<sup>16</sup> This argument, it said, was deeply demeaning to heterosexual married couples who, for whatever reason, either choose not to procreate or are incapable of procreating when they enter a relationship or become so at any time thereafter.<sup>17</sup> It is also demeaning for couples who start a relationship at a stage when they no longer have the capacity to conceive or for adoptive parents. While this argument could be justified based on religious beliefs, from a legal and constitutional point of view, the Court found, it does not hold water.<sup>18</sup>

Second, it rejected an argument from religious groups that marriage is by its very nature a religious institution and that expanding definition of marriage would violate the religious freedom of believers. The Court argued that in an open and democratic society contemplated by the Constitution there must be mutual respect and co-existence between the secular and the sacred. The religious beliefs of some cannot be used to determine the constitutional rights of others:

“[T]he acknowledgement by the state of the right of same-sex couples to enjoy the same status, entitlements and responsibilities as marriage law accords to heterosexual couples is in no way inconsistent with the rights of religious organisations to continue to refuse to celebrate same-sex marriages. The constitutional claims of same-sex couples can accordingly not be negated by invoking the rights of believers to have their religious freedom respected. The two sets of interests involved do not collide, they co-exist in a constitutional realm based on accommodation of diversity.”<sup>19</sup>

The judgement provided Parliament with the opportunity to remedy the unconstitutionality within one year. Parliament was required to adopt new legislation that would accord same-sex couples the same rights and status as enjoyed

---

16 *Ibid.* at para 51.

17 *Ibid.* at para 86.

18 *Ibid.* at para 90.

19 *Ibid.* para 98.

by heterosexual married couples. If Parliament failed to do so within a year, the existing Marriage Act would automatically be amended to include same-sex couples and would extend all the rights associated with marriage to such couples. Parliament proceeded to pass the Civil Union Act alongside the original marriage Act which continues to apply only to heterosexual couples. However, the new Act provides for both same-sex and different sex couples to enter into a marriage or a civil partnership in terms of the Act and prescribes the formal requirements for entering into such a civil union marriage. This means that the Act provides all couples with a choice, either to register a “marriage” or a “civil partnership” in terms of the Civil Union Act while leaving heterosexual couples with the option of entering a marriage in terms of the original Marriage Act.

#### ANALYSIS

The *Fourie* judgment contains ringing language affirming the right of gay men and lesbians to form intimate life partnerships and to “be different”. It framed the extension of marriage rights to same-sex couples as a matter of accommodating diversity stating that the right to equality did not require conformity or the elimination or suppression of difference.<sup>20</sup>

“At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society... The acknowledgement and acceptance of difference is particularly important in our country where for centuries group membership based on supposed biological characteristics such as skin colour has been the express basis of advantage and disadvantage... At issue is a need to affirm the very character of our society as one based on tolerance and mutual respect. The test of tolerance is not how one finds space for people with whom, and practices with which, one feels comfortable, but how one accommodates the expression of what is discomfiting.”

The court was therefore at pains – both in the reasoning employed and ultimately in the remedy given – to act in a manner that would accommodate the diversity opinions present in South Africa regarding same-sex marriage. Surveys conducted in South Africa over the past 20 years consistently find high levels of intolerance towards gay men and lesbians. For example a 2008 survey found that 82% of South African surveyd stated they beleived that “homosexuality” was “always wrong”, a decline from 84% in 2003 to 82% in 2007.<sup>21</sup> In order to deal with such concerns and because of an anxiety that a court order opening marriage to all would have little political legitimacy the court ordered the democratically elected Parliament to fashion a solution. As the Court explained:

“To achieve security [legal change] needs to be firmly located within the broad context of an extended search for emancipation of a section of society that has known protracted and bitter oppression. The circumstances of the present matter call out for enduring and stable legislative appreciation. A temporary remedial measure would be far less likely to achieve the enjoyment of equality as promised by the Constitution than would lasting legislative action compliant with the Constitution.”<sup>22</sup>

20 *Ibid.* at para 60.

21 ROBERTS B. & REDDY V., “Pride and Prejudice: Public Attitudes Towards Homosexuality” *HSRC Review* vol. 6 no. 4, November 2008, 8-11 at 9, available at [http://www.hsrc.ac.za/HSRC\\_Review\\_Article-121.phtml](http://www.hsrc.ac.za/HSRC_Review_Article-121.phtml) accessed on 14 June 2015.

22 *Fourie* (note 2) at para 136.

In essence the court said the move to extend the right to marry to same-sex couples would have more legitimacy in the eyes of the public if it was done through the adoption of legislation by the democratically elected legislature and not through an order made by unelected judges. Although gay rights activists criticised this decision and one of the Justices of the Constitutional Court wrote a separate judgment in which she argued in favour of a court order that would immediately open marriage to same-sex couples, in retrospect the move by the Constitutional Court was probably strategically wise. However, the anxiety of the Court to accommodate the diversity of opinion on the matter required it to adopt some contorted reasoning. As noted above, the Court boldly stated that it would not be compatible with South Africa's constitutional values to adopt a "separate but equal" legal regime dealing with the recognition of same-sex relationships. However, when providing reasons for its decision to refer the matter to Parliament to rectify the unconstitutionality, the court suggested that "there are different ways in which the legislature could legitimately deal with the gap that exists in the law".<sup>23</sup> The Court suggested that Parliament could simply amend the "traditional" Marriage Act to ensure that all couples could get married in terms of this Act.<sup>24</sup> Alternatively, the Court suggested, Parliament could adopt a new Marriage Act to give legal recognition to all marriages, including those of same and opposite-sex couples and irrespective of the religion, race or culture of a couple while retaining the existing Marriage Act to allow those who object to getting married in terms of an Act that allows same-sex marriage the option of getting married under the "traditional" Marriage Act.<sup>25</sup> However, the existence of two separate pieces of legislation – one open to all couples, the other only available to heterosexual couples – come perilously close to a "separate but equal" regime. The only saving grace of the option chosen is perhaps the fact that the Civil Union Act is open to all couples and not only to same-sex couples. When Parliament tabled a first version of the Civil Union Bill, it indeed only provided for same sex couples to get married in terms of the Bill and also avoided calling the union established under it a marriage. But after consistent lobbying from lawyers, academics and gay and lesbian rights activists the text of the Bill was amended to open it to heterosexual couples and to allow couples who enter a union under the Act to call their union a "marriage". This is not ultimately an elegant legal solution to the problem of accommodating diversity. It may suggest that the legislature had bent over backwards to accommodate the prejudices of members of society, instead of fully vindicating the rights of a vulnerable minority by merely extending marriage to all couples who legally qualify to be married.

Despite this criticism the judgment can nevertheless be viewed as a landmark moment in South Africa's constitutional jurisprudence. The Court declared invalid the law that limited marriage to heterosexual couples and ordered Parliament to rectify the unconstitutional exclusion of same sex couples from the marriage regime. It did so despite overwhelming – and sometimes ugly – opposition from citizens and from powerful religious organisations. In this sense the judgment did play its part in affirming the inherent human dignity of all gay men and lesbians.

---

23 *Ibid.* at para 139.

24 *Ibid.* at para 140.

25 *Ibid.* at para 144.

## AUSTRALIE

*par Tamara LAJOINIE \**

« *Le statut juridique du mariage peut sembler se résumer aux aiguilles d'une boussole. En réalité, il matérialise le produit d'un long processus historique et social et cristallise des enseignements beaucoup plus complexes qu'il n'y paraît. Ce qui explique que, toujours, perdurent et perdureront à son sujet, les controverses les plus vives et les plus débattues* »<sup>1</sup>.

Haute Cour australienne, propos du Juge J. Windeyer,  
décision du 1<sup>er</sup> août 1962

Il y a plus de 53 ans, dans la décision de principe, *Attorney-General (Vic) v. The Commonwealth*, qui fixe le cadre juridique du mariage en Australie, le juge Windeyer devait déjà constater le caractère, par essence, fondamentalement historique que revêt l'institution maritale au sein du territoire de la fédération. Un extrait qui semble, de plus, anticiper la nature des controverses auxquelles se heurtent, aujourd'hui, les systèmes juridiques contemporains dans leur tentative de définition juridique du mariage et de délimitation de ses potentiels bénéficiaires.

Ce constat judiciaire ne pouvait, en effet, trouver d'écho plus actuel à l'heure où la Haute Cour, dans une décision tout aussi remarquable rendue en date du 13 décembre 2013 intitulée *The Commonwealth v. Australian Capital Territory*<sup>2</sup> devait sceller le destin juridique du mariage homosexuel en Australie et décider que l'institution maritale ne pouvait s'envisager indépendamment de la « tradition juridique historique nationale » qui exige que cette institution soit consubstantiellement liée au principe de l'altérité sexuelle.

Au-delà, en réservant le bénéfice de l'institution maritale aux couples de sexes opposés à l'exclusion de tous les autres, la Haute Cour clôt une saga judiciaire inédite qui débuta le 22 octobre 2013 date à laquelle le Parlement fédéré du Territoire de la Capitale australienne (ACT) vota *The Same-Sex Marriage Act* et

---

\* Doctorante contractuelle ILF GERJC CNRS UMR7318, Aix-Marseille Université.

1 Haute Cour australienne, décision du 1<sup>er</sup> août 1962, *Attorney-General (Vic) v. The Commonwealth*, cf. propos du Juge Windeyer, HCA 37; (1962) 107 CLR 529, § 579.

2 Haute Cour australienne, arrêt du 13 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory* [2013] HCA 55, C13/2013.

devint, en conséquence, le premier territoire de la fédération à consacrer le droit au mariage homosexuel. Dès son entrée en vigueur, c'est ainsi plus de 27 mariages homosexuels qui seront officiellement célébrés à Canberra, et fait suffisamment rare au sein des systèmes constitutionnels contemporains pour être noté, ce sont ces mêmes 27 couples qui, en l'espace d'une poignée de semaines à peine, seront *de facto* démariés sur décision de la Haute Cour constitutionnelle australienne. George Brandis, ministre de la Justice, ayant, à cet effet, saisi, dès le 3 décembre, la plus haute instance judiciaire du pays pour s'opposer à l'adoption, par l'Assemblée législative de l'ACT du *Same Marriage Act*. Ce dernier texte ne devant pas résister au contrôle de constitutionnalité exercé par la Haute Cour, les 27 unions célébrées sous son empire furent ainsi rétroactivement considérées comme nulles et privées d'effet sur l'ensemble du territoire fédéral.

Par ailleurs, la Haute Cour, inquiète des initiatives législatives fédérées à venir, prit le parti dans sa décision de délimiter strictement le champ de la compétence législative relative à l'institution maritale en indiquant que la question de la reconnaissance du mariage en faveur des communautés homosexuelles constituait une matière relevant, par nature, de la compétence du Parlement fédéral. Verrouillant ainsi, les possibilités d'évolution de cette question dans un sens libéral, alors que la compétence en la matière était jusqu'alors potentiellement détenue par les parlements des États et territoires fédérés, la Haute Cour en dit également beaucoup dans sa décision sur sa propre conception du principe fédéral lui-même. Elle renseigne, en effet, sur une tendance politique lourde caractérisée par une très forte volonté de centralisation et d'uniformité législative que développe depuis plusieurs décennies déjà l'État fédéral australien. En ce sens, la lecture que la Haute Cour propose du principe fédéral dans sa décision du 13 décembre 2013 vient renforcer la nature profondément originale du *fédéralisme centralisé* qui structure l'Australie contemporaine.

De même, ladite décision présente, en tout état de cause, un intérêt des plus remarquable puisqu'elle est utile à questionner la nature exacte des rapports que l'Australie moderne entretient avec l'héritage juridique colonial inhérent aux minorités sexuelles légué par la puissance britannique qui découvrit cet exemple unique de pays continent en 1877 et l'érigea en fédération en 1901.

Ainsi, à l'image de l'Australie, de nombreux États du continent océanique et asiatique héritèrent de la tradition juridique anglo-saxonne visant à réprimer pénalement les relations homosexuelles entre hommes et transposèrent directement au sein de leur système juridique le principe de la criminalisation systématique de ce genre de relations intimes. À ce titre, le Bangladesh, le Bhoutan, le Brunei, les îles Fiji, Hong Kong, l'Inde, Kiribati, la Malaisie, les îles Maldives, les îles Marshall, Nauru, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, la Papouasie Nouvelle-Guinée, Singapour, les îles Salomon, le Sri Lanka, Tonga, Tuvalu, et enfin les îles Samoa composent le vaste ensemble de territoires ayant permis la diffusion de ce legs juridique typiquement britannique dont la caractéristique fut longtemps celle de réprimer, avec une particulière sévérité, les comportements homosexuels masculins<sup>3</sup>. Dans ce cadre, l'exemple de la démocratie constitutionnelle australienne est utile à démontrer comment une tradition juridique britannique vieille de plus 150 ans devait rayonner dans un empire colonial particulièrement étendu et faire résonner ses lois jusqu'à notre ère avec une vivacité inattendue.

---

3 Voir en ce sens, le rapport n° A/128/2-P.2 du 21 mars 2013 de l'Union interparlementaire de la 128<sup>e</sup> Assemblée et Réunions connexes tenue en date des 22-27 mars 2013 à Quito, Demande d'inscription d'un point d'urgence à l'ordre du jour présentée par la délégation de la Nouvelle-Zélande.

Aussi, dans le prolongement de ce constat, cette étude vise à questionner l'avenir d'un héritage juridique colonial étranger dans les systèmes constitutionnels modernes, à analyser les causes présidant à son maintien ou, à l'inverse, à sa disparition afin de déterminer de quelle « tradition juridique historique nationale » la Haute Cour australienne se réclame-t-elle véritablement pour dénier le bénéfice du mariage aux couples de même sexe quant au fond<sup>4</sup>.

Dans la continuité de ces observations, cette étude se propose ainsi d'analyser les conditions de l'émergence, en Australie, des premières formes de représentation et de protection juridiques des individus homosexuels, d'en isoler les spécificités afin de pourvoir à la juste compréhension du statut actuel des couples homosexuels. Un préalable qui semble indispensable afin de cerner le sens de la décision de la Haute Cour qui devait déclarer inconstitutionnel le mariage homosexuel sur l'ensemble du territoire fédéral.

En Australie, les premières voies d'institutionnalisation relatives à la représentation juridique de l'individu homosexuel débutent aux alentours des années 1970 selon un processus particulier conduisant à l'établissement d'un *patchwork* législatif particulièrement dense et diversifié au sein du territoire fédéral australien (I). Et c'est seulement à l'issue d'un phénomène politique spécifique de démocratisation de cette thématique que l'État fédéral australien put se saisir de la question de la protection des droits de cette communauté, avant toutefois, que cette cause n'accuse un recul significatif sous l'effet de la décision constitutionnelle rendue par la Haute Cour en 2013 (II).

#### I.- LA LENTE ÉMERGENCE DE L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DES MINORITÉS HOMOSEXUELLES DANS L'ÉTAT FÉDÉRAL AUSTRALIEN

Avant l'intervention d'une série de réformes législatives menées entre les années 1970 et 1990, l'homosexualité masculine constituait une infraction pénale passible de peines sévères dans l'ensemble du territoire fédéral australien. Une tendance juridique nationale emprunte d'un certain sens du conservatisme social qui semble résulter de deux facteurs spécifiques. Au sein du système juridique australien, il semble ainsi qu'un premier ensemble de considérations d'ordre historique ait été particulièrement déterminant dans l'approche de la thématique homosexuelle en général ainsi que dans la cristallisation, à l'échelle judiciaire, d'une définition du mariage profondément liée au principe d'altérité de genre et de binarité sexuelle (A). De même, un deuxième ensemble de considérations, de nature politique cette fois, sera analysé afin de justifier la tendance nettement conservatrice qu'accuse le système juridique australien contemporain vis-à-vis de la reconnaissance des droits de la communauté homosexuelle en lien avec la lecture particulière que la Cour fait du principe fédéral (B).

##### A.- Le poids de l'héritage colonial anglo-saxon sur les premières formes de représentation juridiques de la communauté homosexuelle en Australie

En guise d'amorce de notre réflexion, il semble intéressant de relever que, par-delà le monde, parmi les 76 États qui criminalisent encore les relations sexuelles entre adultes de même sexe, tous sexes confondus, consenties ou non<sup>5</sup>, la très grande

4 Cf., R. ALDRICH, *Colonialism and Sexuality*, London, New York, Routledge, 2003.

5 Cf., le rapport détaillé, État par État, présenté par le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme en date du 17 mai 2014, in L. PAOLI ITABORAHY et J. ZHU, *State-Sponsored*

majorité de ceux-ci se trouvent être des États membres du *Commonwealth*. Dans ce cadre, ces pays qui constituaient, jusqu'à une période relativement récente encore, les anciennes colonies de l'Empire britannique se présentent comme autant d'héritiers directs de l'arsenal législatif du Royaume-Uni. Un facteur politique déterminant qui explique qu'au sein de ces États, les premières voies d'institutionnalisation juridique de la notion d'homosexualité se résument plus à un reflet de la volonté du Parlement britannique qu'à la transposition de conceptions culturelles locales effectivement ressenties et choisies par les populations visées.

Or, comme le démontrent les récentes décisions rendues respectivement en 2009, 2013 et 2015 par les juridictions suprêmes indiennes<sup>6</sup>, australiennes<sup>7</sup> et malaisiennes<sup>8</sup>, bien que depuis longtemps émancipés de la tutelle de la puissance coloniale anglaise, un grand nombre de pays pourtant situés géographiquement à mille lieues des us et coutumes du vieux continent orientent encore, aujourd'hui, le sens de leurs évolutions juridiques en matière de minorités sexuelles selon le prisme quasi exclusif de cet héritage colonial particulier<sup>9</sup>.

Afin de bien cerner la consistance de ce legs juridique qui fut déterminant dans la culture politique australienne vis-à-vis des premières formes d'institutionnalisation du statut de l'individu puis du couple homosexuel, il convient, dans un premier temps, de brièvement présenter l'esprit des textes britanniques ayant fait l'objet d'une transposition directe dans le système constitutionnel australien.

Les premières mentions de la sodomie en tant que « crime » dans la loi anglaise sont très anciennes puisqu'elles puisent leurs sources dans deux célèbres lois médiévales : le Traité de *Fleta* et le Traité de *Britton* respectivement adoptés en 1290 et 1300<sup>10</sup>. Ces deux textes prescrivent que les sodomites doivent être brûlés vifs et que la compétence juridictionnelle de principe en la matière est dévolue aux tribunaux ecclésiastiques<sup>11</sup>. Ces traités marquent l'essor d'une tradition juridique britannique particulière envers la représentation juridique de l'individu homosexuel en ce qu'ils commandent, à des fins essentiellement religieuses, que seules les relations homosexuelles masculines se doivent d'être considérées comme un crime passible de sévères condamnations tant sur le plan moral que pénal<sup>12</sup>. Cet édifice pénal en voie de formation distinguera, par la suite, plusieurs formes d'infractions dont la gravité s'évaluait en fonction de plusieurs facteurs, notamment le caractère consensuel revêtu par ce type de relations ou encore l'âge des individus concernés.

---

*Homophobia, A world survey of laws : Criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, an International Gay and Lesbian Association, ILGA report Edition ; v. aussi le rapport de 2008 afin de mettre en perspective les évolutions constitutionnelles en la matière, établi par D. OTTOSSON, *State-Sponsored Homophobia : A World Survey of Law Prohibiting Same-Sex Activity Between Consenting Adults*, an International Gay and Lesbian Association, ILGA report Edition, 2008.

6 Cour suprême indienne, arrêt du 2 juillet 2009, *Naz Foundation v. Govt. of NCT of Delhi*, 160 Delhi Law Times 277.

7 Haute Cour australienne, arrêt du 13 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory* précité.

8 Cour fédérale malaisienne, arrêt du 10 février 2015, n° MAL/15, Anwar Ibrahim. Pour aller plus loin voir A. BERMAN, « The experiences of denying constitutional protection to sodomy laws in the United States, Australia and Malaysia : You've come a long way baby and you still have a long way to go ! ». *Oxford University Comparative Law Forum*, 5, 2 décembre 2008.

9 A. BERMAN, « The Anwar Saga : Sexuality and politics in contemporary Malaysia », in *Gay & Lesbian Issues and Psychology Review*, Vol. 4, n° 3, 2008.

10 H. BRUNNER, *The Sources of the Law of England*, Edinburgh, T. Clark's Edition, 1888.

11 H. L. CARSON, « A Plea for the Study of Britton », *Yale Law Journal*, Vol. 23, n° 8, 1914, p. 664-671.

12 K. T. BARTLETT et al., *Gender And Law : Theory, Doctrine, Commentary*, 2002.

Dans ce cadre, divers écrits doctrinaux anglo-saxons démontrent que l'objectif principal poursuivi par ces dispositions était alors celui de distinguer les bonnes mœurs catholiques de celles pratiquées par les autres cultes ennemis du dogme officiel<sup>13</sup>. Or, quand le protestantisme succéda au catholicisme et que la compétence des tribunaux ecclésiastiques en la matière disparut, la tendance juridique anglaise prescrivant, depuis plusieurs siècles déjà, la répression de ce type de relations intimes était devenue tradition et l'ensemble des lois anglaises relatives à la pénalisation des relations homosexuelles fut directement incorporé dans le corpus juridique de la *Common Law* émergente<sup>14</sup>. Aussi, dès 1553 sous le règne d'Henry VIII, fut votée par le Parlement britannique, la Loi sur la sodomie, le « *Buggery Act* » qui constitua le premier texte formellement adopté par la *Common law* en vue de réprimer pénalement ce type d'activité sexuelle. Cette loi, conformément à l'esprit des traités de *Fleta* et de *Britton*, définissait celle-ci comme un acte sexuel contre nature, perpétré contre la volonté de Dieu et celle de l'homme et lui conféra le statut de crime passible de la peine capitale. Cette tradition juridique fut consolidée, quelques années plus tard, par le vote par le Parlement britannique de l'*Offences against the Person Act* de 1828 qui fait de l'acte de sodomie un crime passible de la peine de mort<sup>15</sup>. Ce texte permet, de plus, l'établissement d'une discrimination expresse entre les peines réprimant les relations intimes homosexuelles masculines et féminines, car il exclut les relations sexuelles entre femmes de cette forme de répression pénale<sup>16</sup>.

C'est notamment ce dernier texte, qui fit l'objet d'une large transposition au sein de l'ensemble des colonies britanniques. Celui-ci sera, par la suite, globalement refondu par l'*Imperial Offences against the Person Act de 1861* qui, bien qu'il maintînt le principe de la criminalisation des relations intimes homosexuelles entre hommes, abolira la peine de mort pour l'ensemble des infractions prévues par ledit texte, à l'exception du crime de haute trahison.

Parmi les États membres du *Commonwealth*, aujourd'hui, rares sont ceux ayant entrepris de rompre définitivement avec cette réticence très historiquement située de l'ancien Empire britannique en s'engageant dans des politiques de reconnaissance des droits et libertés des minorités homosexuelles masculines, et ce, en dépit de la libéralisation de cette question au sein de l'édifice juridique de l'ancienne puissance coloniale elle-même<sup>17</sup>. Quant à l'Australie, ce n'est qu'au terme d'un long et poussif processus amorcé dans les années 1970 qui ne se parachève qu'en 1994, que le principe de la dépénalisation de l'homosexualité deviendra véritablement effectif.

13 Pour de plus amples développements, voir J. BROWN, « The Demise of Chance Medley and the Recognition of Provocation as a Defence to Murder in English Law », 7 *AM. J. Legal hist.* 310, 312-13 (1963).

14 Voir en ce sens l'ouvrage de T. F. T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, Le Lawbook Exchange, Ltd., 2001, 802 p.

15 C. EMSLEY, *Crime and Society in England, 1750-1900*, London & New York, Longman, 2<sup>nd</sup> édition, 1996. Sur le fondement de ce texte, la dernière condamnation à mort ayant eu lieu en Angleterre fut prononcée en 1835.

16 C. FORELL, « Gender equality, social values and provocation law in the United States, Canada and Australia », in *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, Vol. 14/1, 2006, p. 31.

17 Parmi eux, c'est ainsi encore un minimum de 5 États qui punissent de la peine de capitale ou de l'emprisonnement à perpétuité, les relations sexuelles consenties ou non entre hommes de même sexe. À l'inverse, une poignée d'États seulement, réussirent à rompre avec l'héritage juridique britannique, à l'image de la Nouvelle-Zélande qui fut, en 1986, l'un des premiers États anciennement colonisés par la puissance britannique, à dépénaliser les relations sexuelles consenties entre personnes de même sexe et qui devint, dès avril 2013, le premier État d'Océanie à légaliser le mariage entre personnes de même sexe. Par la suite, seule la principauté d'Hong Kong en 1990, suivie par les îles Fidji, sur décision de la Haute Cour en 2005, choisirent de dépénaliser les relations homosexuelles masculines.

Une situation qui résulte du fait qu'en 1877, le territoire australien fut, dès sa découverte par la puissance britannique, officiellement qualifié de *terra nullius* ce qui explique que les lois votées par le parlement anglais antérieurement et concomitamment au processus de colonisation furent rendues applicables de plein droit à l'ensemble du territoire de cette vaste colonie aux allures de continent. Et ce, en dépit de spécificités locales, culturelles ethniques particulièrement remarquables. Et quand vint le temps, en 1901, de l'émergence de la fédération, les jeunes parlements des États fédérés de l'ensemble du territoire transposèrent directement les législations pénales britanniques réprimant sévèrement les comportements d'ordre homosexuel, anciennement imposées par les gouverneurs coloniaux, alors en charge de transposer les volontés juridiques de l'empire. Ici, réside indéniablement le premier point d'accroche et de diffusion d'une culture sociale particulière, nettement opposée à la cause homosexuelle qui, encore aujourd'hui, devait freiner considérablement l'avancée des droits de cette minorité en Australie.

En effet, sous réserve de quelques adaptations aux coutumes et spécificités locales très diverses composant les six territoires de la fédération australienne naissante, tous les États fédérés transposèrent l'*Offences against the Person Act* de 1828 et sa version refondue de 1861. Parmi eux, l'État de Victoria fut l'un des plus réactifs dans la répercussion de cet héritage juridique colonial puisqu'il fut le seul à adopter des lois visant à réprimer spécifiquement les relations entre personnes de même sexe tandis que l'ensemble des autres États et territoires se contentait de produire des lois cherchant à réprimer les relations sexuelles immorales et contre nature en général<sup>18</sup>. Ce dernier État fut, par ailleurs, le seul à sanctionner de la peine de mort les relations homosexuelles masculines jusqu'en 1949<sup>19</sup>. Le Code pénal de l'ancienne colonie de l'État du Queensland qui fut rédigé en 1899 par le juge en chef des colonies de l'Empire britannique, Sir Samuel Griffith, devint quant à lui, dès son entrée en vigueur en 1901, le deuxième code le plus diffusé dans les colonies africaines et asiatiques anglaises<sup>20</sup>. C'est précisément ce code qui, en introduisant les notions d'« infractions contre nature » et en créant la catégorie juridique nouvelle de « partenaire sexuel passif » prolongera la vision très négative des relations sexuelles entre hommes dans l'ensemble du continent océanique.

Un ensemble de facteurs d'ordre sociohistorique explique ainsi que le système juridique australien entérina, durant de nombreuses années, une conception exclusivement hétérosexuelle du citoyen. Dans le prolongement de ce constat, de nombreuses études sociologiques remarquent que l'obstacle le plus important auquel s'affrontèrent les minorités homosexuelles réside dans le fait que celles-ci ne purent s'intégrer dans le schéma conventionnel familial dominant propre à un territoire composé de vastes zones rurales caractérisées par leur très forte masculinité<sup>21</sup>.

---

18 Sur ce dernier point, G. CARBERY, *Towards homosexual equality in Australian criminal – a brief history*, Australian Lesbian & Gay Archives Edition, 2014.

19 The death penalty was mandatory for persons convicted of buggery either with a person under the age of fourteen or with violence s. 65 (1) Crimes Act 1928. (Vic). The death penalty was abolished in 1949, see : An Act to amend the Law relating to Crimes and Criminal Offenders 1949 (Vic), n° 5379. s. 2 (1) e)

20 Human Right Watch, *This Alien legacy, The origins of "Sodomy" Law in British colonialism*, Human Right Watch's Edition, 2008, USA.

21 Voir en ce sens, l'étude détaillée menée par R. ALDRICH, *Gay Perspectives II : More Essays in Australian Gay Culture*, Sydney, Department of Economic History and the Australian Centre for Gay and Lesbian Research, University of Sydney, 1993 ; J. BAVIN-MIZZI, « "An Unnatural Offence" : Sodomy in Western Australia from 1880 to 1900 », in C. Fox (Ed.), *Studies in Western Australian History*, XIV, Perth, Centre for Western Australian History, University of Western Australia, 1993, p. 102-120.

Dans ce cadre, après la Seconde Guerre mondiale et jusque dans les années 1970, les politiques publiques successives menées par le gouvernement fédéral australien sont structurées selon l'impératif spécifique de promouvoir en priorité une figure citoyenne identitairement hétérosexuelle<sup>22</sup> et d'exclure la question des droits des minorités sexuelles et l'impératif de dépenalisation de leurs relations intimes des priorités législatives du Parlement fédéral.

### B.- Le poids du facteur politique dans l'émergence du statut et des droits des homosexuels dans l'Australie contemporaine

Selon cette optique, il convient de relever qu'en Australie, selon les règles de répartition des compétences des entités fédérées et du pouvoir fédéral entérinés par la Constitution, les lois pénales ayant pour but la régulation des comportements sexuels relèvent du pouvoir parlementaire des États fédérés australiens. En revanche, la compétence législative en la matière générale du droit de la famille et donc, du mariage et des unions civiles, revient au Parlement fédéral, conformément aux dispositions de la Section n° 51 (xxi) de la Constitution. Les deux textes juridiques fondamentaux en la matière qui fixent le cadre général du droit de la famille étant le *Family Law Act* de 1975 et le *Marriage Act* de 1961.

Or, en dépit de la compétence pénale des États fédérés en matière de répression des comportements sexuels, aux suites des mouvements politiques généralisés en faveur de la dépenalisation des relations sexuelles entre personnes de même sexe que ceux-ci initièrent entre les années 1970 et 1990, le Parlement fédéral adopta le *Human Rights (Sexual Conduct) Act* 1994, s'assurant par ce biais un premier moyen de contrôle du sens des évolutions législatives en cette matière spécifique. Empiètement de compétences assumé pour les uns, tentative de pourvoir à l'édification d'un régime juridique homogène sur l'ensemble du territoire pour d'autres, ce texte constitutionnel matérialise la première législation nationale dépenalisant officiellement l'homosexualité masculine en Australie. Celui-ci alimente, de plus, la très forte tendance à la centralisation qu'accuse depuis plusieurs décennies le fédéralisme à l'australienne et inaugure la forte pression juridique que le parlement fédéral exercera en matière de minorités sexuelles sur ses entités fédérées dans les années à venir. En effet, depuis plusieurs années en Australie, s'observe sous l'effet de la pratique, un phénomène spécifique d'évolution des institutions qui s'exerce largement au détriment de la compétence législative des États fédérés et de la diversité de leur représentation politique<sup>23</sup>. Un phénomène qui, bien qu'il vise à concilier les intérêts véhiculés par les principes du fédéralisme et du parlementarisme, s'assimile en réalité à un double procédé de centralisation des compétences et d'uniformisation de la vie politique nationale<sup>24</sup>. Cette tendance juridique spécifique résulte d'abord du choix historique réalisé par les *Framers* d'entériner dans la Constitution, deux principes structurels d'influences juridiques bien distinctes : le principe d'un « fédéralisme à l'américaine » d'un côté, et le principe d'une souveraineté parlementaire et monarchique à l'anglaise, de l'autre<sup>25</sup>.

22 Margot CANADAY, *The Straight State: Sexuality and Citizenship in Twentieth Century America*, Princeton University Press, 2009.

23 Voir à cet effet, T. GREG, « Fédéralisme in Australia », *Monash University Law Review*, Volume n° 4, 2010, p. 174.

24 F. DE VERGNIOLE, « La nationalisation du Fédéralisme australien » in *Fédéralisme et anti-fédéralisme*, Puf, coll. Que sais-je ? Paris, 2005, p. 49.

25 C. SAUNDERS, *The Constitution of Australia, A Contextual Analysis*, Constitutional Systems of the World, Edition Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 274.

Elle se prolonge au travers de la jurisprudence de la Haute Cour australienne qui, selon une conception significativement individualisée de l'unité du corps national, put élargir considérablement le domaine de compétence du Parlement fédéral, au détriment de la compétence législative fédérée. Et ce, de telle sorte que certaines études relèvent qu'aujourd'hui, les entités fédérées australiennes s'assimilent plus à des organes déconcentrés qu'à des structures politiques véritablement fédéralisées tant le processus de nationalisation et d'uniformisation de la vie politique australienne fut d'application stricte sous l'égide la Haute Cour<sup>26</sup>.

Au-delà, il semble utile de relever que si une telle évolution en faveur des droits des homosexuels a pu intervenir à l'échelon fédéral, c'est très certainement grâce aux efforts du Gouvernement Whitlam, bien que la libéralisation de cette thématique spécifique puisse également être présentée comme une conséquence logique de l'aval du Parlement britannique lui-même qui adopta le *Sexual Offences Act* dès 1967<sup>27</sup>.

En effet, la question de la représentation sociale de la communauté homosexuelle australienne et des droits auxquels celle-ci pouvait prétendre devait considérablement progresser sous l'effet de la politique menée par le chef du parti travailliste, Gough Whitlam, Premier ministre de l'État australien du 5 décembre 1972 au 11 décembre 1975. Après 23 ans de gouvernance du parti conservateur ayant eu pour effet de figer sur le plan social et juridique l'Australie d'après-guerre, le parti travailliste s'engagea dans de nombreuses réformes sociales en vue de moderniser cet État en accord avec les principes élémentaires de l'État de droit et de la notion de démocratie.

Ainsi, en seulement trois ans, le Gouvernement Whitlam mettra un terme à la politique d'immigration australienne traditionnellement raciste dénommée la *White Australia Policy*, abolira la peine de mort et le service militaire obligatoire, instaurera la gratuité dans l'enseignement supérieur, permettra la légalisation de l'avortement et la création du *medicare*, et enfin, établira le principe de l'aide juridictionnelle gratuite. Par ailleurs, le gouvernement Whitlam engagera le pays sur la voie du multiculturalisme en œuvrant activement à la restitution des terres et à la reconnaissance d'un premier ensemble de droits à destination de la population aborigène.

Dans ce contexte, nul doute que la nomination de ce Premier ministre, favorable aux changements sociaux, à la tête du gouvernement devait permettre à la cause homosexuelle de faire d'importants progrès tant dans les mentalités australiennes que sur le plan juridique, car celui-ci relança l'intérêt de la question relative à la dépénalisation des relations homosexuelles à l'échelon fédéral. Dans ses discours publics, Gough Whitlam prit ainsi très rapidement le parti d'isoler la question homosexuelle en général du domaine politique en considérant que ce type de sujet relevait par principe des convictions morales intimes de l'individu, du droit au respect de la vie privée et non du domaine de la loi pénale<sup>28</sup>. Rejoignant ainsi les propos du Premier ministre canadien de l'époque, Pierre Trudeau, Gough Whitlam remarqua dans un célèbre débat parlementaire que : « les juridictions judiciaires n'avaient aucune place dans les chambres des nations ». En conséquence, ce gouvernement choisit d'isoler la question homosexuelle comme la très grande majorité des sujets relevant du droit au respect de la vie privée des individus ainsi

26 Voir à cet effet l'ouvrage de N. ARONEY, *The Constitution of a Federal Commonwealth of the Australian Constitution, The Making and The Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge University Press, 2009, p. 141-145.

27 Suivront le Pays de Galles la même année en 1967, l'Écosse en 1980 et enfin l'Irlande du Nord en 1982.

28 *Abortion, Sex Law Reforms* « Not Party Issues », *Australian*, 6 October 1970, 3.

que de leur droit à l'autodétermination, de l'orientation politique des partis au pouvoir, rejetant ainsi la possibilité au parti conservateur l'instrumentalisation, à des visées électorales, de cette question<sup>29</sup>.

Dans la continuité de cette ligne politique, le 18 octobre 1973, se tint un débat décisif au Parlement fédéral qui se solda par la rédaction d'un rapport parlementaire représentant une avancée considérable pour la cause homosexuelle en ce qu'il établit pour la première fois l'idée que :

« Le Parlement fédéral reconnaît que les relations homosexuelles entre adultes consentants ne devraient pas faire l'objet d'une réglementation pénale<sup>30</sup> (...) Nous acceptons le principe, aussi longtemps que celui-ci n'interfère pas avec les autres libertés civiles des citoyens australiens, que l'homosexualité est un sujet personnel qui se doit de rester en dehors des préoccupations et des intérêts de l'État. Il est maintenant temps pour nous de passer un cap et de reconnaître qu'il n'existe aucune raison d'ordre social ou juridique justifiant que la politique fédérale soit concernée par des sujets portant sur les activités sexuelles – hétérosexuelles ou homosexuelles –, sous réserve que celles-ci soient légales et communément consenties par les personnes concernées »<sup>31</sup>.

Il semble ici intéressant de relever que le Parlement fédéral veille à n'utiliser que le terme d'« activité sexuelle », ce qui suppose l'idée que dès sa première forme d'institutionnalisation juridique nationale, la question homosexuelle est envisagée de manière très restrictive, celle-ci ne renvoie qu'aux activités sexuelles qui se trouvent dépenalisées et ne s'étend, en aucun cas, aux relations de vie commune et encore moins à l'éventualité d'une reconnaissance, pour l'avenir, d'un statut juridique régissant les unions civiles entre partenaires de même sexe.

Toutefois à l'issue de ce débat parlementaire, il devenait, dès lors, possible, pour les États fédérés de purger leur arsenal juridique de leurs législations pénales qui réprimaient les relations sexuelles entre hommes. Un processus de décriminalisation des relations homosexuelles masculines qui débute en Australie ainsi que dans un certain nombre d'États du *Commonwealth*, aux alentours des années 1970.

Cette politique de dépenalisation revêt en premier lieu la particularité d'avoir été particulièrement progressive et très débattue puisqu'elle fut initiée selon un processus législatif mené étape par étape, pays par pays, avec parfois plusieurs années d'écart selon les entités fédérées concernées<sup>32</sup>. Dans ce cadre, c'est l'Australie du sud qui devint, en 1975, le premier État fédéré à légaliser les relations homosexuelles consenties entre hommes en ouvrant une voie que l'État de Tasmanie sera le dernier à emprunter en 1997. Dans cet intervalle, L'État de Nouvelle-Galles-du-Sud qui procède, pour sa part, au vote de *l'anti-discrimination Act* en 1977 devient le second État fédéré à dépenaliser cette question tandis que l'État de Victoria lui emboîte le pas en 1981. Par ailleurs, la section n° 6 de *l'Equal Opportunity Act* voté en 2010 par le Parlement de ce dernier État viendra considérablement renforcer les droits des communautés homosexuelles en matière socioprofessionnelle. En 1983, l'*Anti-*

29 G. WHITLAM, cité in Mungo MacCallum, « No Party Line On Morals, Says Whitlam », *Australian*, 1<sup>er</sup> septembre 1970, p. 2.

30 *Hansard*, Representatives, 18 October 1973, p. 2327.

31 *Hansard*, Representatives, 18 October 1973, p. 2330. « We accept the principle that, as long as it does not interfere with other people's civil liberties, heterosexual behaviour is a personal matter and ought to remain outside the interests of the state. It is now time for us to go one step further and recognise that there is no justification for society or the law to concern itself with any sexual activity – heterosexual or homosexual – which is otherwise legal and mutually acceptable to the people involved ».

32 Pour plus de précisions sur le processus de dépenalisation des relations homosexuelles dans les États fédérés australiens, voir, G. CARBERY, *Towards homosexual equality in Australian criminal – a brief history*, Australian Lesbian & Gay Archives Edition, 2014.

*Discrimination Act* est voté par l'État du Queensland, puis c'est l'Australie méridionale qui, à son tour, vote l'*Equal Opportunity Act* 1984. L'Australie-Occidentale en 1990 puis les territoires du nord suivront en 1993. Le parlement de Tasmanie ne parachèvera, quant à lui, ce processus qu'en 1997, sous la pression de la jurisprudence internationale. La Tasmanie représente en ce sens un exemple intéressant en ce qu'il atteste de la forte influence dont disposent les juridictions internationales en matière de minorités sexuelles<sup>33</sup>. C'est, en effet, l'affaire *Toonen*<sup>34</sup> du 4 avril 1994 qui devait porter un coup décisif à la dernière législation pénalisant les relations homosexuelles entre personnes de sexe masculin toujours en vigueur en Tasmanie.

Dès 1994, cet ensemble des législations fédérées permet de préciser les conditions de l'émergence, à l'échelle législative, de l'homosexuel masculin australien moderne dans le même temps qu'il démontre tout le poids de l'orientation des partis politiques majoritaires et du caractère fédéral de l'État australien dans la réorganisation des différentes formes de représentation juridiques du couple<sup>35</sup>.

En guise de traduction législative de ces diverses évolutions, au tournant des années 2000, les Parlements des territoires et États fédérés s'engagent dans un processus global de reconnaissance des unions civiles homosexuelles, bien que les statuts juridiques conférés à la communauté homosexuelle en la matière restent largement en deçà des garanties et des droits conférés par l'institution du mariage. En la matière, le premier État à ouvrir la voie fut l'île de Tasmanie en 2004, lui succéderont en 2008, l'État de Victoria et le Territoire de la Capitale australienne. En 2010, L'État de la Nouvelle-Galles-du-Sud devient le dernier État fédéré australien à reconnaître les unions civiles au bénéfice des couples homosexuels. Aussi dès 2008, prenant acte de ce mouvement quasi généralisé, le Parlement fédéral parachèvera l'uniformisation de cette tendance et l'étendra à l'ensemble du territoire australien en adoptant le *Family Law Amendment Bill* qui amende le *Family Law Act* de 1975. Dans ce cadre, d'une part, la sous-section n° 21 4 *aaa*, du *Family Law Amendment Bill* entérine l'évolution de cette nouvelle définition du couple et reconnaît que le terme de « couple » peut désormais s'entendre comme une union indifféremment composée de personnes de sexes différents et de mêmes sexes tandis que la sous-division 60 *EA* prit le soin de préciser que les partenaires éligibles à ce type d'unions peuvent être des individus de sexes opposés ou identiques. L'ultime avancée des droits de la communauté homosexuelle fut réalisée en 2009, lors de l'adoption par le Parlement fédéral, du *Same-sex Relationships Act* de 2008<sup>36</sup>. Par ailleurs, en toile de fond de ces évolutions législatives favorables à la communauté homosexuelle, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies devait également fortement influencer le droit australien et le conduire à éradiquer les dernières formes de discriminations, notamment en matière financière, dont faisaient encore l'objet les couples homosexuels. Ainsi, dans l'affaire *Young v. Australie*<sup>37</sup>, le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies devait juger la

33 A. PURVIS, J. CASTELLIO, « A history of homosexual law reform in Tasmania », in *University of Tasmania Law Review*, Vol. 16, n° 1, 1997, p. 12-23.

34 Comité des droits de l'homme des nations-Unies, affaire *Nicholas Toonen c. Australie*, n° 488/1992, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

35 C. MOORE et B. JAMISON, « Making the Modern Australian Homosexual Male : Queensland's Criminal Justice System and Homosexual Offences, 1860-1954 », in *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies*, Vol. 11, n°1 | 2007, p. 27-54.

36 *Same-Sex Relationships (Equal treatment in Commonwealth Laws-General Law Reform) Act* de 2008 (n° 144, 2008).

37 Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies, *Edward Young c. Australie*, 18 septembre 2003, n° 941/2000.

législation australienne contraire aux dispositions du Pacte civil et politique<sup>38</sup> en ce qu'elle établissait une discrimination entre concubins hétérosexuels et homosexuels relativement à la perception des pensions de réversion en cas de décès de l'un des conjoints. Toutefois, à contre-courant de ces politiques de libéralisation des droits de la communauté homosexuelle, dès 2004, le Gouvernement Howard, conscient de la montée en puissance, à l'échelle internationale et nationale, des mouvements d'opinions favorables au mariage homosexuel, s'est engagé dans une procédure de verrouillage global du système législatif des États fédérés en votant l'amendement du *Marriage Act* qui précise que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toutes les autres formes d'unions.

Dans ce contexte, la décision de la Haute Cour était particulièrement attendue, car, soit elle donnait raison à l'ACT sur le champ couvert par le *Marriage Act*, et le cas échéant, elle ouvrait *de facto* la voie à d'autres législations fédérées du même genre, soit elle déclarait le *Same Sex Marriage Act* inconstitutionnel et subordonnait la reconnaissance du mariage homosexuel à une évolution préalable de la législation fédérale.

## II.- L'INCONSTITUTIONNALITÉ DU MARIAGE HOMOSEXUEL PRONONCÉE PAR LA HAUTE COUR AUSTRALIENNE

Dans un premier temps, la Haute Cour devait juger inconstitutionnel le *Same-Sex Marriage Act* adopté par le Parlement fédéré de l'ACT au motif que celui-ci méconnaît l'étendue de la compétence fédérale en matière de législation relative au droit de la famille et à l'institution du mariage (A). Dans un second temps, la Haute Cour devait également douter de la constitutionnalité de ce texte quant au fond, la reconnaissance du mariage homosexuel étant un acte contraire à la « tradition juridique nationale » définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre forme de couples (B).

### A.- Une inconstitutionnalité quant à la répartition des compétences entre le parlement fédéral et les États et territoires fédérés

La décision rendue par la Haute Cour en date du 12 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory*<sup>39</sup> revêt indéniablement un intérêt remarquable tant sur le fond que sur la lecture nouvelle que celle-ci propose relativement à la procédure de répartition de compétence entre le pouvoir fédéral, le pouvoir des États et des territoires fédérés concernant le statut du mariage. Optant pour une approche particulièrement restrictive de l'institution du mariage et de ses bénéficiaires potentiels, la Haute Cour devait ainsi décider que « le type de mariage entériné par le *Marriage Act*, à savoir l'union d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre, est le seul type de mariage pouvant être régulièrement célébré et reconnu en Australie ».

Dans le cadre de sa saisine, George Brandis, ministre de la Justice du gouvernement australien fait valoir l'inconstitutionnalité de cette loi au motif qu'elle entrerait en conflit avec la loi fédérale du *Marriage Act de 1961* qui définit le cadre légal du mariage sur l'ensemble du territoire de la fédération australienne. Comme énoncé plus haut, cette loi fédérale avait été amendée en 2004 par le gouvernement conservateur de John Howard dans le but de préciser que le mariage se définit

38 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, (1976) 999 RTNU 171 et 1057 RTNU 407 (n° 14668), [1976] R.T. Can. n° 47.

39 Haute Cour australienne, 12 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory* [2013] HCA 55, C13/2013.

comme « *l'union exclusive d'un homme et d'une femme* » afin d'assurer le contrôle du Parlement fédéral du sens des évolutions législatives fédérées en matière de mariage homosexuel. Dans ses conclusions, le gouvernement fédéral, rappelle qu'il en va de l'essence même du principe fédéraliste, qu'en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi locale, la première prime, peu importe la nature du sujet juridique considéré. De plus, le gouvernement fait valoir que l'ACT est un « territoire » et non un « État », son autonomie législative se trouvant en conséquence beaucoup plus réduite que celle des États fédérés, celui-ci ne pouvait en aucun cas valablement légiférer en matière de mariage.

En réponse à cet argumentaire, les partisans de cette loi font valoir quant à eux, que l'amendement de 2004 avait, en réalité, eu pour effet de limiter le champ du *Marriage Act* aux seuls mariages célébrés entre personnes de sexes opposés, laissant ainsi ouvert le champ du mariage homosexuel à la compétence des Parlements des territoires et États fédérés.

Sur ce dernier point, comme évoqué plus haut, l'Australie entérine indéniablement un fédéralisme atypique, significativement individualisé au vu des caractéristiques géographiques très particulières de l'État fédéral australien. Cette structure institutionnelle spécifique peut s'assimiler à une fédéralisation « à deux vitesses » en raison de la présence de deux formes d'entités fédérées dotées d'une autonomie politique inégale. La Constitution distingue, à ce titre, deux types d'organisations politiques locales, celle des États et celle des Territoires, à l'image de *l'Australian Capital Territory* et du *North Territory*. La particularité de ces derniers tient, d'une part, à leur création administrative postérieure à l'institution de la fédération et, d'autre part, à une autonomie législative plus réduite vis-à-vis du gouvernement fédéral.

Le questionnement relatif à la répartition des compétences fédérales et fédérées en matière de mariage était dès lors double. D'un côté, il s'agissait de délimiter un premier ensemble de compétences juridiques entre le Parlement fédéral et les parlements des États fédérés sur la question de la maîtrise de la définition juridique du mariage. De l'autre il convenait, pour la Cour de préciser la nature de l'autonomie législative détenue en la matière par les parlements des territoires fédérés vis-à-vis des États fédérés et du Parlement fédéral lui-même. Au-delà, cette question de compétences, conditionnant les futures initiatives des Parlements de l'ensemble de la fédération en matière de mariage homosexuel, était particulièrement attendue puisqu'elle déterminerait le sens des politiques publiques à venir en ce domaine.

En guise d'amorce de son raisonnement, la Haute Cour australienne, dès le § 6 de sa décision, livre les grands axes de son argumentation en indiquant que son raisonnement se fixe sur trois points juridiques fondamentaux. En premier lieu, celle-ci va déterminer la portée du pouvoir législatif fédéral en matière de mariage puis, dans un second temps, évaluer l'action du Parlement fédéré de l'ACT et enfin déterminer si les deux actes législatifs en cause peuvent s'appliquer concurremment sur le territoire de l'État fédéral australien. Dans ce contexte, la Haute Cour australienne remarque que le *Marriage Equality (Same Sex) Act* de 2013 entre en conflit avec deux lois fédérales fondamentales que sont le *Marriage Act* de 1961 et le *Family Law Act* de 1975. Dans la continuité de ce constat, la Haute Cour livre un raisonnement essentiellement basé sur des règles de compétences et sur la notion de « concurrence législative » au sein de la fédération.

Dans ce cadre, la Haute Cour remarque que la section 51 (xxi) donne une compétence générale au Parlement fédéral pour légiférer dans les matières juridiques relatives au mariage et au divorce. Ce faisant, celle-ci précise que les *Framers*, pères fondateurs de la Constitution australienne, avaient entendu confier au pouvoir

fédéral ces matières spécifiques, car ils considéraient que l'absence d'une telle disposition dans la Constitution américaine constituait une véritable lacune juridique susceptible de nuire à l'homogénéité de la législation fédérale et provoquer de graves disparités entre les législations de l'ensemble du territoire australien<sup>40</sup>. La Cour précise ainsi que : « l'objectif de ces dispositions était alors celui de pourvoir à l'établissement d'une législation uniforme en matière matrimoniale sur l'ensemble du territoire fédéral »<sup>41</sup>.

Poursuivant son raisonnement, la Haute Cour indique que : « Le fait que le Parlement fédéral n'ait pas créé de loi autorisant le mariage entre personnes de même sexe » ne signifie pas pour autant que : « le Parlement du Territoire de la Capitale australienne puisse en élaborer une, ni qu'une loi fédérée puisse être mise en concurrence directe avec une loi fédérale ». En particulier, note la Haute Cour : « il ne saurait y avoir une telle concurrence entre une loi fédérale et une loi fédérée dès lors que l'unique forme autorisée de mariage est celle formée en accord avec les dispositions du *Marriage Act* ». Or insiste la Cour, le *Marriage Act* n'autorise, en aucun cas, que les personnes de même sexe puissent prétendre au bénéfice de l'institution maritale. Celle-ci conclut ce premier ensemble de réflexions en indiquant que la loi fédérale sur le mariage de 2004 amendant le *Marriage Act* constitue : « une déclaration complète et exhaustive du statut actuel du mariage dans la fédération australienne » et que ce dernier n'autorise en rien les parlements fédérés à créer un ensemble législatif concurrent en matière de mariage.

Autrement dit, la Haute juridiction situe ici son raisonnement sur la question du conflit de compétence entre lois fédérales et lois fédérées et semble trancher cette question, conformément à sa jurisprudence constante en la matière, au bénéfice du pouvoir législatif du Parlement fédéral.

#### B.- L'inconstitutionnalité supposée du mariage homosexuel envers la « tradition juridique nationale »

Sur le fond, la Cour note qu'au-delà des questions relatives à la répartition des compétences entre Parlement fédéral et Parlements fédérés, la définition du mariage retenue, par l'État australien, est celle qui prévalait au moment de l'émergence de la fédération dans l'esprit des pères fondateurs de la Constitution<sup>42</sup>. Dans la droite ligne de sa jurisprudence ultérieure, la Haute Cour en réfère ici à la technique d'interprétation constitutionnelle issue du courant de pensée *originaliste* (*l'original Intent*). Cette technique d'origine anglo-saxonne systématisée sous la plume des écrits doctrinaux américains fut largement utilisée par les juges de la Cour suprême américaine, notamment par le juge Scalia qui constitue sûrement l'un de ses plus illustres défenseurs. Cette dernière commande que l'interprétation contemporaine effectuée par les juges constitutionnels soit subordonnée à la recherche de l'esprit et de l'intention des pères fondateurs de la Constitution à l'époque de l'adoption du texte suprême dans le but de préserver, à l'époque contemporaine l'intégrité de leurs volontés historiques.

Et à ce temps des origines, le mariage, relève la Cour, fut défini et arrêté en fonction de plusieurs jurisprudences produites par les tribunaux britanniques tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle.

40 Haute Cour australienne, arrêt du 13 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory* [2013] HCA 55, C13/2013, § 7.

41 *Ibid.*

42 Haute Cour australienne, 12 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory*, précit. § 11.

À titre d'illustration, la Cour indique que la clef de la juste compréhension de la section 51 (xxi) réside dans le très ancien arrêt *In re Bethell Bethell v. Hildyard*<sup>43</sup> de 1888 qui indique que : « conformément à la loi en vigueur en Angleterre, le mariage doit s'entendre comme l'union entre un homme et une femme sur la même base que celle sur laquelle son établissement est reconnu dans toute la chrétienté, son essence suprême résidant dans le fait qu'il constitue une union volontaire de la vie, d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toutes les autres ». La Cour poursuit en citant la décision *Hyde v. Hyde*<sup>44</sup> selon laquelle, là encore, le mariage est défini comme : « l'union volontaire et pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toutes les autres ». Pour la Haute juridiction, c'est notamment, cette définition jurisprudentielle du mariage à l'anglaise qui doit servir d'éclairage sur les dispositions de la section 51 (xxi). Autrement dit, la Cour préconise ici, que l'ensemble jurisprudentiel britannique relatif au mariage soit envisagé sur un même pied d'égalité que la lettre de l'article 51 (xxi) dans détermination du statut du mariage. Sur la question particulière de la signification constitutionnelle du mariage, la Cour se réfère à la jurisprudence australienne de principe en la matière : *Attorney-General (Vict) v. The Commonwealth*<sup>45</sup> pour considérer que le principe d'altérité sexuelle issue de la tradition britannique est au fondement de la « tradition juridique nationale » régissant le mariage au sein de la fédération. Bien que la Cour, dans la continuité de ce constat, relève que d'autres nations de par le monde ont, pour leur part, fait le choix de consacrer cette nouvelle forme de mariage, celle-ci indique que la lettre et l'esprit de la section n° 51 (xxi), bien que non immuables, ne permettent pas en l'état actuel du droit de considérer l'acte voté par l'ACT conforme aux règles constitutionnelles<sup>46</sup>.

En conséquence, la Cour conclut que le *Marriage Act* de 1975, dans sa version consolidée de 2004, établit que le seul mariage légalement reconnu par la fédération australienne est celui qui unit un homme et une femme. Au surplus, la Cour allant au bout de sa conception restrictive de l'institution maritale établit qu'en conséquence : « une union célébrée dans les pays étrangers entre un couple composé de personnes de même sexe ne saurait être légalement reconnue comme un mariage ». De même, celle-ci exclut, en l'absence d'initiative fédérale en la matière, toute possibilité pour les parlements fédérés de légiférer en faveur de la reconnaissance d'un droit au mariage des personnes de même sexe. Cette question, poursuit la Cour ne relève que de la compétence législative du Parlement fédéral. En conséquence, dès le § 9 de sa décision, la Haute Cour indique que la loi votée par le parlement fédéré de l'ACT se trouve en conflit direct avec la législation fédérale et qu'il ne peut exister de concurrence juridique de cet ordre entre une loi fédérale et fédérée.

Dans la continuité de ce constat, la Haute Cour relève qu'en décidant que le genre de mariage prévu par la loi [*Marriage Act*] est le seul genre de mariage pouvant être légalement formé ou reconnu en Australie, la loi votée par le parlement de l'ACT en ce qu'elle crée une forme d'union maritale non autorisée par la législation fédérale se doit d'être abrogée. Quant aux mariages déjà célébrés sous son empire,

43 Cour de la Chancellerie du Royaume-Uni, *In re Bethell ; Bethell v. Hildyard*, Rapports parlementaires de la Chancellerie, (1888) 38 Ch D 220.

44 Tribunal anglais préposé aux affaires familiales et aux divorces, 20 mars 1866, *Hyde v. Hyde and Woodmanson*, (1866) LR 1 P & D 130 § 133.

45 Haute Cour australienne, *Attorney-General (Vict) v. The Commonwealth* 1962] HCA 37 ; (1962) 107 CLR 529 § 576.

46 Haute Cour australienne, 12 décembre 2013, *The Commonwealth v. Australian Capital Territory*, précit. § 36-37.

ceux-ci se trouvent *de facto* privés d'effet par la présente décision puisqu'ils sont rétroactivement annulés.

C'est donc selon un argumentaire d'ordre essentiellement formel lui-même sous-tendu par l'impératif central d'uniformisation et de nationalisation de la vie politique et législative australienne, que la Haute Cour choisit de censurer la législation fédérée de l'ACT. Toujours est-il qu'entre le choc des conceptions juridiques passées et présentes, progressistes et conservatrices, se dessine sous la plume des juges constitutionnels australiens un avenir particulièrement tumultueux quant à la libéralisation de cette question au bénéfice des couples homosexuels. Et, comme le juge Windeyer le remarquait déjà en 1962 le mariage peut-être plus qu'aucune autre institution ou concept juridique est condamné à porter le poids des pesanteurs historiques et de la culture politique de la nation qui le célèbre « *ce qui explique que perdurent et perdureront à son sujet les controverses les plus vives et les plus débattues* ».



## BELGIQUE

*par Francis DELPÉRÉE \**

Le Code civil le précise, dans son article 143, al. 1<sup>er</sup>: « *Deux personnes {...} de même sexe peuvent contracter mariage* »<sup>1</sup>. Cette disposition a fait l'objet de la loi du 13 février 2003. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin de la même année (art. 23)<sup>2</sup>.

Depuis lors, environ deux mille personnes – autant d'hommes que de femmes – recourent, chaque année, à la nouvelle institution.

L'insertion dans le Code civil de l'article 143, al. 1<sup>er</sup>, ne s'est pas faite sans mal (A). La solution retenue a été contestée devant la Cour d'arbitrage (B). Celle-ci a clos la discussion juridique par un arrêt du 20 octobre 2004 (C).

Une autre disposition figure dans le Code civil. En vertu de la loi du 18 mai 2006, l'article 353-2, tel qu'il était rédigé avant d'être modifié par la loi du 5 mai 2014, réglait l'attribution du nom à « *l'enfant ou à l'enfant adoptif de son conjoint du même sexe* ». Ce texte n'a pas fait l'objet d'un recours constitutionnel. Une question préjudicielle a néanmoins été posée à ce sujet. Réponse lui a été apportée dans l'arrêt du 16 septembre 2010 (D).

Quant à l'article 325/2, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil, introduit par la loi du 5 mai 2014 et mis en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, il établit le statut de la « coparente » de l'enfant qui est né pendant un mariage établi entre deux femmes. La Cour constitutionnelle n'a pas eu à se prononcer à ce sujet (E).

L'on relève que la distribution des compétences au sein de l'État fédéral est sans incidence sur le traitement de la question. L'observation s'impose même si la solution retenue concerne, au moins de manière indirecte, les services administratifs et sociaux des collectivités fédérées (F).

---

\* Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain et député. Il est membre de l'Académie royale de Belgique et de l'Institut de France.

1 C. AREND-CHEVRON, « La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe », *CH CRISP*, n° 1780 ; *Les couples, les enfants et la Cour constitutionnelle* (dir. Étienne CEREXEHE, Michel VERWILGHEN et Jacques DELOUVROY), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 68, avec notamment des contributions de B. RENAULD et M.-F. RIGAUX.

2 L'alinéa 2 du même article précise que « si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 (qui veut que "l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari") n'est pas applicable ».

### A.- La loi du 13 février 2003

La loi du 13 février 2003 a été élaborée en deux temps.

1. Dans un premier moment, soit le 22 juin 2001, le conseil des ministres a marqué son accord sur un avant-projet de loi rédigé à l'initiative du ministre de la Justice. Il l'a soumis, comme le prescrit la loi, au Conseil d'État. Ce dernier a rendu un avis le 30 novembre 2001. Les considérations émises à cette occasion ont provoqué l'indignation de certains milieux politiques et juridiques<sup>3</sup>.

La réaction était excessive. Contrairement à une idée reçue, la section de législation ne s'est pas prononcée sur le principe de l'union de deux personnes de même sexe. Elle a estimé que « la figure juridique du mariage » renvoyait à une union hétérosexuelle et qu'une appellation particulière mériterait sans doute d'être choisie pour identifier avec plus de précision la nouvelle institution<sup>4</sup>.

Comme l'a rappelé J.-P. Masson, « il n'est pas de bonne législation d'utiliser une figure juridique existante, telle que le mariage qui, tant dans le Code civil que dans différentes conventions internationales, est défini comme étant l'union entre un homme et une femme, pour y faire entrer une conception nouvelle qui en diffère profondément, sous peine de lui apporter des déformations touchant à l'essentiel et qui, finalement, le dénaturent profondément »<sup>5</sup>. La forme, il est vrai, rejoint ici le fond.

2. Dans une seconde étape, soit le 28 mai 2002, une proposition de loi a vu le jour (*Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, 2-1173/1). Ses développements tenaient compte des remarques du Conseil d'État. Elle était, cependant, rédigée dans les mêmes termes que l'avant-projet de loi initial. Les lois coordonnées sur le Conseil d'État ne requéraient pas, cette fois, la consultation de la section de législation. En conséquence de quoi, la loi a été votée au Sénat (46 voix pour, 15 contre et 4 abstentions) puis à la Chambre des représentants (91 voix pour, 22 contre et 9 abstentions). Elle a été sanctionnée et promulguée le 13 février 2003 (*Mon.b.*, 28 février).

Comme l'a relevé la Cour d'arbitrage, à raison de cette réforme, « la différence de sexe n'est plus une condition de mariage » (12 juillet 2012, n° 93/2012, B.2.2.). Après les Pays-Bas (loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2001)<sup>6</sup>, la Belgique a été le premier État à s'être engagée dans la voie de ce que les médias ont appelé de manière audacieuse la déssexualisation du mariage.

### B.- La contestation de la loi

La loi du 13 février 2003 a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage. Deux arguments, l'un tiré du droit constitutionnel, l'autre du droit international, ont été invoqués à l'occasion de ce litige.

1. L'argument constitutionnel est tiré du principe d'égalité, tel qu'il est énoncé dans les articles 10 et 11, « lus notamment à la lumière de l'article 11bis »,

3 Voy., par exemple, l'intervention de Mme LALIEUX : « Le Conseil d'État n'a pas formulé un avis juridique mais [...] moral et idéologique. (Il) a donc, dans ce cas, outrepassé ses compétences » (*Doc. parl.*, Ch., doc 50 2165/002, p. 17). Adde : P. MARTENS, « Égalité et transcendance », note sous CEDH, 26 février 2002, *JLMB*, 2002/18, p. 782.

4 CE, 12 novembre 2001, avis n° 32/008/2, *JLMB*, 2002, p. 797.

5 J.-P. MASSON, *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 120. Adde : J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *JT*, 2002, p. 505-514 ; ID., « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *RTDF*, 2003, p. 439.

6 H. FULCHIRON, « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *Semaine juridique*, 23 mai 2001, p. 1033.

de la Constitution<sup>7</sup>. S'il y a lieu de traiter de manière identique des situations semblables, il faut aussi traiter de manière distincte des situations fondamentalement différentes. Or, l'union de personnes de même sexe peut-elle être traitée de la même manière que celle l'union de personnes de sexe différent ? Un régime indifférencié peut-il se fonder sur une « justification raisonnable » ?

2. Un argument international est également invoqué. L'on sait que la Cour d'arbitrage pratique la méthode de l'amalgame. Elle n'hésite pas à choisir des normes de référence dans l'ordre international pour autant qu'elles puissent s'agréger aux textes constitutionnels – en l'occurrence, aux articles 11, 11bis et 21, al. 2 – qui reconnaissent des droits et des libertés. Elle le fait d'autant plus aisément que les juridictions belges n'hésitent pas, en vertu de la jurisprudence *Le Ski*, à donner la préférence aux dispositions inscrites dans des traités internationaux, même si elles ne sont pas d'application directe, sur les lois nationales.

Or, un ensemble de traités existent. À l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 12), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 23), ils définissent le mariage comme « l'union d'un homme et d'une femme ». « Les principes généraux de droit des nations civilisées » s'inscrivent peut-être dans la même perspective. Leurs dispositions ne s'imposent-elles pas au législateur belge ? N'incitent-elles pas, à tout le moins, à condamner l'usage du vocable « mariage » si l'union rassemble des partenaires de même sexe

#### C.- L'arrêt du 20 octobre 2004

La Cour d'arbitrage répond à cette double argumentation.

1. Sur le thème de l'égalité, elle part, d'abord, d'un constat : « Le législateur conçoit désormais le mariage comme une institution ayant pour but principal la création, entre deux personnes, d'une communauté de vie durable ». Elle considère, ensuite, que « la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier ».

2. En ce qui concerne les traités internationaux, la Cour reconnaît qu'ils proposent un mode de vie typé, sur le plan social et familial. Ils ne l'imposent pas pour autant. Ils ne peuvent pas être interprétés « en ce sens qu'ils obligeraient les États concernés à considérer la "dualité sexuelle fondamentale du genre humain" comme un fondement de leur ordre constitutionnel ». En réalité, ils s'expriment moins sur le plan normatif que sur le terrain sociologique. Le législateur national peut aisément s'écarter de ce qui n'est pas un modèle mais, au mieux, une représentation du *quod plerumque fit*.

#### D.- La loi du 18 mai 2006

La réforme de 2003 avait été acquise dans les assemblées parlementaires au prix d'un réel compromis politique. Le mariage entre deux personnes de même sexe

---

7 L'article 10, al. 2, de la Constitution établit notamment la règle selon laquelle « les Belges sont égaux devant la loi ». L'article 10, al. 3, précise que « l'égalité des femmes et des hommes est garantie ». L'article 11, première phase, proclame que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination ». Quant à l'article 11 bis, il exprime la même idée en d'autres termes : « La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés... »

ne pouvait avoir d'effet sur le terrain de la filiation ; en particulier, l'adoption d'un ou de plusieurs enfants n'était pas envisageable<sup>8</sup>.

Dans la pratique, la difficulté était tournée de la manière suivante : l'un des membres du couple adoptait un enfant en qualité de célibataire. Dans ces conditions, le lien de filiation n'était établi qu'à son égard.

1. La loi du 18 mai 2006 (modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe) (*Mon.b.*, 20 juin) entend lever cet obstacle. L'adoption simultanée tout comme l'adoption de l'enfant adopté par l'autre partie sont désormais possibles. « Sur papier, il est aisé de devenir parent dans un couple de même sexe »<sup>9</sup>.

L'article 353-2, § 2, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil dispose, en conséquence, que « *si une personne adopte l'enfant ou l'enfant adoptif de son conjoint du même sexe ou cohabitait du même sexe, ce dernier et l'adoptant déclarent devant le tribunal, d'un commun accord, lequel des deux donnera son nom à l'adopté* ».

Il ne prévoit pas, par contre, « la possibilité pour les parties de solliciter du tribunal que l'adopté conserve son nom en le faisant précéder ou suivre du nom de l'adoptant ». Et ceci alors que, « dans les autres hypothèses », cette faculté leur est offerte. Il s'agit là d'une solution discriminatoire.

2. Le juge *a quo* est invité par le juge constitutionnel à « mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée [...] et d'appliquer la disposition contestée “dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution”<sup>10</sup>. Cette solution s'impose d'autant plus, dit la Cour, que le constat d'inconstitutionnalité qu'elle émet est exprimé en “termes suffisamment précis et complets”.

#### E.- La loi du 5 mai 2014

1. Selon l'article 325/2, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil, “*l'enfant né pendant le mariage ou pendant les trois cents jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour coparente l'épouse*”. Autrement dit, le mariage de deux femmes permet à l'une d'elles de mettre au monde un enfant vis-à-vis duquel la filiation maternelle sera établie selon les règles de la loi civile. L'autre femme bénéficie d'une “présomption de comaternité”.

2. L'on ne saurait considérer que le débat est clos sur le terrain politique et juridique. Dans un communiqué du 5 février 2015, la présidente du Sénat a souhaité que soit établi un rapport d'information sur un “régime légal de coparentalité”. La loi du 5 mai 2014 ne concerne que les mères. L'on ne saurait étendre ce régime aux pères sans organiser des formes de “gestation pour autrui”.

#### F.- L'organisation fédérale de l'État

Le droit civil relève, à titre résiduel, des compétences de l'État fédéral. Une intervention des communautés ou des régions, au titre des compétences qui leur ont

8 V. la justification avancée par le conseil des ministres dans l'affaire qui donne lieu à l'arrêt n° 192/2005 du 14 décembre 2005 : un choix politique a été fait de « ne pas attacher d'effets en matière de filiation au mariage de personnes de même sexe ». Avec cette explication : « De tels effets conduiraient à une trop grande abstraction de la réalité ». La possibilité subsiste pour des conjoints de même sexe « d'élever l'enfant ensemble ». Mais, est-il précisé, « ces personnes ne pourront être toutes deux les parents légaux de l'enfant » (*Doc. parl.*, Ch., doc 50 2165/002, rapport GRAUWELS et LALIEUX, p. 6).

9 A. FANIEL, *Homoparentalités. Entre bétéronormisme et nouvelles formes familiales. État des lieux à Bruxelles et en Wallonie*, Bruxelles, CERE, 2012, p. 2.

10 CC, 16 septembre 2010, n° 104/2010. V. également l'avis du Conseil d'État (*Doc. Parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-0393/002, p. 89).

été attribuées de manière expresse ou de façon implicite, n'est pas concevable en ce domaine.

Au titre des compétences communautaires, il y a lieu, néanmoins, de relever les mesures d'encadrement et d'accompagnement social qui sont prises dans le cadre des procédures d'adoption d'enfant par les personnes mariées de même sexe ou par l'une d'elles seulement.



## CANADA

*par Dave GUÉNETTE et Patrick TAILLON \**

La légalisation du mariage pour tous au Canada –  
À la jonction du fédéralisme canadien et des droits et libertés de la personne

En 2005, le Canada devenait le quatrième pays à légaliser le mariage entre conjoints de même sexe<sup>1</sup>. Cette institutionnalisation du mariage pour tous est venue accroître l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels. Ce changement législatif a été le fruit d'un long processus, où le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique sont intervenus à tour de rôle dans un dialogue ponctué, d'une part, de considérations liées à la protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution (égalité, liberté de religion) et, d'autre part, de calculs politiques aux accents éthiques et moraux<sup>2</sup>.

Entrée officiellement en vigueur le 20 juillet 2005<sup>3</sup>, la *Loi sur le mariage civil*<sup>4</sup>, permettant le mariage pour tous, a été précédée d'une série de réformes sociales et de décisions judiciaires partout au pays en faveur de la légalisation de ce type d'union. La légalisation du mariage pour tous au Canada a suscité un riche contentieux articulé autour de deux aspects essentiels du droit constitutionnel canadien, soit le fédéralisme et les droits et libertés de la personne. Sur le fond, les droits et libertés ont constitué le socle de l'argumentaire de ceux qui demandaient l'ouverture du mariage aux conjoints de même sexe. Sur le plan de la forme, le fédéralisme canadien a joué un rôle fondamental dans l'ensemble du long processus de légalisation du mariage pour tous, favorisant, d'une province à l'autre, une forme de pluralisme et d'expérimentation législative. Ces deux aspects du droit constitutionnel canadien, examinés par la Cour suprême dans son Avis sur la question rendu en 2004<sup>5</sup>, ont grandement dicté l'issue du débat sur la légalisation du mariage pour tous au Canada. À terme, les responsables politiques canadiens – à l'inverse de leurs

\* Les auteurs sont respectivement doctorant et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ils remercient Madame Amélie Binette pour sa collaboration à la préparation de cet article.

1 Après les Pays-Bas (2001), la Belgique (2003) et l'Espagne (2005).

2 Alain ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », (2005) 65 *Annales de Droit de Louvain* 29, 47.

3 Soit le jour où le projet de loi a reçu la sanction royale : Mary C. HURLEY, « Projet de loi C-38 : Loi sur le mariage civil », Parlement du Canada, 2005, en ligne : [www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/Bills\\_ls.asp?Language=F&ls=c38&Parl=38&Ses=1](http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/Bills_ls.asp?Language=F&ls=c38&Parl=38&Ses=1) (11 mai 2015).

4 Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

5 Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 RCS 698, 2004 CSC 79.

homologues québécois – ont semblé être à la remorque des tribunaux. C'est du moins ce que nous tenterons de démontrer en comparant l'action du Québec, des tribunaux et des autorités fédérales dans ce dossier.

#### I.- L'INCIDENCE DU FÉDÉRALISME CANADIEN : UN MOUVEMENT FAVORABLE AU MARIAGE POUR TOUS ENCLENCHÉ PAR LE QUÉBEC ET LES TRIBUNAUX

Le partage de la fonction législative qu'entraîne le fédéralisme canadien a considérablement influencé la manière suivant laquelle le mariage pour tous a été légalisé au Canada. Plutôt progressistes, le Québec et certaines cours supérieures et cours d'appel des différentes provinces ont donné l'impulsion de départ à ce changement. Dans ce long processus de légalisation du mariage pour tous au Canada, certaines provinces ont pris de l'avance sur les autorités fédérales. Sur le front législatif, le Québec fut le premier à agir, légalisant l'adoption homoparentale et créant une nouvelle institution, l'union civile. Puis, sur le front judiciaire, les tribunaux ont rapidement emboîté le pas en déclarant inconstitutionnelle l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe contenue dans la loi fédérale.

##### A.- La création au Québec de l'union civile et la légalisation de l'adoption homoparentale

Précurseur en ce qui concerne la protection et la promotion des droits des personnes homosexuelles, le Québec fut la première province à interdire la discrimination fondée précisément sur l'orientation sexuelle dans sa *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>6</sup> en 1977<sup>7</sup>. De plus, en 2002, année de « l'aboutissement des revendications homosexuelles »<sup>8</sup>, c'est encore une fois le Québec qui procéda le premier à la légalisation des « unions » entre conjoints de même sexe.

Il s'agissait là d'une réforme du droit de la famille de grande ampleur, à preuve, les quelque 50 lois québécoises qui ont été modifiées par l'entrée en vigueur de celle-ci<sup>9</sup>. Toutefois, pour des raisons liées au partage des compétences au sein de la fédération canadienne, le Québec ne pouvait lui-même changer la définition du mariage. Il faut dire qu'à l'origine, la compétence législative en matière de mariage a fait l'objet d'un savant compromis, où les questions de *mariage et de divorce* ont été attribuées au Parlement central<sup>10</sup>, alors que la *célébration du mariage*<sup>11</sup> a été confiée au parlement des États membres de la fédération<sup>12</sup> à l'instar de l'ensemble des autres questions relatives au droit civil et privé (adoption, filiation, etc.)<sup>13</sup>. Afin de

6 *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10.

7 *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, LQ 1977, c. 6, art. 1.

8 A. ROY, préc., note 2, 30.

9 Parlement du Canada, « Orientation sexuelle et garanties juridiques : Aperçu chronologique », 2005, en ligne : [www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0413-f.htm](http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0413-f.htm) (11 mai 2015).

10 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91 (26).

11 À l'époque perçue sous un angle très religieux, et donc plus local : « Ce partage, nous l'avons vu, visait principalement à assurer à la communauté religieuse du Bas-Canada le maintien de son monopole sur la célébration des unions et à garantir aux protestants le maintien du divorce. » Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités », (2003-04) 34 *RDUS* 229, 247.

12 *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 10, art. 92 (12); Yves TANGUAY, « Famille », dans *JurisClasseur Québec – Droit constitutionnel*, Fascicule 20, Montréal, LexisNexis, 2011, p. 20.1

13 Cette situation est d'ailleurs évoquée dans les débats préconfédératifs : « [...] il y a la question du mariage et du divorce – question si entourée de préjugés locaux et touchant de si près aux convictions religieuses. Or, elle est laissée à la législature générale. Mais, d'un autre côté, les droits

contourner cet obstacle constitutionnel à la libéralisation du mariage pour tous, le Québec a mis en place une nouvelle institution, soit l'union civile<sup>14</sup>. Cette dernière, qui n'est pas sans rappeler le PACS<sup>15</sup> français, offre un cadre juridique qui se veut une « copie quasi conforme du mariage »<sup>16</sup>.

L'adoption rapide du projet de loi québécois et le consensus qui a entouré ce débat ont laissé l'impression suivante : « S'il en avait eu le pouvoir, le gouvernement du Québec aurait ouvert les portes du mariage aux gais et lesbiennes, sans aucune hésitation »<sup>17</sup>. Trois éléments militent en faveur de cette conclusion. Il y a, d'abord, les propos mêmes du ministre de la Justice du Québec au moment de l'étude de la *Loi instituant l'union civile* :

Si le Québec exerçait une totale et entière compétence sur le droit de la famille et particulièrement sur la détermination des conditions de fond du mariage et sur le divorce, la proposition législative que nous aurions examinée se réduirait à peu de chose. Elle aurait prévu que, sans égard à l'orientation sexuelle, le mariage peut être contracté entre deux personnes qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard.<sup>18</sup>

Étant limité par le cadre constitutionnel canadien, le Québec a alors « choisi de proposer une alternative [*sic*] juridique qui, sans être parfaite, donnerait aux homosexuels des droits similaires à ceux offerts aux hétérosexuels par l'institution du mariage »<sup>19</sup>.

Il y a ensuite le choix du législateur québécois d'abroger, dans le cadre de la même *Loi instituant l'union civile*, la disposition selon laquelle le mariage était décrit comme l'union d'un homme et d'une femme. En effet, l'alinéa 2 de l'article 365 du *Code civil du Québec* précisait, à l'époque, que le mariage « ne peut [être célébré] qu'entre un homme et une femme qui expriment publiquement leur consentement libre et éclairé à cet égard ». Cet article représentait alors le doublon d'une disposition fédérale, une répétition bien inoffensive qui empiétait sur le champ de compétence du Parlement canadien<sup>20</sup>. Or, en supprimant ce deuxième alinéa, le Québec, pour reprendre les termes de Benoit Moore, se trouvait à « proposer » aux autorités fédérales, « de façon purement symbolique », de rendre le mariage accessible aux couples de même sexe<sup>21</sup>.

Si la réforme de 2002 ne pouvait aller plus loin sur le front du mariage, faute de compétence législative sur le sujet, force est de constater que le législateur québécois fit tout de même preuve d'une grande détermination à promouvoir l'égalité des homosexuels. En effet, la création de l'Union civile fut l'occasion d'officialiser l'adoption homoparentale, à l'aide d'un amendement au *Code civil du Québec*<sup>22</sup>, mettant ainsi fin à l'incertitude existant à ce sujet<sup>23</sup>.

---

civils, – sujet bien plus vaste et dont le mariage et le divorce forment partie – sont confiés aux législatures locales. » Canada-Uni, *Débats préconfédératifs*, 1865, p. 510.

14 *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, LQ 2002, c. 6.

15 Code civil français, art. 515-1 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

16 A. ROY, préc., note 2, 31.

17 *Id.*, 33.

18 Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> légis., 5 février 2002 (Paul Bégin), en ligne : [www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2/journal-debats/CI-020205.html](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-36-2/journal-debats/CI-020205.html) (11 mai 2015).

19 *Id.*

20 B. MOORE, préc., note 11, 249.

21 *Id.*

22 En effet, cette loi modifie le *Code civil du Québec* par l'ajout, à l'article 115 in fine, de la phrase suivante : « Lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas ». Voir Brigitte LEFEBVRE, « Projet de loi 84 : quelques considérations sur

Enfin, l'adoption, deux ans plus tard, d'une disposition permettant de transformer l'union civile en mariage, le tout avant que le Parlement fédéral ait adopté sa nouvelle définition de l'institution, témoigne, encore une fois, de l'activisme du législateur québécois. En vérité, par la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*<sup>24</sup>, entrée en vigueur le 10 novembre 2004<sup>25</sup>, l'Assemblée nationale du Québec offrait aux couples unis civilement un régime passerelle vers le mariage<sup>26</sup> qui, bien que non encore autorisé pas le Parlement fédéral, était, depuis peu, légalisé par l'effet des décisions des tribunaux.

L'importance et la nature des changements apportés en 2002 et en 2004 auraient dû provoquer de vifs débats de société. Or, il n'en fut rien<sup>27</sup>. Il eut bien quelques sondages pour démontrer qu'une majorité d'électeurs s'opposaient à l'adoption homoparentale<sup>28</sup>, et quelques voix pour s'inquiéter de cette question<sup>29</sup>, mais, à terme, ces divergences furent en quelque sorte très vite étouffées par un fort consensus transpartisan au sein de l'« establishment » de chacune des grandes formations politiques représentées à l'Assemblée nationale. Fort de ce consensus, le législateur a agi promptement<sup>30</sup> en faveur de l'union civile – à l'unanimité des membres de l'Assemblée –, en plus de permettre l'adoption par les conjoints de même sexe. Comme le souligne Alain Roy, « [i] l'aura fallu moins de 8 mois au gouvernement pour déposer un avant-projet de loi, consulter une cinquantaine d'intervenants en commission parlementaire et présenter le projet pour adoption à l'Assemblée nationale »<sup>31</sup>. Le tout s'est déroulé sans grande manifestation dans la rue ni dissidence affichée à l'intérieur du caucus des partis, comme si le large consensus sur la question plus symbolique de l'union civile avait éclipsé la question potentiellement plus controversée de l'homoparentalité. En exploitant ainsi dans ses moindres contours sa compétence générale sur le droit privé, le Québec a jeté les bases d'autres réformes à l'échelle canadienne.

### B.- Le rôle du pouvoir judiciaire dans la libéralisation du mariage pour tous

Simultanément à l'adoption de la loi québécoise instituant l'union civile, les tribunaux des différentes provinces canadiennes ont été saisis de nombreuses contestations de la loi fédérale interdisant le mariage homosexuel. D'abord, en 2001, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu la première d'une longue série de décisions sur le sujet<sup>32</sup>. S'appuyant sur la définition traditionnelle du mariage, prétendument figée par la Constitution<sup>33</sup>, par l'effet d'une interprétation historique

---

les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) *CP du N.* 3, 16 et 17 ; A. ROY, préc., note 2, 30.

23 Il semble que certaines décisions de la Cour d'appel avaient pu indirectement ouvrir une porte à cet effet, notamment : *Droit de la famille – 3444*, J.E. 2000-1970 (QC CA).

24 *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, c. 23.

25 *Id.*, art. 9. Rappelons que la loi fédérale est entrée en vigueur le 20 juillet 2005.

26 *Code civil du Québec*, LQ 1991, c. 64, art. 373. Ce régime passerelle vers le mariage est d'ailleurs rendu possible sans avoir à procéder à une dissolution au préalable de l'union civile.

27 A. ROY, préc., note 2, 37.

28 *Id.* « Selon un sondage réalisé au mois de décembre 2001, 51 % des Québécois se disaient contre l'adoption d'un enfant par un couple d'homosexuels. »

29 B. MOORE, préc., note 11, 248 et 249.

30 A. ROY, préc., note 2, 48 : « En dépit de l'importance des enjeux sociaux en cause, les autorités gouvernementales du Québec ont procédé à l'élaboration et au dépôt des propositions législatives avec une rapidité déconcertante. »

31 *Id.*

32 *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2001 BCSC 1365.

33 *Id.*, par. 122 et 123.

ou originaliste, de même que sur le caractère raisonnable de l'atteinte au droit à l'égalité<sup>34</sup> qui en résulte, le juge Pitfield rejeta la demande introduite par un couple homosexuel désirant se marier. Cette décision fut cependant le dernier revers subi par les couples de même sexe devant les tribunaux canadiens. Elle fut aussi la dernière en cette matière avant l'entrée en vigueur de la réforme québécoise. Autrement dit, toutes les autres décisions judiciaires subséquentes, rendues après la modification de la législation québécoise, ont toutes donné raison aux couples de même sexe. Comme quoi il semble y avoir eu un « avant » et un « après » 24 juin 2002<sup>35</sup>.

La Cour supérieure de l'Ontario fut la première juridiction à rendre inconstitutionnelle l'interdiction du mariage pour tous<sup>36</sup> figurant dans la loi fédérale. Elle se trouva rapidement suivie par la Cour supérieure du Québec<sup>37</sup>. Puis, il y eut, dans toutes ces décisions de première instance, un appel logé par l'une ou l'autre des parties, si bien qu'en quelques mois, au tournant des années 2003 et 2004, les trois cours d'appel des trois plus grands États membres de la fédération canadienne rédigèrent un arrêt déclarant inconstitutionnelle la définition traditionnelle du mariage<sup>38</sup>.

Dans cette lancée, les tribunaux du Yukon<sup>39</sup>, du Manitoba<sup>40</sup>, de la Nouvelle-Écosse<sup>41</sup>, de la Saskatchewan<sup>42</sup> et de Terre-Neuve-et-Labrador<sup>43</sup> rendirent tous, en 2004, des décisions autorisant le mariage homosexuel dans leur juridiction respective. Enfin, en juin 2005, les tribunaux du Nouveau-Brunswick reconnurent, eux aussi, l'inconstitutionnalité de l'interdiction du mariage des couples de même sexe<sup>44</sup>. En s'appuyant, pour l'essentiel, sur le droit à l'égalité des couples de même sexe, le pouvoir judiciaire força ainsi la main des responsables politiques fédéraux. À terme, cette « exigence d'égalité, telle que cernée par les tribunaux canadiens, aura donc eu raison de la définition traditionnelle du mariage »<sup>45</sup>.

34 *Id.*, par. 179 et 215.

35 Soit le jour de l'entrée en vigueur de la Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, préc., note 14, art. 245.

36 *Halpern v. Canada (Attorney General)*, (2002) 95 CRR (2d) 1 (ON. CS), par. 309 : « This is not an appropriate case where the court ought to pay deference to Parliament. The common law bar to marriage between persons of the same-sex ought to be reformulated by this court in order to conform with Charter values, namely, it should be, « **two persons** to the exclusion of all others ». » (En gras dans le texte original).

37 *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (QC CS), par. 184 : « Le Tribunal conclut que la définition du mariage de l'article 5 de la Loi d'harmonisation porte atteinte au droit à l'égalité consacré à l'article 15 de la Charte et ne peut-être justifiée dans le cadre de l'article premier. »

38 Voir, pour la Colombie-Britannique : *EGALE Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* 2003 BCCA 251 ; pour l'Ontario : *Halpern c. Canada (Procureur général)*, (2003) OJ n° 2268 (ON CA) ; et pour le Québec : *Ligue catholique pour les droits de l'homme c. Hendricks* (2004), JQ n° 2593 (QC CA).

39 *Dunbar & Edge v. Yukon (Government of) and Canada (A.G.)*, 2004 YKSC 54.

40 *Vogel et al. v. Attorney General of Canada et al.*, File No. FD 04-01-74476, 16 septembre 2004 (B.R. Man.).

41 *Boutilier v. Nova Scotia (Attorney General)*, [2004] N.S.J. n° 357 (CS N.-É.).

42 *W. (N.) v. Canada (Attorney General)*, 2004 SKQB 434.

43 *Pottle et al. v. Attorney General of Canada et al.*, 2004 01T 3964 (NL PC).

44 *Harrison c. Canada (Procureur général)*, 2005 NBQB 232.

45 Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, p. 40.

## II.- UN PARLEMENT FÉDÉRAL À LA REMORQUE DES TRIBUNAUX

Cette légalisation judiciaire du mariage pour tous eut pour effet de forcer le pouvoir central à réagir. Mis pratiquement devant un fait accompli, le gouvernement fédéral entreprit une action sur les fronts judiciaire et parlementaire. Le gouvernement libéral alors au pouvoir à Ottawa utilisa les tribunaux pour mieux convaincre certains députés réfractaires à l'idée d'appuyer cette évolution de la législation fédérale vraisemblablement inévitable à la lumière des décisions convergentes des tribunaux.

### A.- L'ambiguïté de la position des autorités fédérales dans ce débat

Dans ce dossier, la position des responsables politiques fédéraux fut loin d'être claire et limpide. D'abord, en 1999 et en 2000, la Chambre des communes, à majorité libérale, prit deux votes pour marquer son opposition au mariage entre conjoints de même sexe et pour défendre la définition traditionnelle de l'institution. En 1999, la Chambre vota (216 députés contre 55) une résolution selon laquelle il « est nécessaire, parallèlement au débat public entourant les récentes décisions judiciaires, de confirmer que le mariage est et doit demeurer exclusivement l'union d'un homme et d'une femme, et que le Parlement prendra toutes les mesures voulues dans les limites de sa compétence pour préserver au Canada cette définition du mariage »<sup>46</sup>. Ensuite, en 2000, la *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* fut adoptée avec la mention suivante : « Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du terme "mariage", soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne »<sup>47</sup>.

Plus tard, et malgré la clarté de leur position antérieure, les autorités fédérales durent prendre acte des nombreuses décisions judiciaires rendues par les cours supérieures des provinces. Le premier réflexe du fédéral fut de défendre la constitutionnalité de sa loi et la définition traditionnelle du mariage qu'elle incluait à l'époque. Le procureur général du Canada fit donc appel de certaines des décisions des tribunaux de première instance<sup>48</sup>. Puis, devant le mouvement consensuel des tribunaux provinciaux, plus particulièrement des trois décisions rendues par les cours d'appel des trois plus grands États membres de la fédération, le Premier ministre canadien, Jean Chrétien, annonça que le gouvernement fédéral ne ferait plus appel des décisions judiciaires favorables au mariage entre conjoints de même sexe<sup>49</sup>. Or, en appuyant la levée des restrictions imposées au mariage homosexuel, le gouvernement de Jean Chrétien venait *de facto* confirmer la légalité du mariage pour tous, et ce, sous l'effet des déclarations d'inconstitutionnalité rendues et du *stare decisis* qui caractérise les tribunaux de *common law*. Ce choix fut d'autant plus important qu'il eut aussi pour effet de lier le gouvernement de Paul Martin qui remplaça, à la fin de l'année 2003, le Premier ministre Chrétien à la tête du Parti libéral du Canada.

Ce revirement, qui consistait à cesser de défendre la constitutionnalité de la loi fédérale, aurait pu être en soi suffisant pour mettre un terme à ce débat. Or, pour des raisons qui tiennent probablement du désir du gouvernement fédéral d'inscrire symboliquement la nouvelle définition du mariage dans le marbre de la loi, bien que

46 Canada, Chambre des communes, *Journal des débats*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> Parl., n<sup>o</sup> 240, 8 juin 1999, 10 h, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=2329429&Language=F&Mode=2&Parl=36&Ses=1> (4 juin 2015).

47 *Loi visant la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, LC 2000, c. 12, art. 1.1.

48 Voir les notes 36 et 37.

49 Parlement du Canada, préc., note 9.

les précédents judiciaires l'avaient pourtant déjà établie, le gouvernement libéral déposa un projet de loi en ce sens. Le processus législatif fut cependant beaucoup moins consensuel que celui ayant pris place au Québec lors de l'adoption de la *Loi instituant l'union civile*<sup>50</sup>. Afin de composer avec l'opposition conservatrice et les réserves d'une partie des députés libéraux, le gouvernement eut recours à deux tactiques relativement rares en droit canadien.

Premièrement, il saisit la Cour suprême d'un renvoi, c'est-à-dire d'une demande d'avis consultatif, une procédure exceptionnelle au Canada réservée au gouvernement fédéral<sup>51</sup> et, suivant d'autres modalités, à ceux des provinces. Ce choix du gouvernement d'opter pour la procédure de renvoi permit de changer les termes du débat. Plutôt que de simplement porter en appel les décisions des cours d'appel des provinces et de se retrouver à contester les demandes de mariage des conjoints de même sexe, le renvoi fut l'occasion, pour le gouvernement canadien, de défendre sa proposition de loi sur le mariage civil. Cela avait l'avantage, pour les responsables politiques fédéraux, de reprendre le leadership du dossier après s'être « fait doubler au passage par les tribunaux »<sup>52</sup>.

Choisissant les questions soumises à la Cour, et ayant déjà une bonne idée du type de réponse que celle-ci risquait de lui proposer, le gouvernement fédéral pouvait enfin s'accorder une victoire dans ce dossier. En plus de faire la promotion de son projet de loi, le renvoi lui fournissait l'occasion d'annihiler, à travers le choix des questions posées à la Cour, les arguments juridiques soutenus par les députés opposés au projet et, ainsi, de mieux justifier l'action du gouvernement. Ce dernier s'est, en quelque sorte, offert un argumentaire conçu et rédigé par la plus haute Cour du Canada. « Béni » par la Cour suprême, le projet de loi devenait plus facile à faire adopter par un Parlement.

Deuxièmement, le gouvernement proposa la tenue d'un vote libre sur le projet de loi dont la constitutionnalité fut confirmée par la Cour suprême du Canada, avant même la conduite des débats parlementaires. Un tel vote libre permit aux quelques députés libéraux récalcitrants au projet en raison de leurs convictions religieuses de ne pas se sentir pressés par la ligne de parti. Ce pari était d'autant peu risqué pour le gouvernement qu'un nombre substantiel de députés issus des deuxième et troisième groupes d'opposition (Bloc québécois et Nouveau Parti démocratique) était déjà conquis à cette réforme. À terme, 158 députés de la Chambre des communes votèrent en faveur du projet contre 133<sup>53</sup>. Sanctionnée le 20 juillet 2005 par la gouverneure générale du Canada, la *Loi sur le mariage civil* codifia la définition du mariage sans égard au sexe contenue dans la *common law* à la suite des décisions précédemment rendues par les tribunaux provinciaux et entérinées par la Cour suprême.

50 *Id.* « Durant le cheminement législatif du projet de loi C-38, soit du 14 février au 19 juillet, les députés, sénateurs et témoins représentant une vaste gamme d'adversaires et de partisans du projet de loi expriment des points de vue très partagés sur son bien-fondé et ses répercussions ».

51 Au Canada, l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, LRC c. S-26, permet au gouvernement fédéral de soumettre des questions de droit ou de fait à la Cour suprême, questions sur lesquelles la Cour rendra un avis « qui est en réalité un véritable jugement. » (Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 849) Voir aussi Daniel JUTRAS, « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : autoportrait », (2008) 24 *Cahiers du Conseil constitutionnel*, en ligne : [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/le-role-constitutionnel-de-la-cour-supreme-du-canada-autoportrait.51738.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/le-role-constitutionnel-de-la-cour-supreme-du-canada-autoportrait.51738.html) (11 mai 2015).

52 A. ROY, préc., note 2, 35 et 36.

53 Au Sénat, « 47 sénateurs ont voté en faveur et 21 ont voté contre » : M.C. HURLEY, préc., note 3.

### B.- L'équilibre des droits préconisés par la Cour suprême du Canada

Le contenu de l'Avis de la Cour suprême est sans ambiguïté ; les conjoints de même sexe ont le droit de se marier. Trois principaux enjeux sont abordés dans le raisonnement du tribunal : (1) la question de savoir qui détient le pouvoir de légaliser le mariage pour tous au Canada, (2) la liberté de religion des opposants au projet de loi et (3) le droit à l'égalité des couples de même sexe.

D'abord, en réfutant un à un les arguments concernant la possibilité d'une définition du mariage rendue immuable par la Constitution, la Cour écarte la nécessité de procéder à une révision formelle de la Constitution pour y enchâsser une nouvelle définition de l'institution. Prônant plutôt une conception actualisée, elle déclare :

Une interprétation large et libérale, ou progressiste, garantit la pertinence et, en fait, la légitimité perpétuelle du document constitutif du Canada. Une interprétation progressiste permet d'atteindre l'objectif ambitieux de notre Constitution, c'est-à-dire structurer l'exercice du pouvoir par les divers organes de l'État à des époques très différentes de celle à laquelle elle a été rédigée.<sup>54</sup>

La Cour affirme ensuite que, selon le principe de l'exhaustivité des compétences, « la totalité des pouvoirs législatifs, exercés ou simplement susceptibles de l'être [sont] répartis entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales »<sup>55</sup>. Elle ajoute : « La compétence législative relative au mariage entre personnes du même sexe appartient donc nécessairement soit au Parlement, soit aux législatures provinciales. »<sup>56</sup> Analysant les compétences respectives du Parlement fédéral et des provinces, elle en vient à la conclusion que « c'est le par. 91 (26) qui est le plus apte à [...] englober »<sup>57</sup> la compétence à modifier la définition de mariage et qu'il revient donc au Parlement fédéral de légiférer en la matière.

Quant aux risques d'ingérence dans les champs de compétences provinciales, la Cour suprême, conformément à la théorie du fédéralisme *coopératif*<sup>58</sup>, qualifie ces chevauchements d'inévitables<sup>59</sup>. Lorsqu'elle applique cette même doctrine à la question du mariage, la Cour affirme « la nature *accessoire* des effets de la loi [autorisant le mariage de couples de même sexe] sur la compétence législative des provinces<sup>60</sup> ». Elle confirme ainsi la compétence du gouvernement central en la matière.

54 *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 5, par. 23.

55 *Id.*, par. 34.

56 *Id.*

57 *Id.*

58 C'est-à-dire une conception du fédéralisme dans laquelle chaque ordre de gouvernement peut édicter des lois dans ses propres champs de compétence qui chevaucheront des compétences de l'autre ordre de gouvernement.

59 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 RCS 3, 2007 CSC 22, par. 24. La Cour « [...] indique que les doctrines constitutionnelles de mise en œuvre du partage des compétences doivent par conséquent favoriser la pratique d'un fédéralisme coopératif favorable aux chevauchements de pouvoirs. » Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *RQDC* 60, 65.

60 *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 5, par. 31 (nos italiques). En effet, pour la Cour suprême : « [...] la compétence en matière de célébration du mariage attribuée aux provinces par le par. 92 (12) serait touchée puisqu'elles seraient tenues de délivrer une licence de mariage aux couples du même sexe, d'enregistrer leur mariage et de leur fournir des services de célébration du mariage. De plus, la compétence attribuée aux provinces en matière de propriété et droits civils par le par. 92 (13) serait touchée du fait que toute une gamme de conséquences juridiques du mariage s'appliqueraient aux couples mariés du même sexe, notamment en ce qui concerne le partage du patrimoine à la dissolution du mariage. Ces effets sont toutefois de nature accessoire et ne touchent pas l'essence des pouvoirs relatifs à la célébration du mariage ou à la propriété et aux droits civils. » (par. 32).

Au moment d'évaluer la constitutionnalité du projet de loi fédéral au regard des droits fondamentaux, c'est surtout la question de la liberté de religion qui a pris une place importante dans le raisonnement de la Cour<sup>61</sup>. Le mariage pour tous pourrait-il être de nature à brimer la liberté de religion de certains ? Après tout, la « célébration du mariage au Québec [et dans le reste du Canada] a, historiquement, été l'apanage du religieux »<sup>62</sup>.

Concernant le mariage civil et la possibilité que celui-ci puisse restreindre la liberté de religion de certains groupes, la conclusion de la Cour suprême est sans équivoque :

La première allégation veut essentiellement que l'égalité d'accès à une institution civile comme le mariage puisse non seulement heurter les opinions des personnes qui s'y opposent, mais encore porter atteinte aux droits que la loi leur reconnaît. Cela revient à dire que le simple fait d'attribuer des droits à un groupe peut constituer une atteinte aux droits d'un autre groupe. Nous avons déjà étudié cet argument [...] et nous l'avons rejeté.<sup>63</sup>

La Cour refuse donc d'emblée l'argument de l'atteinte à la liberté de conscience et de religion.

En ce qui concerne le mariage religieux, le raisonnement du tribunal est cependant plus nuancé. Parce que le projet de loi fédéral est limité au mariage civil, il n'a aucune incidence sur les communautés religieuses<sup>64</sup>. Or, selon la Cour, une loi forçant les communautés religieuses à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses « serait presque assurément contraire à la liberté de religion garantie par la Charte, compte tenu de la protection étendue accordée à la liberté de religion par l'al. 2 a) de la Charte »<sup>65</sup>. En somme, la Cour suprême est d'avis que la liberté de religion protège les communautés religieuses contre une possible obligation imposée par l'État de prononcer des mariages entre conjoints de même sexe, mais ne peut justifier de restreindre l'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels<sup>66</sup>.

Enfin, l'analyse du droit à l'égalité, moteur essentiel à la reconnaissance du mariage pour tous par les tribunaux des provinces, se veut particulièrement concise :

En ce qui a trait au fond de la disposition même, nous constatons que l'art. 1 [de la loi proposée] exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples de même sexe concernant le droit à l'égalité garanti par le par. 15 (1). Cette position, combinée aux circonstances à l'origine de la Loi proposée

61 « Les menaces perçues à la liberté de religion [...] des personnes opposées au mariage homosexuel préoccupent tout particulièrement les détracteurs du projet de loi. » Parlement du Canada, préc., note 9.

62 B. MOORE, préc., note 11, 233.

63 *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, préc., note 5, par. 48.

64 *Id.*, par. 55.

65 *Id.*, par. 56. « Il semble donc clair que le fait d'obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses porterait atteinte à la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la Charte. Il semble aussi qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles – que nous ne pouvons pas prévoir maintenant –, une telle atteinte ne pourrait être justifiée au sens de l'article premier de la Charte » (par. 58).

66 Demeure toutefois la question plutôt hypothétique du mariage civil prononcé par un ministre du culte. En effet, comme précisé précédemment, la célébration du mariage est de compétence provinciale au Canada et, historiquement, cette célébration a été confiée aux autorités religieuses. Si la situation a évolué depuis 1968 pour y inclure la possibilité que des officiers civils puissent, eux aussi, concurremment aux autorités religieuses, célébrer des mariages, il demeure aujourd'hui qu'en droit québécois, les ministres du culte sont toujours habilités à prononcer des mariages civils. La Cour suprême répond rapidement à cette hypothèse peu probable en mentionnant que « la liberté de religion garantie par l'al. 2 a) de la Charte a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier civilement ou religieusement deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses » (par. 60).

et à son préambule, indique sans équivoque que l'objet de la loi [permettre le mariage entre conjoints de même sexe], loin de contrevenir à la Charte, découle de celle-ci.<sup>67</sup>

La Cour suprême ne précise guère davantage ce motif. Elle ne traite de celui-ci que très brièvement. En agissant ainsi, elle évite de se lancer dans une longue dissertation sur le droit à l'égalité, développement qui n'est d'ailleurs plus nécessaire à cette étape des procédures. Comme le rappelle la Cour elle-même : « Le gouvernement a clairement accepté les conclusions des juridictions inférieures sur cette question et les a faites siennes. »<sup>68</sup> Cette situation est du reste évoquée dans le préambule de la *Loi sur le mariage civil* : « Attendu [...] que les tribunaux de la majorité des provinces et d'un territoire ont jugé que l'égalité d'accès au mariage civil pour les couples de même sexe et les couples de sexe opposé était comprise dans le droit à l'égalité sans discrimination »<sup>69</sup>.

Ce relatif silence sur le droit à l'égalité de la part de la Cour suprême est une résultante directe de la décision du gouvernement du Canada de ne pas faire appel des jugements des cours d'appel provinciales. Cette situation vient alors implicitement confirmer les motifs de celles-ci.

## CONCLUSION

L'accession des couples homosexuels aux mêmes droits que les couples hétérosexuels a été le fruit d'une « longue marche vers l'égalité »<sup>70</sup>. Au Canada, bien que le droit à l'égalité ait joué un rôle de premier plan dans la légalisation judiciaire du mariage pour tous, c'est surtout l'incidence du fédéralisme canadien qui a été le catalyseur le plus significatif dans le processus menant à l'adoption de la *Loi sur le mariage civil* par le Parlement du Canada. Le partage des compétences a permis une forme de concurrence des législations fédérale et provinciale pendant que le contrôle diffus de constitutionnalité a rendu possibles de multiples contestations judiciaires. Pour le dire à la manière de Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau, la légalisation du mariage pour tous au Canada « est le résultat d'une démarche qui a procédé par la voie juridictionnelle pour passer outre aux réticences du législateur et d'une majorité de la population et aboutit au bouleversement total de la notion »<sup>71</sup>. L'évolution du mariage qui en résulte témoigne de la manière dont le droit se construit dans le temps, du caractère dynamique d'une norme et de sa capacité d'adaptation à une société et aux rapports qui en déroulent.

---

67 *Id.*, par. 43.

68 *Id.*, par. 65.

69 *Loi sur le mariage civil*, préc., note 4, préambule.

70 Michel MORIN, « La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe », dans Brigitte LEFEBVRE et Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au XXI<sup>e</sup> siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 65.

71 Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 28.

## ESPAGNE

par Hubert ALCARAZ\*

L'arrêt 198/2012 du Tribunal constitutionnel espagnol :  
le « mariage gay » devant le juge constitutionnel espagnol

Dix ans après sa consécration en Espagne, le mariage homosexuel<sup>1</sup> n'y suscite guère plus d'émotion<sup>2</sup>. Sans doute cette forme d'apaisement est-elle née, pour partie, des années écoulées, mais aussi de l'intervention du juge constitutionnel qui, en jugeant la loi introduisant le mariage des couples de personnes de même sexe dans le droit espagnol<sup>3</sup> conforme à la Constitution, paraît avoir désactivé sur le plan juridique le débat qui, ensuite, s'est également éteint sur le plan politique, l'alternance n'ayant pas provoqué la remise en cause redoutée par certains<sup>4</sup>. Pourtant, l'épilogue a été long à intervenir, nourrissant la perplexité et des analyses dont pouvaient naître l'espoir des adversaires de la réforme comme les inquiétudes de ses partisans. Sollicitée, la Constitution faisait l'objet d'interprétations variées, chacun

---

\* Maître de conférences en droit public HDR à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, membre de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (CNRS, UMR 7318).

1 En Espagne, l'utilisation de l'expression « *matrimonio homosexual* » n'a pas suscité d'opposition de principe, dans la mesure où la réforme promue par le gouvernement socialiste avait bien pour but clairement affiché d'ouvrir le mariage à une population déterminée ; aussi l'expression « mariage pour tous » n'est-elle pas usitée, à la différence de celle de mariage homosexuel ou celle de mariage gay, qui seront ici utilisées indifféremment.

2 Ce ne fut pas le cas lors de son adoption : A. ALFAGEME, « Obispos y altos cargos del PP arropan la manifestación contra las bodas gays », *El País*, 19 juin 2005. Les manifestations en Espagne ont été de moindre ampleur que celles qu'a connues la France puisque la plus importante, menée par le Forum espagnol de la famille (*Foro Español de la Familia*), a réuni le 18 juin 2005 à Madrid environ 180 000 personnes (un million et demi selon les organisateurs, 700 000 selon la Communauté autonome de Madrid, 166 000 selon le gouvernement), parmi lesquelles 19 évêques et une représentation du *Partido Popular* (PP – principal parti politique de l'opposition de l'époque, aujourd'hui au gouvernement). Ni le leader du PP, Mariano Rajoy (aujourd'hui président du gouvernement), ni le président de la Conférence épiscopale espagnole, archevêque de Bilbao, Ricardo Blázquez, n'y participèrent.

3 *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* (Loi 13/2005 du 1<sup>er</sup> juillet modifiant le code civil en matière de mariage), *BOE (Boletín oficial del Estado)* n° 157 du 2 juillet 2005, p. 23632.

4 C. E. CUÉ, « Gallardón reformará la ley del aborto pero no el matrimonio homosexual », *El País*, 16 avril 2013.

voulant y trouver les arguments propres à soutenir sa position, favorable ou, à l'inverse, contraire à la constitutionnalité du texte de 2005. C'est qu'il aura fallu sept ans au Tribunal constitutionnel pour rendre son arrêt ! Inadmissible et injustifiable, un tel délai naît de la formation par des députés du *Partido Popular*<sup>5</sup>, le 30 septembre 2005, c'est-à-dire presque quatre mois après l'entrée en vigueur de la loi<sup>6</sup>, d'un recours d'inconstitutionnalité contre la loi 13/2005 ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, finalement rejeté en 2012, par un arrêt du 6 novembre<sup>7</sup>.

La réforme, annoncée officiellement lors du discours d'investiture de José Luis Rodríguez Zapatero à la présidence du gouvernement le 15 avril 2004, a finalement été approuvée le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Elle est radicale, bien que modeste : la loi autorise désormais le mariage pour les personnes homosexuelles, en établissant une égalité absolue entre les couples qui se marient, indépendamment de l'orientation sexuelle des conjoints. Elle apparaît modeste, en ce sens qu'est simplement substituée aux références à l'homme et à la femme, figurant jusque-là dans le Code civil, la mention indéterminée des conjoints. Le nouvel alinéa 2 de l'article 44 du Code civil dispose que : « Le mariage répondra aux mêmes conditions et produira les mêmes effets que les deux cocontractants soient du même sexe ou de sexe différent »<sup>8</sup>. La réforme est, pourtant, radicale, car elle met en place une assimilation complète<sup>9</sup> entre le régime juridique des deux types d'unions, hétérosexuelle et homosexuelle : outre le mariage, elle autorise les couples homosexuels à recourir à l'adoption ainsi qu'à la procréation médicalement assistée.

Avant même la saisine du juge constitutionnel, plusieurs réactions institutionnelles avaient vu le jour, envisageant chacune la question de la conformité du projet à la Constitution espagnole du 27 décembre 1978. D'un strict point de vue juridique, il était malaisé d'anticiper la solution finalement retenue par le juge constitutionnel tant les dispositions constitutionnelles, comme la jurisprudence afférente, pouvaient faire l'objet de lectures variées, voire opposées. Les chances de succès du recours pouvaient sembler tout autant avérées que celles de son échec. Pour leur part, le Conseil d'État espagnol et le Conseil général du pouvoir judiciaire<sup>10</sup> avaient émis des doutes quant à sa constitutionnalité, soutenant que le mariage, au sens constitutionnel du terme, ne pouvait recouvrir que l'union d'un homme et d'une femme<sup>11</sup>. Reprenant certaines des questions évoquées par ces deux organes, l'argumentation des requérants articule de nombreux griefs, souvent mal étayés ; toutefois, leur raisonnement développe, en réalité, essentiellement deux critiques, tirées de la violation supposée des articles 32 et 39 de la Constitution. Les auteurs du recours relèvent ainsi, d'une part, que la nouvelle rédaction de l'article 44 du Code

5 *Recurso de inconstitucionalidad num. 6864-2005* formé par soixante-douze députés du groupe parlementaire du *Partido Popular (PP)* au Congrès des députés, conformément à l'article 162 de la Constitution et à l'article 32 de la loi organique relative au Tribunal constitutionnel (LOTC). Ce recours a été admis par le Tribunal par une *providencia*, rendue le 25 octobre 2005, conformément à l'article 34 de la LOTC.

6 Contrairement à ce qui a parfois été relaté par la presse française ; cf. F. Tanneau, « Espagne : le Tribunal constitutionnel valide le mariage homosexuel », *Le Monde*, 6 novembre 2012.

7 Arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol (*Sentencia del Tribunal Constitucional* ; ci-après STC) 198/2012 du 6 novembre 2012, *BOE* n° 286 du 28 novembre 2012.

8 D'autres dispositions sont modifiées mais exclusivement pour des raisons d'adaptation de vocabulaire.

9 L. M. Díez-PICAZO, « En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo », *InDret*, 2007, p. 8.

10 Équivalent Espagnol du Conseil supérieur de la magistrature français.

11 *Consejo de Estado, Dictamen* n° 2.628/2004 du 16 décembre 2004 relatif à l'avant-projet de loi modifiant le code civil en matière de mariage (le Conseil d'État espagnol est un organe consultatif du gouvernement espagnol et des présidents des Communautés autonomes, il ne dispose pas de compétences contentieuses) ; *Consejo general del Poder judicial* (équivalent du Conseil supérieur de la magistrature français), *Estudio* du 26 janvier 2005.

civil violerait l'article 32 de la Constitution, en donnant au vocable « mariage » un nouveau sens ; d'autre part, que l'article 39 de ce texte serait méconnu par la possibilité d'adopter offerte aux couples de même sexe, portant atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection des enfants. En dehors de la violation de ces articles, les requérants invoquaient, en outre et pêle-mêle, celles des articles 9, alinéa 3<sup>12</sup>, 10, alinéa 2<sup>13</sup>, mais aussi 14 (conjointement avec les articles 1, alinéa 1, et 9, alinéa 2)<sup>14</sup>, 53, alinéa 1<sup>15</sup>, et 167 de la Constitution<sup>16</sup>.

Le Tribunal constitutionnel rejette finalement le recours : par huit voix pour, trois contre et une abstention<sup>17</sup>, il juge que la décision d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe ne dénature pas l'institution matrimoniale, en particulier le « mariage » au sens de la Constitution, pas davantage que l'ouverture de l'adoption à ces couples mariés ne méconnaît l'intérêt de l'enfant. Pour le reste, face à des griefs aussi abondants, le Tribunal choisit d'opérer une pirouette : tentant de faire œuvre didactique, il prend soin, dès les premiers motifs de son arrêt<sup>18</sup>, de préciser l'objet du recours. Il n'entend ainsi retenir et examiner que les éventuelles méconnaissances des articles 32 et 39 qui étaient, en réalité, les principaux griefs d'inconstitutionnalité invoqués ; en effet, le succès de l'argumentation des requérants dépendait, pour l'essentiel, de la réponse qui serait apportée à la question de la définition constitutionnelle du mariage. De son côté, la famille, si elle n'était évidemment pas absente, nourrissait peu la saisine et, à l'image des autres griefs, la validité de l'ouverture de l'adoption était directement liée à celle du mariage. Aussi, par le biais d'une délimitation du champ matériel de la requête, tous les autres griefs invoqués<sup>19</sup> sont déclarés inopérants, car non autonomes<sup>20</sup> ou non fondés, et sommairement écartés.

12 « La Constitution garantit [...] la responsabilité des pouvoirs publics et l'interdiction de toute action arbitraire de leur part ».

13 « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

14 « Les Espagnols sont égaux devant la loi ; ils ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou pour n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ».

15 « Les droits et les libertés reconnus au chapitre deux du présent titre sont contraignants pour tous les pouvoirs publics. Seule une loi qui, dans tous les cas, devra respecter leur contenu essentiel, pourra réglementer l'exercice de ces droits et de ces libertés [...] ».

16 Cet article définit la procédure de révision de la Constitution.

17 Par un *auto*, c'est-à-dire une ordonnance, 140/2012 du 4 juillet 2012, l'assemblée plénière du Tribunal constitutionnel a fait droit à la demande d'abstention formulée par don Francisco José Hernando Santiago qui, avant d'avoir été nommé magistrat au sein du Tribunal constitutionnel, avait siégé au sein du Conseil général du pouvoir judiciaire et avait, à cette occasion, fait connaître son hostilité à ce qui n'était encore que le projet de loi, devenu ensuite la loi 13/2005 (*Consejo general del Poder judicial, Estudio* du 26 janvier 2005, *préc.*).

18 Les motifs, désignés « fondements juridiques » (« *fundamentos jurídicos* » ; FJ) et occupant la seconde partie de l'arrêt, exposent le raisonnement développé par le juge pour trancher l'affaire et correspondent aux considérants des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives françaises.

19 Écartés d'emblée de son raisonnement par le juge constitutionnel, on se contentera de mentionner ces arguments. Au nombre des moyens dépourvus d'autonomie figurent les atteintes supposées aux articles 9, alinéa 3, 10, alinéa 2, 53, alinéa 1, et 167 de la Constitution : leur éventuelle violation est, en réalité, directement liée à celle de l'article 32 et le Tribunal leur fait donc un sort en quelques lignes. Il écarte ensuite les griefs, certes autonomes, mais dont il considère qu'ils sont, en l'espèce, inopérants. C'est le cas, d'abord, du principe d'égalité consacré par l'article 14 de la Constitution. De la même façon, la référence à l'article 9 de la Constitution se contente de renvoyer aux arguments développés à propos de la méconnaissance des articles 14, 32 et 167 de la Constitution ; les auteurs du recours n'établissent pas davantage que la loi adoptée est le résultat d'une « discrimination normative » ou apparaît « absolument dépourvue de fondement rationnel » (FJ 2 a et b).

En apparence synthétique et claire, cette solution était prévisible. D'abord, des arguments de politique jurisprudentielle pouvaient être mobilisés pour faire valoir que, sur le plan « stratégique », dans une période où son prestige est très largement atteint<sup>21</sup>, le Tribunal constitutionnel devait être soucieux de ne pas provoquer, une fois encore<sup>22</sup>, la défiance d'une partie de l'opinion publique<sup>23</sup>. Ensuite, d'un point de vue strictement politique cette fois, plusieurs personnalités du *Partido Popular*, dont certaines sont aujourd'hui ministres, avaient fait connaître en 2005 leur opposition à toute action contentieuse devant le juge constitutionnel contre cette loi<sup>24</sup>. Enfin, sur un plan à la fois juridique et pratique, au regard des conséquences qui auraient découlé d'une invalidation de la loi sept ans après son entrée en vigueur et la célébration d'un peu plus de vingt-deux mille unions<sup>25</sup>, le Tribunal ne pouvait rester indifférent aux préoccupations de sécurité juridique. Il n'en demeure pas moins qu'au-delà de ces conjectures, l'arrêt 198/2012 tranche la question centrale de la définition du mariage, qui était au centre des controverses. Dès lors, il faut d'autant plus regretter que la solution, admissible sur le principe, soit construite à partir d'un raisonnement peu convaincant, alors même que le sujet aurait mérité une motivation alternative plus solide et plus convaincante. Faisant preuve d'une certaine audace, le juge constitutionnel recourt à une motivation maladroite pour admettre la constitutionnalité de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe (I). La possibilité d'adopter, reconnue à ces couples mariés, placée dans l'étroite dépendance de la définition du mariage, se trouve alors également et logiquement validée (II).

#### I.- LA MOTIVATION MALADROITE DE LA CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION DU MARIAGE GAY

L'interprétation livrée par le Tribunal constitutionnel dans l'arrêt 198/2012 ne manque pas d'audace, écartant le principal grief soulevé par les requérants et tranchant ainsi une controverse vieille de plusieurs années<sup>26</sup>. Néanmoins, la motivation retenue par le juge constitutionnel espagnol afin de reconnaître la

20 Les allégations en cause soit ne constituent pas des « causes d'inconstitutionnalité autonomes », soit apparaissent manifestement non fondées : FJ 2.

21 P. CRUZ VILLALÓN, « L'état du Tribunal constitutionnel », in P. Bon (sous la dir.), *Trente ans d'application de la Constitution espagnole*, Dalloz, 2009, p. 156.

22 L'examen du recours d'inconstitutionnalité formé contre le nouveau Statut d'autonomie de la Catalogne, et l'arrêt 31/2010, avaient suscité un nombre considérable de critiques, provoquant même l'organisation de manifestations ; cf. H. ALCARAZ et O. LECUCQ, « L'État des autonomies après l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol sur le nouveau Statut de la Catalogne », *RFDA*, 2011, n° 2, p. 403.

23 Selon les enquêtes d'opinion, après sept années de mise en œuvre, le mariage des couples de même sexe ne suscite plus les réserves et les clivages qui avaient pu apparaître à l'époque de son adoption. Le nombre des mariages de couples de même sexe est modeste, ces derniers représentant entre 1,60 et 2,10 % de l'ensemble des unions célébrées chaque année en Espagne ; ces chiffres sont tirés du rapport pour 2011 de l'*Instituto nacional de estadísticas* (consultable à l'adresse : <http://www.ine.es>).

24 À ce propos, le gouvernement conservateur de Mariano Rajoy a fait savoir, par la voix de son ministre de la justice, dès le prononcé de l'arrêt, qu'il n'avait pas l'intention d'abroger la loi : « Gallardón : "No modificaré la ley y la dejaré exactamente como está" », *El País*, 7 novembre 2012.

25 22 442 mariages entre personnes de même sexe selon les chiffres de 2011 publiés par l'Institut national de statistiques espagnol (INE) (<http://www.ine.es>). Ce chiffre a été abondamment cité par la presse ; par exemple, J. García PEDRAZ, « 22 442 matrimonios homosexuales, pendientes hoy del Constitucional », *El País*, 6 novembre 2012.

26 H. ALCARAZ, « La liberté fondamentale du mariage en Espagne », in J.-J. Lemouland et O. Lecucq (sous la dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, Aix-Marseille, 2009, PUAM, p.63.

conformité à la Constitution du mariage des couples de personnes de même sexe apparaît maladroite d'un double point de vue : d'une part, car elle recourt à une interprétation de l'article 32 de la Constitution qu'elle dit « évolutive » (A) ; d'autre part, car elle est construite sur un raisonnement fragile (B).

#### A.- L'interprétation de l'article 32 de la Constitution

L'apport principal de l'arrêt consiste à lever l'obstacle constitutionnel résultant de l'interprétation de l'article 32 de la Constitution<sup>27</sup>. Selon cette disposition, « 1. L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique. 2. La loi déterminera les formes du mariage, l'âge et la capacité requis pour le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets »<sup>28</sup>. Cette rédaction, du fait de la mention « l'homme et la femme » pouvait faire douter de la constitutionnalité de la réforme<sup>29</sup>. À cet égard, la jurisprudence constitutionnelle, elle-même, bien qu'elle ait connu des évolutions, ne paraissait pas clairement pencher dans un sens précis. Le débat faisait donc rage<sup>30</sup> et le Tribunal constitutionnel tente de le vider.

Reprenant à son compte une bonne part de la théorie allemande des droits fondamentaux, la doctrine constitutionnelle espagnole conçoit l'article 32 de la Constitution comme porteur, d'une part, d'une garantie institutionnelle au bénéfice du mariage et, d'autre part, d'un droit subjectif<sup>31</sup>. Ainsi, le mariage se présente-t-il, à la fois, comme une institution garantie par la Constitution et, dans le même temps, comme un droit subjectif, celui de « contracter mariage »<sup>32</sup>. Bien que le « droit de contracter mariage »<sup>33</sup>, c'est-à-dire le droit de se marier ou de ne pas se marier, mais aussi le droit de contracter librement mariage avec la personne de son choix dès lors qu'elle y consent<sup>34</sup>, ait été invoqué dans la saisine, c'est avant tout autour de la garantie institutionnelle du mariage que l'argumentation des requérants a été construite. Sans surprise, seule la question de la garantie de l'institution matrimoniale retient, pour l'essentiel, l'attention du juge, car seule susceptible de nourrir une véritable inconstitutionnalité.

Plus précisément, il était soutenu que la nouvelle rédaction de l'article 44 du Code civil modifiait l'institution matrimoniale au point de provoquer sa dénaturation pure et simple. En d'autres termes, c'est l'éventuel caractère intrinsèquement hétérosexuel du mariage qui était en cause. De ce point de vue, la question posée était, en apparence, simple : la réforme en cause introduit-elle

27 R. BERCOVITZ, « La competencia para legislar sobre parejas de hecho », *Derecho privado y Constitución*, 2003, n° 17, p. 61 et s., spéc. p. 67.

28 « 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos ».

29 *Consejo de Estado, Dictamen n° 2.628/2004* du 16 décembre 2004, *préc. Consejo general del Poder judicial, Estudio* du 26 janvier 2005, *préc.*

30 À titre d'exemple, synthétisant récemment les prises de position en présence, et se prononçant en faveur de la conformité de la loi à la Constitution : J. MATIA PORTILLA, *op. cit.*, p. 1. Pour une prise de position plus réservée : F. Rey Martínez, « Homosexualidad y Constitución », *Revista española de derecho constitucional*, 2005, n° 73, p. 111.

31 Arrêt STC 184/1990 du 15 novembre 1990, FJ 3, rappelé dans l'arrêt STC 198/2012, *préc.*, FJ 6.

32 Y. GÓMEZ, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, Publicaciones del Congreso de los Diputados, spéc. p. 180.

33 Le droit espagnol utilise l'expression « *derecho a contraer matrimonio* », visé par l'alinéa 1 de l'article 32 de la Constitution.

34 J. DE ESTEBAN, P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO y Á. SÁNCHEZ NAVARRO, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense, 2004, Tomo II, p. 146.

simplement un nouveau cas de mariage ou le transforme-t-elle radicalement, allant au-delà de ce que permet la Constitution ? Pour les auteurs du recours, quelle que soit la méthode d'interprétation de l'article 32 susceptible d'être retenue, l'exclusion des couples de même sexe de l'institution matrimoniale était évidente. Ainsi, selon une interprétation littérale, la référence expresse à l'homme et à la femme permet de considérer qu'il y a là une « réserve constitutionnelle du mariage en faveur des couples hétérosexuels », tandis qu'une interprétation « systématique », c'est-à-dire une lecture conjointe des articles 32, 39 et 58 de la Constitution, aboutirait à la même conclusion. Enfin, une interprétation « authentique », s'appuyant, cette fois, sur les travaux préparatoires de la Constitution, déboucherait sur la même solution.

La garantie institutionnelle vise à protéger une institution, déterminée et reconnue par la Constitution, contre les tentatives du législateur de la supprimer ou de la dénaturer. Aussi, c'est « l'existence d'une institution, c'est-à-dire d'un objet juridique institué, qui n'existe que par l'effet de l'ordre juridique étatique »<sup>35</sup> qui doit être sauvegardée. À cet égard, sans être confondue avec la dimension objective du droit fondamental en cause<sup>36</sup>, la garantie institutionnelle vient compléter la dimension subjective du droit, l'État ne pouvant préjudicier à la sphère institutionnelle protégée par celui-ci<sup>37</sup>. Cette technique « objectivise » le droit fondamental qui consiste non pas seulement en une faculté d'agir abstraite, mais impose aussi l'aménagement normatif d'une institution déterminée<sup>38</sup>. Selon la jurisprudence constitutionnelle, une telle garantie « n'assure pas un contenu concret ou un domaine de compétences déterminé et définitivement fixé, mais la préservation d'une institution en des termes reconnaissables pour l'image que celle-ci revêt dans la conscience sociale en tout temps et en tout lieu »<sup>39</sup>. Dans le même sens, elle indiquait que l'atteinte est constituée « lorsque l'institution est limitée, de telle sorte qu'elle se voit pratiquement privée de ses possibilités d'existence réelle en tant qu'institution pour ne devenir qu'une simple appellation. [...] l'unique prohibition clairement identifiable consiste dans la rupture claire et nette d'avec l'image communément acceptée de l'institution [...] »<sup>40</sup>.

Le Tribunal choisit de tirer parti de l'intention des constituants, qui consistait à « déconnecter mariage et famille, à proclamer l'égalité des conjoints au sein de l'institution, et de constitutionnaliser la séparation et la dissolution », sans se préoccuper d'autres questions<sup>41</sup>, pour en déduire et souligner le silence du texte constitutionnel quant aux autres caractéristiques du mariage ; de sorte qu'il n'est pas possible d'en tirer une conclusion, quelle qu'elle soit quant à l'éventuel caractère nécessaire hétérosexuel du mariage. Face à ce silence, le juge constitutionnel choisit alors de poser comme présupposé méthodologique une lecture dynamique du texte

35 D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2001, p. 175.

36 Les limites de cette classification, qui distingue effet défensif subjectif et effets objectifs des droits fondamentaux, ont été mises en évidence par D. Capitant, *op. cit.*, spéc. p. 189 et s. ; toutefois, plutôt que de lui préférer la distinction entre fonction négative et fonctions positives, le Tribunal constitutionnel continue à l'utiliser, ce qui explique que l'on y fasse référence. Sur cette question, également, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales – Teoría general*, Madrid, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995, spéc. p. 413 et s.

37 STC 53/1985 du 11 avril, FJ 4 ; F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. ALÁEZ CORRAL y I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, spéc. p. 45 et s.

38 J. F. J. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. ALÁEZ CORRAL y I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *op. cit.*, p. 116.

39 Arrêt STC 32/1981 du 28 juillet, FJ 3.

40 Arrêt STC 16/2003 du 30 janvier, FJ 8.

41 FJ 8.

constitutionnel<sup>42</sup> : « la Constitution [...] à travers une interprétation évolutive, s'adapte aux réalités de la vie moderne [...] non seulement parce qu'il s'agit d'un texte dont les grands principes sont applicables à des hypothèses que ses rédacteurs n'envisageaient pas, mais aussi parce que les pouvoirs publics [...] actualisent lentement ces principes et parce que le Tribunal constitutionnel [...] dote les normes d'un contenu qui permet de lire le texte constitutionnel à la lumière des problèmes contemporains et des exigences de la société actuelle [...] »<sup>43</sup>. L'interprétation de l'article 32 doit, par conséquent, être réalisée à partir d'une vision « plurielle » de l'institution matrimoniale, qui peut admettre l'inclusion d'une autre forme d'union : le couple stable formé par deux personnes de même sexe.

À partir de là, et bien que la modification de l'institution matrimoniale soit incontestable, cette dernière n'en reste pas moins organisée selon des termes conformes à l'image que la société espagnole se fait désormais du mariage. Le caractère hétérosexuel de l'union ne faisant pas partie, selon le juge constitutionnel espagnol, des caractéristiques essentielles du mariage<sup>44</sup>, le législateur a simplement fait usage de sa compétence en matière d'organisation de l'institution, sans outrepasser les limites posées par la Constitution<sup>45</sup>. Et il ne reste plus, alors, qu'à examiner le contenu du droit fondamental, entendu dans son sens subjectif, qui, quant à lui, ne suscitait pas de réelles controverses : ni la règle de l'égalité juridique entre conjoints, ni celle du consentement mutuel, ni la pluralité de droits et de devoirs attachés au mariage, pas davantage que le droit de ne pas contracter mariage, n'étaient entravés ou dénaturés, dans la mesure où l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ne prive en rien les personnes hétérosexuelles des facultés dont elles disposaient jusque-là et dont elles continuent à jouir<sup>46</sup>. Le Tribunal constitutionnel peut alors retenir une formule proche de celle retenue par son homologue français : il ne lui appartient pas « d'examiner l'opportunité ou la pertinence du choix opéré par le législateur, pas davantage que déterminer s'il s'agit de la meilleure ou de la plus adéquate des solutions possibles »<sup>47</sup>. Pour autant, il faut regretter que cette solution soit assise sur une motivation maladroite.

### B.- Une motivation maladroite

Face aux lectures contradictoires qui paraissaient pouvoir être faites du texte constitutionnel, le juge constitutionnel a choisi de faire triompher la conciliation. Mais la voie empruntée pour y parvenir paraît doublement discutable : cette solution est faite, d'une part, d'hésitations ; elle recourt, d'autre part, à un raisonnement construit sur la notion douteuse de « culture juridique ».

D'un côté, des hésitations naissent de la structure de la motivation elle-même. Alors que trois fondements juridiques consacrés à la question de la conformité du nouvel encadrement législatif du mariage avec l'article 32 de la Constitution<sup>48</sup>, le recours paraît résolu dès le premier<sup>49</sup> ; en effet, le juge

42 Le Tribunal utilise le terme « *presupuesto* », c'est-à-dire littéralement « présupposé ».

43 FJ 9.

44 L'arrêt en mentionne trois : l'égalité des conjoints, la libre volonté de contracter mariage avec la personne de son choix et la manifestation de cette volonté.

45 « [...] no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador [...], dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente [...] ».

46 FJ 11.

47 FJ 11.

48 Ce sont les fondements juridiques 9, 10 et 11. Les fondements juridiques 6, 7 et 8, quant à eux, se contentent, en réalité, de rappeler, une fois de plus, la question posée au juge constitutionnel (FJ 6), la notion de garantie institutionnelle (FJ 7), et son application au cas particulier du mariage (FJ 8).

constitutionnel y indique faire le choix d'une interprétation évolutive de la Constitution, selon laquelle le nouveau dispositif n'est pas contraire à l'article 32, le mariage étant, aujourd'hui, une notion « plurielle » comprenant les unions stables entre personnes de même sexe. Par ailleurs, avant même de retenir ce postulat méthodologique, le Tribunal avait déjà posé une double affirmation, favorable elle aussi à la conformité du nouveau dispositif législatif : en premier lieu, si les rédacteurs de la Constitution de 1978 n'ont pas envisagé le mariage des couples de même sexe, ils ne l'ont pas, pour autant, exclu, tandis que, en second lieu, la liberté et l'égalité garanties par la Constitution ne sont pas exclusivement applicables au mariage hétérosexuel, mais peuvent également bénéficier aux unions homosexuelles<sup>50</sup> ; de sorte que le mariage entre personnes de même sexe « est une option non exclue par le constituant ». Le point le plus discuté de l'affaire, qui suscite encore pour certains des doutes, apparaît ainsi en quelque sorte « préjugé », ce que la suite du raisonnement ne vient pas véritablement démentir, au contraire.

D'un autre côté, le juriste est plus encore déstabilisé en découvrant que le Tribunal choisit de revenir sur la notion de garantie institutionnelle, déjà longuement examinée, pour souligner, cette fois à propos de la dimension subjective du droit fondamental de contracter mariage, que la garantie institutionnelle se confond ici avec son contenu essentiel<sup>51</sup>. Outre que le doute de constitutionnalité ne paraissait pas sur ce point sérieux, la question n'a-t-elle pas déjà été résolue ? C'est bien la conclusion à laquelle paraît parvenir le Tribunal constitutionnel lui-même : après avoir indiqué, au terme d'une distinction peu convaincante, que la nouvelle rédaction de l'article 44 du Code civil permet « que l'exercice du droit se concrétise avec une personne du même sexe », ce qui ne correspond pas à « un accroissement de la liste des titulaires du droit individuel, mais à une modification des formes de son exercice »<sup>52</sup>, il consacre encore des développements au contenu essentiel du droit, pour écarter l'idée selon laquelle l'article 32 obligerait le législateur à réserver le mariage aux seuls couples hétérosexuels. La logique du raisonnement n'est pas évidente, d'autant plus qu'une fois de plus, la référence à la notion de garantie institutionnelle apparaît pour reconnaître aussitôt qu'il s'agit là d'un élément de pure rhétorique<sup>53</sup> : le concept a été forgé pour pallier l'absence d'opposabilité des droits et libertés au législateur, afin de leur conférer une forme d'indisponibilité face aux actions du parlement ; le recours à cette catégorie juridique est alors inutile dans un État de droit constitutionnel comme l'Espagne.

Surgit alors la référence à une « interprétation évolutive » de la Constitution, fondée sur la « culture juridique » et une motivation plus douteuse encore. Sans s'en tenir au seul rappel d'une jurisprudence étrangère, comme il le fait régulièrement, le juge constitutionnel espagnol tire argument du raisonnement tenu par la Cour suprême canadienne pour adopter une conception identique de ce qu'est un texte constitutionnel : « un arbre vivant » qui, « à travers une interprétation évolutive s'adapte aux réalités de la vie moderne afin d'assurer sa propre importance et sa légitimité, et non seulement parce qu'il s'agit d'un texte dont les grands principes

49 FJ 9.

50 C'est, d'ailleurs, la position prise par le législateur dans le préambule de la loi 13/2005 : « [...] la Constitution, en confiant au législateur la configuration normative du mariage, n'exclut aucunement un encadrement concevant les relations de couple de manière différente de celle qui a prévalu jusqu'à aujourd'hui, un encadrement qui donnerait leur place aux nouvelles formes de relations affectives ».

51 En ce sens, F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p.150 et s. ; L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Pamplona, Thomson Civitas, 3<sup>e</sup> ed., 2008, p. 60 et s.

52 FJ 11.

53 Sur cette question, H. ALCARAZ, « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », *RFDA*, 2013, n° 5, p. 986 et s.

sont applicables à des hypothèses que leurs rédacteurs n'avaient pas imaginées, mais également parce que les pouvoirs publics, et particulièrement le législateur, actualisent ces principes lentement et parce que le Tribunal constitutionnel, lorsqu'il contrôle l'adéquation constitutionnelle de ces mises à jour, dote les normes d'un contenu qui permet de lire le texte constitutionnel à la lumière des problèmes contemporains et des exigences de la société actuelle auxquels la norme fondamentale de l'ordre juridique doit apporter des réponses, au risque, dans le cas contraire, de rester lettre morte ».

Mais la surprise ne s'arrête pas là puisque cette lecture « évolutive » de la Constitution « conduit à exposer la notion de culture juridique »<sup>54</sup>. De quoi s'agit-il ? Cette notion se construit, selon le juge constitutionnel, « non seulement à partir d'une interprétation littérale, systématique ou *originale*<sup>55</sup> des textes normatifs », mais également à partir de « l'observation de la réalité sociale susceptible de présenter une importance au regard du droit, sans que cela n'aboutisse à reconnaître une force normative directe aux faits », au regard des « opinions de la doctrine juridique », du droit comparé, « de l'activité internationale des États », de la jurisprudence européenne et communautaire et des opinions émises dans le cadre du système des Nations Unies<sup>56</sup>. Les paramètres retenus pour construire la « culture juridique » sont ainsi fort nombreux, et souvent purement factuels. Voilà pourquoi aux yeux du Tribunal, la garantie institutionnelle du mariage devait faire l'objet d'une relecture tenant compte des évolutions sociétales.

Quel est le sens de cette argumentation abondante et confuse ? Pourquoi avoir recours à cette notion contestable ? Pourquoi ne pas s'en tenir à rappeler que le législateur a non seulement l'obligation de respecter les structures fondamentales de l'institution, mais aussi l'obligation d'adapter le droit existant aux évolutions du cadre social dans lequel elle s'inscrit, afin d'assurer la préservation de cette institution dans ses traits caractéristiques<sup>57</sup> ? Inutile d'en appeler à la jurisprudence canadienne et à la métaphore de l'« arbre vivant »<sup>58</sup>. Le concept de garantie institutionnelle n'entend pas assurer la pétrification de ladite institution, mais suppose, au contraire, son caractère évolutif et son ouverture aux changements sociaux ; par conséquent, rien n'empêche le législateur, tant qu'il reste dans l'importante marge de manœuvre dont il dispose et faute de rencontrer une prohibition constitutionnelle expresse, d'élargir l'institution afin d'y inclure de nouvelles hypothèses. Cela ne porte pas atteinte au texte constitutionnel puisqu'en la matière, l'unique contrainte qui résulte de la Constitution consiste dans l'interdiction pour la nouvelle loi de supprimer ou de dénaturer substantiellement les éléments essentiels, c'est-à-dire le noyau dur, de l'institution garantie. Et en quoi l'admission d'une nouvelle forme de mariage viendrait-elle violer l'autorisation, qui perdure, du mariage entre un homme et une femme et qui relève des éléments intangibles de l'institution ? Ce noyau dur n'est pas garanti afin d'interdire des

54 FJ 9.

55 C'est nous qui soulignons ; le terme figurant dans l'arrêt est « *originalista* », ce qui se traduirait par le barbarisme « *originaliste* ».

56 FJ 9, § 1. Et le juge constitutionnel de rajouter que la prise en compte de tous ces éléments est exigée par le texte constitutionnel lui-même à travers son article 10, alinéa 2, de la Constitution qui dispose que « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

57 D. CAPITANT, *op. cit.*, p. 225.

58 Une telle métaphore ne peut manquer d'être rapprochée de la référence faite un temps par la Cour suprême américaine aux droits découlant des émanations du *Bill of Rights*, notamment dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 ; cf. E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Puf, 2000, p. 679.

développements postérieurs de l'institution, susceptibles d'accroître sa portée, mais, au contraire, dans le but d'empêcher toute évolution législative restrictive qui aboutirait à faire disparaître cette institution<sup>59</sup>.

Rien n'empêchait le Tribunal constitutionnel de simplement juger que l'ouverture du mariage pouvait être considérée comme le résultat de l'évolution sociale, sans avoir à multiplier les justifications douteuses<sup>60</sup>. Le fait que la conception d'une institution évolue n'a pas grand-chose à voir avec une interprétation évolutive de la Constitution ; c'est le contenu de la garantie institutionnelle qui a évolué et non pas le sens que le juge constitutionnel entend attacher à cette expression dans le cas du mariage, sauf pour lui à quitter son office pour se faire « pouvoir constituant permanent »<sup>61</sup> et à encourir la critique d'un « gouvernement des juges », alors que puisque la constitutionnalité de l'ouverture du mariage était acquise, la possibilité d'adopter se voyait subséquemment validée.

## II.- L'ADMISSION COHÉRENTE DE LA CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION DE L'ADOPTION PAR LES COUPLES MARIÉS DE PERSONNES DE MÊME SEXE

La possibilité d'adopter ouverte aux couples mariés de personnes même sexe était-elle susceptible de violer la protection de l'intérêt de l'enfant et, plus généralement, de porter atteinte à la définition de la famille ? Le Tribunal constitutionnel répond par la négative, l'admission de l'ouverture de l'adoption au bénéfice des unions de personnes de même sexe résultant d'une définition libérale de la famille (A), permettant au juge de valider l'assimilation des unions hétérosexuelles et homosexuelles en matière de droits attachés au mariage (B).

### A.- La confirmation d'une définition libérale de la famille

La conception qu'il convenait de se faire de la famille, déterminante au regard de l'admission de l'adoption par les couples mariés homosexuels, avait retenu l'attention de la cour constitutionnelle espagnole qui, prenant acte de l'évolution dont la Constitution de 1978 était porteuse, en tirait une vision assez libérale de ce qu'il convient d'entendre par « famille ». D'une part, dès les années quatre-vingt-dix, la question de la différenciation de la famille légitime, au regard des unions de fait, spécialement homosexuelles, avait nourri le contentieux constitutionnel. À propos des couples de même sexe, le Tribunal estimait ainsi que la différence fondamentale existant entre les couples de sexe différent et les personnes souhaitant s'unir avec une personne du même sexe résidait dans le fait que les premières disposent d'un choix entre une union formalisée ou une coexistence largement libre d'encadrement normatif, alors que les secondes ne jouissent pas de cette alternative<sup>62</sup>. Du reste, il avait admis que la différence de traitement entre couples mariés et couples non mariés était régulière et renvoyait, dès 1994, le législateur à ses

59 Aussi, certains commentateurs n'ont-ils pas manqué de souligner que l'on ne pouvait soutenir « que la réforme législative a défiguré quelque chose qu'elle a laissé absolument intact » : cf. R. NARANJO DE LA CRUZ, « Matrimonio homosexual y categorías jurídicas », *Revista general de derecho constitucional*, 2013, n° 17 (octobre), p. 6.

60 Opinion concurrente séparée formulée par le magistrat Manuel Aragón Reyes, § I *in fine* : « si la conception d'une institution n'est plus unanime, mais plurielle, c'est-à-dire si il s'agit, en termes constitutionnels, d'une question débattue, nous devons appliquer la maxime *in dubio pro legislatoris* ». Il ajoute que « le rôle du juge constitutionnel n'est pas de dire si la loi est conforme à la Constitution, mais de dire si elle n'y est pas contraire ».

61 *Ibid.*, § II.

62 Arrêt STC 47/1993 du 8 février.

responsabilités<sup>63</sup>. C'était déjà sur la base des articles 32 de la Constitution et 44 du Code civil que la jurisprudence du Tribunal suprême<sup>64</sup> et la doctrine de la Direction générale de l'état civil avaient été bâties, refusant la célébration de l'union de deux personnes de même sexe<sup>65</sup>.

Des évolutions avaient, cependant, vu le jour, laissant penser que le juge constitutionnel adopterait une position progressiste. Ainsi, il considérait que « comme la coexistence de fait d'un couple hétérosexuel, l'union entre personnes du même sexe biologique n'est pas une institution juridiquement encadrée, pas plus qu'il n'existe un droit constitutionnel à son établissement ; à la différence du mariage entre un homme et une femme qui est un droit constitutionnel qui fait naître *ope legis* une pluralité de droit et de devoirs »<sup>66</sup>. Par conséquent, devait être admise « la pleine constitutionnalité du principe hétérosexuel comme qualificatif du lien matrimonial [...] ; de telle sorte que les pouvoirs publics peuvent réserver un traitement privilégié à l'union familiale constituée par un homme et une femme [...] ». Pour autant, le juge constitutionnel prenait soin d'ajouter que cela « n'exclut pas que le législateur puisse établir un système de mise à égalité grâce auquel les couples homosexuels pourraient bénéficier de la totalité des droits et bénéfices attachés au mariage, ainsi que le propose le Parlement européen »<sup>67</sup>. Entretien une certaine ambiguïté, cette jurisprudence ne plaidait pas pour une ouverture du mariage, et des droits qui y sont liés, aux couples de même sexe ; toutefois, elle ne s'y opposait pas davantage. Le juge constitutionnel se gardait de trancher dans un sens ou dans l'autre. Du reste, cette solution, isolée, intervenait par la voie d'une simple ordonnance. Probablement conscient de ces incertitudes, le Tribunal constitutionnel prend ici soin de préciser la portée de cette ordonnance : « il ne peut être déduit de forme automatique que le mariage hétérosexuel est l'unique option constitutionnellement légitime »<sup>68</sup>.

Une ambiguïté supplémentaire résultait des évolutions à l'œuvre au sein des Communautés autonomes espagnoles et de l'appréciation de leur conformité à la Constitution. Dès 1998 ces dernières ont adopté des lois en matière d'encadrement normatif des couples stables de même sexe<sup>69</sup>, certaines allant jusqu'à octroyer le droit d'adopter à ces couples<sup>70</sup>. Or, le Tribunal constitutionnel a toujours retardé le moment de se prononcer sur la question de la conformité à la Constitution de

63 Ordonnance ATC 222/1994 du 11 juillet.

64 P. DE PABLO CONTRERAS, « La Constitución y la Ley 13/2005 de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio », in *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid, Documentos del Instituto de Ciencias para la familia, Universidad de Navarra, 2007, p. 89.

65 Ordonnance ATC 222/1994, *préc.* ; cette ordonnance avait été rendue à propos du refus de servir une pension de réversion au compagnon homosexuel survivant.

66 Arrêt STC 184 1990 du 15 novembre.

67 Ordonnance ATC 222/1994, *préc.*, FJ 2.

68 Arrêt STC 198/2012, FJ 10 *in fine* à propos de l'ordonnance ATC 222/1994 *préc.*

69 La première loi en la matière est la loi catalane 10/1998 du 15 juillet ; pour un exposé détaillé de toutes les lois en vigueur : F. REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 116 et s. ; également B. RODRÍGUEZ RUIZ, « Matrimonio, género y familia en la Constitución española : trascendiendo la familia nuclear », *Revista española de derecho constitucional*, 2011, n° 91, p. 77 et s.

70 La loi forale de Navarre, pour l'égalité juridique des couples stables, accorde, depuis 2000, le droit d'adopter aux couples de même sexe. Elle suggère, dans l'exposé de ses motifs, que la Constitution espagnole impose une conception large de la famille, de sorte que la non-extension des droits attachés au mariage hétérosexuel aux unions homosexuelles stables constituerait une discrimination constitutionnellement inacceptable : *Ley Foral de Navarra 6/2000 de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*.

certains de ces nouveaux dispositifs<sup>71</sup>. Et, avant même l'arrêt commenté, il s'était refusé à connaître de la constitutionnalité de la loi 13/2005 lorsque cette dernière avait été contestée par la voie de questions d'inconstitutionnalité : certains des juges chargés de la tenue des registres d'état civil, dès lors qu'étaient en cause des mariages entre personnes de même sexe, contestèrent la conformité de la loi à la Constitution, tandis que d'autres invoquèrent leur droit à l'objection de conscience pour échapper à leur devoir. À toutes ces occasions, le juge constitutionnel parvint à échapper à un jugement sur le fond, en rejetant les questions d'inconstitutionnalité comme irrecevables car posées par des juges n'agissant pas, lors de la tenue de l'état civil, comme des organes juridictionnels, mais comme des agents du ministère de la Justice<sup>72</sup>. En toute hypothèse, l'irrecevabilité ne permettait pas de tirer de conclusions définitives quant à l'éventuel succès du recours d'inconstitutionnalité formé à la même époque.

De façon plus générale, à propos de la notion de famille, le nouveau texte constitutionnel, porteur d'une mutation considérable en 1978, pose l'accès au mariage comme un droit autonome, face à la famille à laquelle il se trouvait jusque-là traditionnellement lié. Le mariage est désormais différencié de la famille. Au sens constitutionnel, la famille n'est pas seulement issue du mariage, mais recouvre aussi d'autres formes de coexistence affective, la Constitution retenant une conception large des liens familiaux. Elle représente désormais une « réalité affective » qui ne se borne pas aux relations parents / enfants, mais qui doit, au contraire, être élargie aux rapports sentimentaux ascendants – descendants et aux relations affectives ne coïncidant pas avec le sang et avec la reproduction<sup>73</sup>. Ainsi, la seule existence du lien affectif suffit à faire naître une famille au sens de l'article 39 de la Constitution. Sous cet angle, le juge constitutionnel soulignait déjà la liberté d'organisation dont dispose le législateur afin de ne pas ignorer l'existence des unions de fait<sup>74</sup>. De ce seul point de vue, il était possible de soutenir que le Tribunal ne se laisserait pas happer par la « bataille d'experts » autour de la question de l'éducation des enfants par des couples homosexuels, dont on sait qu'elle n'a toujours pas trouvé de réponse scientifique incontestable<sup>75</sup>. Cela s'est révélé d'autant plus vrai que l'octroi de la faculté d'adopter aux couples homosexuels se trouvait lié à l'ouverture du mariage.

71 Par exemple, le Tribunal constitutionnel est saisi depuis 2000 d'un recours d'inconstitutionnalité présenté par des députés du *Partido popular* contre la loi forale de Navarre du 3 juillet 2000 (recours n° 5297/2000). À ce jour, il n'a toujours pas rendu sa décision.

72 Conformément aux articles 163 de la Constitution et 35 de la LOTC : ordonnances ATC 505/2005 et ATC 508/2005 du 13 décembre. Le Conseil général du pouvoir judiciaire, pour sa part, avait, dans un *Acuerdo* de son assemblée plénière, immédiatement rappelé à l'ordre ces juges en soulignant qu'ils ne pouvaient se soustraire à l'exercice de fonctions légalement établies, confirmant ainsi leur soumission à la loi en vigueur (art. 117, al. 1, de la Constitution) : *Acuerdo del Pleno de 22 de noviembre de 2006, núm. 2*.

73 Dès son arrêt STC 45/1989 du 20 février 1989, le juge constitutionnel espagnol notait que « quel que soit, en effet, le concept constitutionnel adéquat de famille, il ne peut être discuté qu'un tel concept inclut sans doute la famille qui naît du mariage [...] » (FJ 4). Par la suite, c'est l'arrêt STC 222/1992, résolvant une question d'inconstitutionnalité portant sur l'article 58.1 de la loi sur les loyers urbains, qui marque le point de départ d'une évolution remarquable puisqu'il relève que « dans le concept de « famille » entre, sans doute, l'hypothèse du mariage sans descendance ou sans autres parents à charge, conformément au sens d'autres dispositions constitutionnelles, à l'orientation de la législation post-constitutionnelle, à la propre jurisprudence de ce Tribunal [...] et, en définitive, à l'acception normalisée et enracinée dans notre culture, du terme « famille » concept dans lequel entre, par conséquent, également la relation matrimoniale d'un homme et d'une femme sans descendance [...] ». Voir également, les arrêts STC 74/1997 et STC 116/1999.

74 Cf., notamment, arrêt STC 184/1990, FJ 3 ; on pourra également renvoyer aux arrêts STC 29/1991, STC 31/1991, STC 34/1991 et STC 50/1991.

75 Pour un rappel de ces éléments, cf. la bibliographie abondante citée in B. Rodríguez Ruiz, *op. cit.*, p. 78. Une décision d'un juge aux affaires familiales de Pampelune avait fait grand bruit en 2004 : faisant application de la loi de Navarre de juillet 2000, il avait accordé l'adoption de deux filles

### B.- L'assimilation des unions hétérosexuelles et homosexuelles

L'argument est connu, il a largement été mobilisé en Espagne, comme ailleurs<sup>76</sup>, à l'occasion de l'adoption de la loi contestée : les couples de même sexe ne pourraient, compte tenu de l'identité de sexe des deux parents, assurer un accueil et une éducation de la personne adoptée conforme à l'exigence de « protection intégrale des enfants » posée par l'article 39, alinéa 2, de la Constitution<sup>77</sup>. Selon eux, la loi contestée « ferait prévaloir la légitimation ou l'homologation des relations homosexuelles sur l'intérêt du mineur [...] ainsi que sur l'adéquation des adoptants »<sup>78</sup>. À ce propos, comme n'ont pas manqué de le rappeler les auteurs des trois opinions dissidentes formulées à la suite de l'arrêt<sup>79</sup>, la jurisprudence constitutionnelle relative à la protection des mineurs, ou aux modalités de mise en œuvre de cette protection, était fort abondante. Les développements qui sont consacrés à cette question dans l'arrêt sont, néanmoins, assez réduits<sup>80</sup> ; le juge Andrés Ollero Tassara relève ainsi, dans son opinion dissidente, qu'il est « surprenant que la question soit résolue de façon si expéditive »<sup>81</sup>.

En réalité, cela n'a rien de surprenant, dans la mesure où le sort réservé à ce grief dépendait très largement de la solution retenue à propos du mariage puisque la loi assimile en tout point mariage hétérosexuel et mariage homosexuel. C'est bien le sens du nouvel article 175, alinéa 4, du Code civil : « Personne ne peut être adopté par plus d'une personne, excepté lorsque l'adoption a lieu conjointement ou successivement par les deux conjoints. Le mariage célébré postérieurement à l'adoption permet à la personne mariée l'adoption des enfants de son conjoint. En cas de décès de l'adoptant, ou lorsque l'adoptant est privé de ses droits conformément à l'article 179, une nouvelle adoption de la personne adoptée est possible »<sup>82</sup>. L'ordre juridique espagnol n'établit plus de différence de traitement entre ces unions et le Tribunal constitutionnel se contente alors de rappeler les principes régissant la procédure d'adoption et, en particulier, les modalités de prise en compte de l'intérêt de l'enfant adopté : cet intérêt est protégé dans chaque cas d'espèce par le biais du contrôle auquel se trouvent soumises les personnes qui souhaitent adopter, indépendamment de leur orientation sexuelle.

Dès lors qu'un contrôle existe et qu'il est le même quel que soit le mariage en cause, il n'est pas possible de soutenir que l'intérêt de l'enfant est ignoré ou est moins pris en compte dans une hypothèse plutôt que dans l'autre, sauf à soutenir que

---

mineures par la compagne de leur mère lesbienne, jugeant qu'en l'espèce l'intérêt supérieur des enfants se trouvait garanti par l'adoptante, dans la mesure où elle était la compagne de la mère biologique depuis sept ans et que c'est ensemble qu'elles avaient eu recours à la reproduction médicalement assistée pour avoir ces enfants, après accord du Centre de planning familial : *Auto del Juzgado de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004*.

76 On se permettra de renvoyer à notre étude : « Le mariage entre personnes de même sexe dans la jurisprudence constitutionnelle étrangère », *Revue française de droit administratif*, 2013, n° 5, p. 986.

77 Article 39 : « 1. Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille. 2. Les pouvoirs publics assurent également la protection intégrale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et celle de la mère, quel que soit son état civil. La loi rendra possible la recherche de la paternité. [...] ».

78 FJ 12.

79 Opinions séparées dissidentes formulées par les magistrats Juan José González Rivas, Andrés Ollero Tassara et Ramón Rodríguez Arribas.

80 À titre de comparaison, on observera qu'ils occupent moins de 4 pages alors que ce sont un peu plus de 17 pages qui sont consacrées à l'examen de la conformité du nouvel article 44 du code civil à l'article 32 de la Constitution.

81 Opinion séparée dissidente du magistrat Andrés Ollero Tassara (§ 8).

82 L'article 179 du code civil espagnol traite des conséquences attachées à la perte de l'autorité parentale à l'égard de l'adopté.

ce contrôle devrait être différent selon l'orientation sexuelle des personnes adoptantes. Estimer que le contrôle en cause doit être différencié reviendrait à soutenir que lorsque le couple souhaitant adopter n'est pas hétérosexuel, il ne doit pas être autorisé à adopter ou qu'il doit être soumis à un contrôle renforcé, c'est-à-dire distinct. Sauf à vouloir mettre en place une discrimination, la jurisprudence constitutionnelle exige la démonstration d'une différence de situation que les requérants ne sont pas parvenus à mettre en évidence et ce que le législateur ne considère plus établi. Pour étayer sa démonstration, comme à son habitude, le Tribunal cite de très larges extraits de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et plus particulièrement de l'arrêt *Fretté* du 26 février 2002<sup>83</sup>. Bien que la Cour y ait jugé, à une faible majorité, que le refus des autorités françaises de l'adoption par des couples homosexuels n'était pas contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, au-delà de la solution d'espèce, il avait été souligné que cette décision, notamment par sa rédaction, était susceptible d'annoncer une évolution en la matière<sup>84</sup>. Le Tribunal constitutionnel espagnol, pour sa part, considère que le juge de Strasbourg n'a fait que reconnaître l'importante marge d'appréciation laissée aux États parties à la Convention en matière d'adoption, résultat d'une absence de consensus ; pour le reste, « l'État doit s'assurer que les personnes choisies pour adopter soient celles qui peuvent offrir, de tous les points de vue, les conditions d'accueil les plus favorables et, à ce sujet, il n'existe pas de certitude qui permette d'affirmer actuellement que ces conditions ne peuvent pas être fournies par un couple homosexuel »<sup>85</sup>, c'est-à-dire qu'il ne voit pas de raison objective et raisonnable susceptible de justifier le refus du droit d'adopter à un couple homosexuel marié, qui se trouve donc dans la même situation qu'un couple hétérosexuel marié.

L'arrêt va même plus loin en jugeant que le choix opéré par le législateur en 2005 a précisément pour objet de déférer à l'obligation née de l'article 39 de la Constitution : l'atteinte éventuelle à l'article 39, alinéa 2, ne pourrait résulter que d'une législation qui ne garantirait pas que la préservation de l'intérêt du mineur constitue l'objectif principal de la procédure d'adoption. Or, les dispositions du code civil, au contraire, prévoient que la décision juridictionnelle autorisant l'adoption devra toujours se fonder sur l'intérêt de l'enfant adopté et l'aptitude de l'adoptant ou des adoptants à exercer l'autorité parentale, « adéquation qui ne peut pas être en lien avec leur orientation sexuelle »<sup>86</sup>. Cette solution est la conséquence du point de vue adopté à propos du mariage : à partir du moment où l'ouverture du mariage était jugée conforme à la Constitution, le nouveau droit qui y est attaché et qui répond à la volonté d'assimiler mariage hétérosexuel et mariage homosexuel, en l'absence d'incapacité scientifiquement établie à élever un enfant, ne peut qu'être validé. L'opinion dissidente du juge González Rivas ne s'y trompe pas, qui souligne clairement le lien entre ces deux questions : « l'adoption conjointe ne peut être mise à la disposition des membres d'un couple de même sexe, car la prévision constitutionnelle issue de l'article 32.1 protège le mariage dans sa structure essentielle entendu comme l'union entre deux personnes de sexe différent, ce qui produit des conséquences contraignantes pour l'ensemble du droit de la famille, notamment pour la filiation et les relations entre parents et enfants »<sup>87</sup>.

83 Cour européenne des droits de l'homme, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 3651597.

84 I. POIROT-MAZÈRES, « De la gay pride... au Palais-Royal », *AJDA*, 2002, p. 401.

85 FJ 12.

86 FJ 12, *in fine*.

87 Opinion séparée dissidente formulée par le magistrat Juan José González Rivas (§ 5). Les opinions dissidentes formulées par deux autres magistrats retiennent la même analyse quant au lien logique unissant la question du mariage et celle de l'adoption ; Andrés Ollero Tassara relève ainsi que « Le

Peut-être la brièveté du Tribunal est-elle ici bienvenue : il nourrit la réflexion des observateurs sans s'engager dans des affirmations assimilables à l'expression d'opinions plutôt qu'à l'exposé de démonstrations rigoureuses. Regrettons alors que, au-delà de la validation de l'ensemble du dispositif, il n'ait pas su faire preuve de la même ascèse dans la formulation de l'ensemble de sa motivation. Pris entre le marteau d'un modèle de mariage qui ne pourrait être expressément modifié sans passer par une réforme de la Constitution, et l'enclume de l'interdiction d'un traitement distinct des couples homosexuels mariés, le Tribunal a tranché dans le sens de la conciliation. Confronté, une fois encore, à une évolution majeure de la société espagnole, le juge constitutionnel, alors même qu'il aurait parfaitement pu parvenir à la même solution en privilégiant une certaine économie de moyens, propre à assurer plus de solidité à son raisonnement, se laisse aller à quelques bavardages qui risquent de continuer à nourrir une controverse à peine éteinte.

---

questionnement quant à la constitutionnalité du mariage homosexuel [...] conditionne logiquement l'admission d'une possible adoption des mineurs dans le cadre de celui-ci » (§ 8), tandis que Ramón Rodríguez Arribas soutient que « la relation affective et sexuelle d'un couple de même sexe constitue une « vie privée » mais pas une « vie familiale » ». Cf. opinion séparée dissidente formulée par le magistrat Andrés Ollero Tassara et opinion séparée dissidente formulée par le magistrat.



## ÉTATS-UNIS

par Thomas PERROUD \*

**Brèves remarques sur l'arrêt Obergefell et al. v. Hodges, Director, HOhio  
Department of Health et al.**

*« The right to marry whoever one wishes is an elementary human right compared to which “the right to attend an integrated school, the right to sit where one pleases on a bus, the right to go into any hotel or recreation area or place of amusement, regardless of one's skin color or race” are minor indeed. Even political rights, like the right to vote, and nearly all other rights enumerated in the Constitution, are secondary to the inalienable human rights to “life, liberty and the pursuit of happiness” proclaimed in the Declaration of Independence ; and to this category the right to home and marriage unquestionably belongs. »*

Hannah ARENDT, *Dissent*, Hiver 1959

Dans ce texte, Hannah Arendt prenait position contre l'interdiction des mariages interraciaux, interdiction commune aux États-Unis alors. La Cour suprême lui donna raison dans l'arrêt *Loving v. Virginia* en 1967. La question posée en 2015 à la Cour suprême est tout à fait différente, mais l'arrêt *Loving* est présent dans le jugement et surtout le propos d'Hannah Arendt est très proche de l'idée défendue par le juge Kennedy, rédacteur de l'opinion majoritaire et rédacteur des deux autres grandes décisions normalisant la condition des homosexuels, la décision *Romer* de 1996 et la décision *Lawrence* de 2003. Cette décision est tout entière influencée par l'idée de liberté positive d'Isaiah Berlin et on ne peut aussi s'empêcher de penser non plus aux idées de Martha Nussbaum sur les capacités<sup>1</sup>. Parmi les dix éléments constitutifs de ces capacités nécessaires à l'épanouissement humain que Nussbaum identifie, certains sont liés à l'affiliation qu'elle définit ainsi : « Being able to live with and toward others, to recognize and show concern for other human beings, to engage in various forms of social interaction ; to be able to imagine the situation of another. » On verra que certains passages de l'opinion de Kennedy semblent entrer

\* Professeur à Aix Marseille Université, ILF GERJC CNRS UMR7318 DICE.

<sup>1</sup> Martha NUSSBAUM (2000), *Women and human development : the capabilities approach*. Cambridge New York : Cambridge University Press.

en résonnance avec cette vision et qu'en tout cas, elle est emblématique de l'enrichissement important que la notion de la liberté a connu au XX<sup>e</sup> siècle.

L'arrêt du 26 juin 2015 de la Cour suprême américaine met donc fin au débat ayant agité les différents États de la fédération sur la question de la reconnaissance du mariage des personnes de même sexe. La Cour suprême devait répondre ici à deux questions : le XVI<sup>e</sup> amendement, consacrant la liberté et l'égalité comme droits fondamentaux, impose-t-il aux États d'étendre la définition du mariage pour y inclure les personnes de même sexe, et impose-t-il aussi aux États de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe conclu dans un autre État des États-Unis ? La seconde question est assez négligée par les juges, aussi bien dans l'opinion majoritaire que dans les opinions dissidentes des juges Roberts, Scalia, Thomas et Alito, si bien que ce qui ressort véritablement de l'arrêt est la question de la constitutionnalité de la définition du mariage comme étant l'union d'un homme et d'une femme, à l'exclusion donc, des couples de même sexe.

Trois éléments nous semblent devoir être mis en relief ici : d'abord, le fondement essentiel de la décision est la liberté, ce qui n'allait pas de soi, et c'est d'ailleurs sur ce point que la Cour se divise entre les partisans d'une lecture vivante de la Constitution (*living constitution*) et les partisans de l'interprétation originaliste ; ensuite, cette décision est aussi fondée sur le principe d'égalité, mais elle est, sur ce point, beaucoup plus décevante ; enfin cette décision, qui semble marquer la victoire du clan progressiste de la Cour suprême, pose la question de la compétence de ces juges pour décider d'une question qui est traditionnellement du ressort des États.

Le fondement essentiel de la solution dérive d'une réflexion sur la liberté d'abord, la question de l'égalité est en réalité subsidiaire, ce que certains commentateurs ont d'ailleurs noté<sup>2</sup>. Le choix de ce fondement peut sembler étonnant. En France en effet, le débat politique a essentiellement porté sur la question de l'égalité.

La pomme de discorde entre l'opinion majoritaire et les opinions dissidentes semble bien être la définition même de la liberté, l'opinion majoritaire semble y inclure ce qu'Isaiah Berlin<sup>3</sup> a appelé la liberté positive, alors que les opinions dissidentes voudraient conserver une conception restrictive de la liberté protégée par la Constitution, la liberté négative.

Comment le juge Kennedy parvient-il à rattacher le droit au mariage à la question de la liberté ? Voici le cœur de la motivation de l'opinion majoritaire : « The right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty. The Court now holds that same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. No longer may this liberty be denied to them. *Baker v. Nelson* must be and now is overruled, and the State laws challenged by Petitioners in these cases are now held invalid to the extent they exclude same-sex couples from civil marriage on the same terms and conditions as opposite-sex couples ». On voit ici la parenté entre la pensée d'Arendt et celle de l'opinion majoritaire. L'arrêt *Baker v. Nelson* était le précédent établi par la Cour suprême en 1972 qui jugea que la limitation du droit au mariage aux personnes de sexe opposé, à l'exclusion des couples de même sexe, ne violait pas la Constitution.

2 Richard PRIMUS, *Obergefell : Wishing for some Equal Protection*, Friday, *Balkanization Blog*, June 26, 2015 : « One disappointment on a remarkable day : It's too bad that no Justice in the Obergefell majority saw fit to make a serious equal-protection argument ».

3 Isaiah BERLIN (1958) « Two Concepts of Liberty » in Isaiah BERLIN (1969) *Four Essays on Liberty*. Oxford : Oxford University Press.

Le droit au mariage est donc, pour l'opinion majoritaire, un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne. Quels arguments les juges ont-ils bien pu utiliser pour arriver à rattacher le droit au mariage à la liberté, et donc à la liberté positive au sens d'Isaiah Berlin, qui se définit comme un droit au développement personnel, comme la possession des biens et des capacités nécessaires à son épanouissement personnel ? Or, pour l'opinion majoritaire, la protection des libertés contenues dans le *Bill of Rights* s'étend aussi à certains choix personnels qui définissent l'identité personnelle et les croyances. Les deux arrêts que cite le juge Kennedy à l'appui de cette assertion sont les arrêts *Eisenstadt v. Baird* de 1972 et *Griswold v. Connecticut* de 1965. Que disent ces arrêts ? Ces arrêts apparaissent de prime abord comme très différents du problème soulevé dans *Obergefell*, car, dans les deux cas, ce sont des lois pénales qui sont contestées : dans le premier cas, il s'agit d'une loi du Massachusetts interdisant la distribution de contraceptif aux couples non mariés, et que la Cour suprême annule sur le fondement unique du principe d'égalité ; dans le second cas, une loi du Connecticut interdisait la distribution de toute forme de contraception sur le fondement de la violation du droit à la vie privée. Dans ce dernier cas cependant, le fondement de ce nouveau droit est rattaché, selon les juges, à des articles très différents de la Constitution, car nulle part le *Bill of Rights* ne mentionne ce droit à la vie privée : le juge William O. Douglas estime, avec l'opinion majoritaire, que ce droit est une émanation des autres droits et principes reconnus par la Constitution comme le droit de ne pas s'auto-incriminer contenu dans le V<sup>e</sup> amendement. Le juge Arthur Goldberg, dans une opinion concurrente, le rattache, lui, au IX<sup>e</sup> amendement (qui protège les droits du peuple qui ne sont pas spécifiquement énumérés par la Constitution). D'autres opinions concurrentes rattachèrent le droit à la vie privée au XVI<sup>e</sup> amendement et donc à la liberté. Comme dans l'arrêt *Obergefell*, la reconnaissance du droit à la vie privée procède donc d'une interprétation constructive de la Constitution.

C'est cette interprétation constructive, vivante pour reprendre le terme de Jack Balkin, qui est mobilisée ici pour reconnaître un droit au mariage aux personnes de même sexe. Le juge Kennedy le dit très clairement : « L'identification et la protection des droits fondamentaux font partie intégrante, et depuis toujours, du devoir juridictionnel d'interprétation de la Constitution. Cependant, cette responsabilité « ne peut être réduite à une seule méthode »... Elle requiert plutôt des tribunaux de mettre en œuvre un jugement rationnel consistant à identifier les intérêts fondamentaux de la personne que l'État ne peut violer. Ce raisonnement est guidé par les mêmes considérations que pour l'analyse des autres dispositions constitutionnelles qui établissent des principes larges et non des critères précis. L'histoire et la tradition doivent guider et encadrer cette enquête, mais n'en fixent pas de limite extérieure. Cette méthode respecte notre histoire et apprend d'elle sans permettre au passé seul de diriger le présent ».

C'est la raison pour laquelle l'opinion majoritaire commence par un récit, fortement documenté par la contribution d'historiens en *amicus curiae* : l'évolution du mariage et l'évolution de la condition juridique des homosexuels. Tout en restant central dans la société américaine, le mariage a profondément changé ; d'une institution marquée par la contrainte, elle repose désormais sur un accord de volonté ; d'une institution marquée par l'inégalité entre l'homme et la femme, elle est devenue égalitaire. Pour Kennedy, tous ces changements ont renforcé l'institution du mariage.

La question posée à la Cour suprême reflète aussi l'évolution de la société américaine concernant la question homosexuelle. On ne peut d'ailleurs s'empêcher de penser que le présent arrêt pourrait refléter une certaine mauvaise conscience de cette Cour qui a mis si longtemps à comprendre ce problème, particulièrement dans son

aspect pénal. Kennedy commence par égrener l'ensemble des discriminations juridiques auxquels les homosexuels étaient soumis : interdiction de devenir fonctionnaire, militaire, exclusion de la citoyenneté pour les étrangers en vertu des lois sur l'immigration, cibles de la police, considérés comme des malades mentaux pendant la plus grande partie du XX<sup>e</sup> siècle (ce que l'on voit bien dans la pièce de Tennessee Williams de 1958, *Soudain l'été dernier*).

Trois arrêts de la Cour suprême jalonnent l'histoire de la reconnaissance, et de la protection des homosexuels contre les discriminations : le premier est *Bowers v. Hardwick* de 1986, le deuxième est *Romer v. Evans* en 1996 et le troisième est *Lawrence v. Texas* en 2003. Dans l'arrêt *Bowers* (de 1986 !), la Cour suprême reconnaît la constitutionnalité d'une loi de Georgie criminalisant l'homosexualité, car la Constitution ne reconnaît aucun droit fondamental à pratiquer la sodomie entre personnes de même sexe. La lecture de l'arrêt est instructive quant au degré d'obscurantisme des juges de cette cour, en particulier l'opinion concurrente du *Chief Justice* Burger<sup>4</sup>. Ce n'est qu'en 2003 avec l'arrêt *Lawrence* que la Cour suprême comprit que la question constitutionnelle ne pouvait être de reconnaître ou pas la sodomie comme droit fondamental, question somme toute assez curieuse, mais que la question est bien de savoir si l'État a le droit d'interférer et d'imposer les choix sexuels majoritaires à des adultes ayant des rapports sexuels sur une base consensuelle. Le tournant semble bien être la décision *Romer* de 1996, dont l'opinion majoritaire est aussi (coïncidence ?) de la main de Kennedy. C'est un arrêt qui juge inconstitutionnel un amendement à la Constitution du Colorado interdisant à toutes les autorités publiques de l'État de prendre en compte l'homosexualité comme étant une catégorie protégée au titre des lois prohibant les discriminations. En se fondant sur le principe d'égalité, la Cour considéra que l'amendement constitutionnel créant cette discrimination n'était pas justifié par la poursuite par l'État d'un but légitime. Kennedy ne voit ainsi comme motivation derrière cet amendement que la haine et ne remplit donc aucun but légitime de politique publique.

Enfin, en 2003, *Lawrence v. Texas* (dont l'opinion majoritaire est aussi de Kennedy) met fin aux lois criminalisant la sodomie en jugeant que ce type de rapport sexuel relève de la liberté de chacun, protégée par le XIV<sup>e</sup> amendement. Ce n'est donc qu'en 2003 que les États-Unis mettent fin aux sanctions pénales frappant les homosexuels.

L'ensemble de ces jalons marque un changement de la société américaine. Or, c'est le rôle que la Cour suprême se donne que d'intégrer à son contrôle le changement des mentalités afin de faire vivre la Constitution. L'arrêt *Obergefell* en est une illustration éclatante. Nous avons parlé de mauvaise conscience de la Cour, et il est vrai que l'arrêt *Bowers* peut véritablement être considéré comme un arrêt félon. Kennedy ajoute ainsi : « Il est de la nature de l'injustice que de n'être pas évident à voir au moment présent [...] Lorsque de nouvelles idées révèlent une discordance entre les protections centrales accordées par la Constitution et des dispositions légales, il faut revendiquer le droit à la liberté ».

La décision *Obergefell* est donc au croisement de l'évolution des mentalités concernant la question homosexuelle et le mariage. La jurisprudence qui fait un lien entre la question des discriminations et la question du mariage – et qui pose donc un problème juridique assez proche de l'espèce *Obergefell* – est celle de l'interdiction

<sup>4</sup> Le *Chief Justice* Warren E. Burger invoque ainsi les racines anciennes de la prohibition de l'homosexualité. Il cite à l'appui de son avis Blackstone qui considère l'homosexualité comme « un crime infâme contre la nature », pire que le viol. Aussi affirme-t-il que de juger que la sodomie homosexuelle serait de quelque manière protégée en tant que droit fondamental serait mettre de côté des millénaires d'enseignement moral ».

des mariages interraciaux dans l'arrêt *Loving*. Dans cet arrêt la Cour suprême a reconnu que le mariage n'était rien moins qu'« un droit personnel vital essentiel à la poursuite régulière du bonheur par les hommes libres ». Dans un arrêt de 1978 *Zablocki v. Redbail*, la Cour annula une loi interdisant aux pères n'acquittant pas leur pension alimentaire de se marier. Encore une fois en 1987, la Cour reconnut une violation du droit au mariage par une disposition limitant le droit des prisonniers de se marier.

Le juge Kennedy identifie donc quatre principes dans la jurisprudence qui permettent de démontrer que le droit au mariage s'étend aux couples de même sexe :

- la jurisprudence a d'abord amplement mis en évidence que les choix personnels concernant le mariage sont inhérents à l'autonomie individuelle. Il y a donc un lien très fort entre les choix relatifs au mariage et la liberté. Les fondements de la protection du choix dans le cadre du mariage sont donc l'autonomie personnelle et la vie privée, il s'agit d'un choix intime dans lequel l'État ne peut intervenir. C'est ici que le jugement sent le plus l'eau de rose. A-t-on réellement besoin, pour prouver que le choix de son partenaire dans la vie relève d'un choix personnel, de promouvoir à ce point le mariage, car c'est cet aspect de la décision qui semble au final le plus anachronique par rapport à la société américaine, dans laquelle la majorité des individus vivent seuls ? Le juge cite ainsi la Cour suprême du Massachusetts qui décrit ainsi le mariage : « it fulfils yearnings for security, safe haven, and connection that express our common humanity, civil marriage is an esteemed institution, and the decision whether and whom to marry is among life's momentous acts of self-definition »<sup>5</sup>. À n'en pas douter, les juges américains sont davantage lecteurs de Jane Austen que de George Eliot. En tout cas, il est évident dans cette décision, que l'extension du mariage aux homosexuels se fait par la promotion symbolique du mariage comme institution centrale de la société. À aucun moment d'ailleurs les juges n'envisagent la solution de l'union civile avec les mêmes droits (et d'ailleurs les opinions dissidentes non plus, preuve supplémentaire de leur mauvaise foi).

- Le second principe sur lequel l'opinion majoritaire fait reposer le droit au mariage des couples de même sexe est l'importance du droit au mariage en ce qu'il soutient l'union de deux personnes comme aucune autre. Cet argument n'est pas très clair. Au fond, on a l'impression que le juge Kennedy rattache ici le droit au mariage à la sécurité : « Marriage responds to the universal fear that a lonely person might call out only to find no one there. It offers the hope of companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other. » Alors que le droit au divorce, gagné de haute lutte, amenait à considérer le mariage comme un joug insupportable, cette décision semble au contraire marquer un reflux. Ne faut-il pas y voir une marque que la société américaine, ayant supprimé la plupart des protections sociales depuis les années quatre-vingt, voit dans le mariage le dernier rempart contre la précarité ? Comment relier cette conception du mariage à la condition des homosexuels et l'étendre à ceux-ci ? Curieusement, Kennedy reprend ici l'arrêt *Lawrence*, qui criminalisait les relations homosexuelles masculines. Il ne prend d'ailleurs pas la peine de justifier le passage de *Lawrence* qui reconnaît la dignité des relations homosexuelles en interdisant leur criminalisation à *Obergefell* qui étend le droit au mariage : « But while Lawrence confirmed a dimension of freedom that allows individuals to engage in intimate association without criminal liability, it does not follow that freedom stops there. Outlaw to outcast may be a step forward, but it does not achieve the full promise of liberty. » Or, c'est ici que le bât blesse. Pour les opinions dissidentes justement la liberté protégée par la Constitution ne peut servir qu'à protéger les

5 GOODRIDGE, 440 Mass., at 322, 798 N. E. 2d.

individus contre l'État, mais elle ne leur donne pas un droit à appartenir à certaines institutions civiles et notamment le mariage. On sent certainement ici l'influence de toute la réflexion intellectuelle américaine sur l'idée de justice depuis Rawls et sa réactualisation par Amartya Sen et Martha Nussbaum, lorsque ces derniers développent l'idée de capabilité. On peut comprendre que l'idée sous-jacente de Kennedy est que l'union de deux personnes est indispensable à l'épanouissement individuel. Il se réfère donc à une conception positive et riche de la liberté, très éloignée de la tradition issue de Mill de la liberté comme non-interférence.

- Le troisième fondement est la protection des enfants et des familles. Dans l'arrêt *Zablocki* en effet, la Cour suprême avait considéré que « [T] he right to 'marry, establish a home and bring up children' is a central part of the liberty protected by the Due Process Clause. » Là encore, l'extension du droit au mariage aux couples de même sexe s'impose pour la protection de leurs enfants. C'est peut-être là où l'on voit le mieux le réalisme de la Cour suprême, dans la conscience de l'opinion majoritaire de l'importance et de la nécessité de pouvoir donner une forme, un cadre juridique aux familles homoparentales qui existent de fait. Et c'est là où le raisonnement des juges parle véritablement de la société américaine telle qu'elle est : « des centaines de milliers d'enfants sont à présent élevés par de tels couples ». Ici encore l'apport des amis de la Cour est déterminant. De surcroît, le droit a sanctionné cette évolution en permettant, dans de nombreux États, aux gays d'adopter des enfants. L'absence de cadre juridique pour ces familles est donc considérée – à juste titre – comme un inconvénient pour ces enfants. L'évolution de la société a en effet permis l'apparition de nombreuses familles homoparentales, et celles-ci, comme toute famille, ont besoin d'un cadre juridique. Or, souvent, c'est l'absence de réaction du législateur qui impose au juge d'agir. Peut-on laisser des familles dans une zone de non-droit ? Le seul cadre juridique existant permettant de faire face à toutes les obligations familiales est le mariage. Ici donc, le raisonnement du juge part de la base, du changement de la société, changement que le droit doit accompagner et l'on voit très bien dans ce cas comment la Constitution est utilisée pour forcer le droit à coller aux évolutions de la société.

- Quatrièmement, l'évolution de la jurisprudence est rendue nécessaire par l'importance même du mariage dans la société américaine, importance centrale, qu'Alexis de Tocqueville avait lui-même observée dans son maître ouvrage, et Kennedy ne manque d'ailleurs pas de le citer. L'importance centrale du mariage rend l'exclusion des couples homosexuels de cette institution insupportable. Cette exclusion les stigmatise et leur porte préjudice. Ici, l'objectif de Kennedy semble évident : montrer que cette extension se rattache à la conception traditionnelle du libéralisme, la liberté comme non-interférence. En interdisant le mariage aux couples de même sexe, l'État ne fait que prendre à son compte des préjugés religieux et interfère donc avec leur choix. Ici, Kennedy ajoute comme argument la violation du principe d'égalité. Il rattache d'ailleurs liberté et égalité : pour l'opinion majoritaire, les deux droits sont intimement reliés, comme la décision *Loving* l'atteste. Dans la décision *Loving* en effet l'annulation de la loi repose sur la liberté et sur l'égalité. Mais ici, le contrôle du droit au mariage au prisme du principe d'égalité n'est pas orthodoxe. On le comprend d'ailleurs, car le mariage n'exclut pas volontairement les homosexuels et il est rare de trouver une loi qui les en exclut explicitement. Cette interdiction est implicite et résulte de la définition millénaire du mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Le mariage n'inclut tout simplement pas les homosexuels. Il est donc difficile dans ce cas d'utiliser la grille d'analyse du contrôle des discriminations pour s'interroger sur le fait que la discrimination en question est reliée de manière rationnelle et nécessaire au but de politique publique recherché par l'État. Dans la décision *Loving* la prohibition des mariages interraciaux était

consciente, recherchée par les textes, le racisme y est évident. On ne peut en dire autant pour la définition du mariage, comme étant l'union d'un homme et d'une femme, ce que l'opinion dissidente du *Chief Justice* Roberts ne manque pas de signaler. On comprend donc pourquoi Kennedy choisit comme angle principal d'attaque la liberté.

La dernière partie de l'opinion majoritaire est consacrée à réfuter l'argument d'une usurpation, par les juges de la Cour suprême, du rôle de législateur. C'est précisément sur ce point que portent les opinions dissidentes. Cet argument est cependant de mauvaise foi : Scalia par exemple n'a pas hésité à prendre parti pour l'annulation de lois fédérales comme le *Civil Rights Act* de 1965. Comme le fait remarquer Jack Balkin : « The arguments of the dissenters in *Obergefell* for judicial restraint and respect for democratic deliberation would sound a lot more convincing if they hadn't all joined the opinion in *Shelby County v. Holder*. *Shelby County* is truly made up out of whole cloth, and it strikes down key parts of an important civil rights statute passed by overwhelming majorities in Congress. Indeed, at oral argument in *Shelby County* Justice Scalia suggested that the very fact that the Voting Rights Act was passed by such overwhelming margins is a reason that the courts needed to strike it down. Talk about five lawyers undermining democracy and imposing their ideological convictions on the rest of the country »<sup>6</sup>. On pourrait aussi ajouter que Scalia ne s'est pas rallié non plus à l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Lawrence*. Relisons ce que Scalia a pu écrire en 2003 : « Today's opinion is the product of a Court, which is the product of a law-profession culture, that has largely signed on to the so-called homosexual agenda, by which I mean the agenda promoted by some homosexual activists directed at eliminating the moral opprobrium that has traditionally attached to homosexual conduct.... [T]he Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed ». Il utilisa aussi l'argument moral bien connu de la pente glissante : « State laws against bigamy, same-sex marriage, adult incest, prostitution, masturbation, adultery, fornication, bestiality, and obscenity are likewise sustainable only in light of *Bowers'* validation of laws based on moral choices. » Il fallait donc, pour Scalia, que la Cour suprême permette aux États de prendre des lois sur la base de choix moraux. Dans *Obergefell*, Scalia utilise surtout l'argument du caractère antidémocratique de la décision de la Cour suprême. Il est vrai que cet argument est particulièrement pertinent, car il s'agit d'un domaine, le droit de la famille, qui est traditionnellement du ressort des États. La question fédérale est donc particulièrement saillante ici. Mais pas davantage que concernant les lois pénales impliquées dans l'arrêt *Lawrence*, car le droit pénal est aussi, et traditionnellement, une compétence des États. Scalia reprend en outre son cheval de bataille : la Cour suprême représente l'élite et se moque du peuple : « Take, for example, this Court, which consists of only nine men and women, all of them successful lawyers who studied at Harvard or Yale Law School. Four of the nine are natives of New York City. Eight of them grew up in east- and west-coast States. Only one hails from the vast expanse in-between. Not a single South- westerner or even, to tell the truth, a genuine Westerner (California does not count). Not a single evangelical Christian (a group that comprises about one quarter of Americans), or even a Protestant of any denomination. The strikingly unrepresentative character of the body voting on today's social upheaval would be irrelevant if they were functioning as *judges*, answering the legal question whether the American people had ever ratified a constitutional provision that was understood to proscribe the

6 Jack BALKIN, *Obergefell and Shelby County – and Lochner – and Roe*, *Balkanization Blog*, Friday, June 26, 2015.

traditional definition of marriage. But of course the Justices in today's majority are not voting on that basis ; *they say they are not*. And to allow the policy question of same-sex marriage to be considered and resolved by a select, patrician, highly unrepresentative panel of nine is to violate a principle even more fundamental than no taxation without representation : no social transformation without representation. » Mais l'argument ne porte évidemment pas dans la bouche de Scalia qui n'hésite pas, comme l'a montré Jack Balkin, à écarter la volonté populaire quand celle-ci est contraire à ses convictions profondes.

L'argument de la pente glissante est aussi repris dans l'opinion du *Chief Justice* Roberts, ce qui montre bien que la pomme de discorde ne porte pas tant en réalité sur le caractère antidémocratique de la décision que sur son mérite. La question est bien désormais : quelles bornes peut-on légitimement mettre à la protection, par la Constitution, des évolutions sociales ? Le *Chief Justice* s'interroge en effet sur l'ouverture du mariage aux couples de trois personnes.

C'est donc bien l'autorité du passé qui divise la Cour. Pour les opinions dissidentes, cette autorité impose la prudence dans le bouleversement de l'institution du mariage et une interprétation de la Constitution conforme à l'intention de ses rédacteurs (et il ne fait aucun doute à cet égard que les rédacteurs de la Constitution n'envisageaient pas le droit au mariage comme pouvant s'étendre aux homosexuels – mais envisageait-il alors que celui-ci pût comprendre les mariages interraciaux ?). C'est aussi la conception de la liberté qui les divise : pour le *Chief Justice* ainsi que pour Scalia et Thomas, la liberté est un bouclier et pas une épée. Elle ne peut servir à étendre les bénéficiaires d'une institution qu'elle a toujours exclus parce qu'elle était centrée sur la procréation. Sur ce point d'ailleurs l'opinion majoritaire n'est pas en désaccord puisque leur troisième argument porte précisément sur la protection juridique des enfants.

Finalement, l'opinion majoritaire établit, semble-t-il, un équilibre entre tradition et modernité. L'autorité du passé en sort préservée, car le jugement magnifie l'institution du mariage. L'opinion de Kennedy est une longue louange, un éloge du mariage dans le plus pur sens du terme. Certains passages reprennent d'ailleurs les mots du rite du mariage. Kennedy fait aussi un lien direct entre mariage et procréation, puisqu'il prend même la peine de dire que ces propos ne doivent pas être interprétés comme méprisant les couples ayant choisi ou ne pouvant pas avoir d'enfant. Mais moderne, car il en étend les titulaires à la race des bannis.

Il ne faut cependant pas penser que le problème est définitivement réglé. La question qui se posera à l'avenir et qu'abordent les juges est la légalité pour les religions de continuer à discriminer les homosexuels. *A priori*, rien ne devrait les en empêcher. Or, c'est précisément sur ce point que le droit à l'avortement est aujourd'hui détricoté aux États-Unis, comme la décision *Hobby Lobby* l'atteste. Reva Siegel et Linda Greenhouse nous alertent d'ailleurs dans un article à paraître sur la nouvelle bataille qui s'annonce sur le droit des femmes à l'avortement, montrant, s'il en était besoin, que la conquête des droits n'est jamais terminée<sup>7</sup>.

---

7 Linda GREENHOUSE, Reva SIEGEL, « Casey and the Clinic Closings : When "Protecting Health" is an Undue Burden », June 22, 2015, *Yale Law Journal*, à paraître.

## FRANCE

*par Alexandre VIALA \**

*La consécration du droit naturel moderne  
dans la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage gay*

Dans un ouvrage de philosophie du droit, Simone Goyard-Fabre faisait part il y a quelques années des embarras que suscite, depuis les origines de la pensée juridique, la question du droit naturel<sup>1</sup>. Ces difficultés sont toujours d'actualité même s'il peut paraître déconcertant de s'intéresser aujourd'hui au droit naturel et de regarder semblable notion comme constitutive d'une dimension contemporaine. Il est bien connu que le XX<sup>e</sup> siècle, marqué par l'immense influence de Kelsen, a définitivement converti la majorité des juristes au positivisme juridique. Si la notion de droit naturel a subi dans la pensée juridique une nette relégation, il est encore plus improbable d'en apercevoir l'usage dans l'univers contentieux depuis que le juge dispose, dans le droit positif, de normes de référence enrichies de l'apport de sa propre jurisprudence, notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Il serait néanmoins hâtif de négliger le droit naturel dont certaines tendances ont pu inspirer le développement de cette construction jurisprudentielle. Le développement et les progrès de l'État de droit sont en effet l'histoire d'une inclusion progressive au sein du droit positif de revendications diverses et successives naguère portées sous la bannière de l'École dite moderne du droit naturel. La décision récente du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 relative au « mariage pour tous »<sup>2</sup> est particulièrement représentative de cette évolution qui est aussi l'histoire, chemin faisant, de la défaite politique du droit naturel classique.

Dans leur réponse au recours des parlementaires contre la loi reconnaissant aux homosexuels le droit de se marier, les sages ont en effet affirmé, au considérant 21, « que doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme ». Par ces mots, le Conseil clôt l'épisode législatif et contentieux de l'adoption de la loi sur le mariage pour tous en donnant le sentiment de congédier de façon définitive le droit naturel. La décision demeure en réalité symptomatique de la vivacité de cette notion et, autour d'elle, de

\* Professeur à l'Université de Montpellier, Directeur du CERCOP.

1 S. GOYARD-FABRE, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Vrin, 2002.

2 CC, déc. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Rec., p. 721.

la querelle des Anciens et des Modernes. C'est qu'en faisant valoir que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme, les requérants adoptaient un raisonnement caractéristique de la dimension aristotélicienne du droit naturel. Sans rentrer dans le détail exhaustif de la distinction entre le droit naturel des Anciens et celui des Modernes, on sait en effet que d'Aristote à Saint-Thomas d'Acquin, le premier repose sur la thèse de la consubstantialité entre l'être et le devoir être et sur la certitude qu'il est permis d'inférer de l'ordre naturel des choses des conclusions éthiques et normatives. Ainsi s'explique le lien établi entre l'ordre naturel de la reproduction qui exige l'union d'un homme et d'une femme et l'institution matrimoniale. Celle-ci ne peut, sur le plan normatif, qu'être ce que la nature exige qu'elle soit : hétérosexuelle. Fondée par ailleurs sur une métaphysique essentialiste consistant à réifier les universaux, c'est-à-dire à leur prêter une réalité que les Modernes leur dénieront, la conception classique du droit naturel cultive une vision téléologique et holiste de la famille en réputant le mariage non pas comme un contrat qui relie deux individus, mais comme une institution mue par une finalité, la reproduction de l'espèce.

De Guillaume d'Occam aux contractualistes du XVII<sup>e</sup> siècle, la conception moderne du droit naturel est symétriquement inverse. Reposant sur la thèse de la séparation de l'être et du devoir être, elle est artificialiste et fonde l'égalité entre les individus non pas sur la nature, pourvoyeuse en elle-même d'inégalités et de hiérarchies, mais sur la raison. En refusant de prêter à la nature une quelconque finalité normative, le droit naturel moderne promeut une vision conventionnaliste de la famille en tenant le droit pour l'instrument conçu librement par des individus réputés égaux. Parmi ces instruments, figure le mariage qui sera réputé non pas comme une institution objective, mais comme un contrat. Par son verdict, le Conseil constitutionnel s'est incontestablement rangé, sans le revendiquer ouvertement, du côté de cette vision moderne du droit naturel en réfutant l'argumentaire des requérants qui firent valoir que le mariage était *naturellement* l'union d'un homme et d'une femme. De leur côté, pour maximiser leur chance de succès, les adversaires de la loi sur le mariage pour tous se sont gardés d'invoquer le droit naturel en habillant leur jusnaturalisme sous le manteau du droit positif. Tel est, à mon sens, la leçon à tirer de cet épisode contentieux : si la référence explicite au droit naturel est totalement absente du discours juridique proféré tant par le juge que par les requérants à l'appui de leur recours, son fantôme demeure incontestablement présent dans les fondements mêmes de leur argumentaire. C'est ainsi que les adversaires du mariage pour tous ont exhumé, sans l'énoncer explicitement, les vieux schèmes du droit naturel classique en instrumentalisant la législation républicaine sur le mariage (I) quand le Conseil constitutionnel, en se contentant d'affirmer dans leur réponse, que la définition du mariage relevait de la souveraineté du Parlement, a utilisé fort opportunément des arguments de type légicentriste pour consacrer, sans le dire, la victoire idéologique du droit naturel moderne (II).

#### I.- L'EXHUMATION DU DROIT NATUREL CLASSIQUE DERRIÈRE LE MASQUE DE LA LÉGISLATION RÉPUBLICAINE SUR LE MARIAGE

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, dans l'élan du légalisme dont le Code civil est la plus parfaite expression, le droit naturel est devenu une expression taboue. Aujourd'hui, au XXI<sup>e</sup> siècle, les 170 professeurs de droit qui ont mené la fronde contre le projet de loi sur le mariage pour tous en rédigeant une lettre ouverte aux sénateurs, ne se sont pas fondés sur le droit naturel, mais sur le droit civil<sup>3</sup>. Dans leur élan, les

3 <http://lamanifdesjuristes.free.fr/Lettreauxsenateurspar170profsdedroit.pdf>.

parlementaires requérants hostiles à la loi ont indirectement fondé leur argumentaire sur le droit positif tiré du Code civil en invoquant une législation républicaine qu'ils considéraient comme digne d'être érigée au rang constitutionnel au terme d'un raisonnement consistant à instrumentaliser singulièrement la loi (A). Une instrumentalisation qui rappelle étrangement le sophisme naturaliste caractéristique de la rhétorique du droit naturel classique (B).

#### A.- L'instrumentalisation du Code civil

L'un des moyens soulevés par les requérants consistait à invoquer un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), selon lequel « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » (cons. 18). En raison de sa constance, la législation bourgeoise sur le mariage devait, à leurs yeux, être érigée au rang de PFRLR. L'histoire législative leur donnait à cet égard raison : l'article 75 du Code civil dispose clairement que l'officier d'état civil « recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour *mari* et *femme* », tout comme l'article 144 du Code civil énonce que « l'*homme* avant dix-huit ans révolus, la *femme* avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage », de même qu'on découvre dans la loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce l'allusion explicite au *mari* et à la *femme* et dans la loi du 13 juillet 1907 relative à la contribution des époux aux charges du mariage des articles régissant les rapports respectifs du *mari* et de la *femme*. Nul ne pouvait donc contester aux requérants la continuité du principe de l'hétérosexualité du mariage.

Mais ce que disent régulièrement ces lois dans leur stricte dimension sémantique est une chose. Ce que vaut ce qu'elles énoncent, dans la hiérarchie normative, fût-ce de façon constante, en est une autre. Pour regarder ce qu'énonce un ensemble de lois républicaines comme digne d'être érigé au rang de principe constitutionnel, le Conseil constitutionnel s'est depuis longtemps fixé un autre critère, comme on le sait, venant s'ajouter à celui de la constance sémantique du principe<sup>4</sup>. Il faut que le principe, devant figurer dans des lois républicaines antérieures à 1946 sans n'avoir jamais été contrarié par une quelconque autre loi, soit « fondamental ». Or, ce critère substantiel n'a pas l'objectivité de celui de la constance. Par nature subjective, une telle condition implique que seul le Conseil est à même de dire ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas. Seul l'organe qui délivre l'interprétation authentique, celle à laquelle l'ordre juridique confère l'autorité de la chose jugée, est souverain dans le pouvoir de ranger ou non un principe dans la catégorie des PFRLF. Tout se passe comme s'il y avait, entre la récurrence d'un principe républicain antérieur à 1946 qui relève du recensement objectif du fait législatif, et la reconnaissance de sa fondamentalité qui participe du jugement de valeur, un saut qualitatif que seul le juge constitutionnel peut accomplir, sauf à présupposer l'existence d'une fondamentalité en soi. C'est l'appréciation subjective du Conseil constitutionnel qui permet de savoir si tel principe est objectivement un PFRLR. Ce saut qualitatif, qui est de l'ordre de la volonté et non de la connaissance, ne va pas de soi. Il est la manifestation d'une souveraineté qui, en termes de philosophie juridique, illustre l'irréductible dualité entre le fait et la norme que les 170 professeurs de droit feignaient d'ignorer en empruntant, dans l'exploitation qu'ils firent du droit positif tiré du Code civil, une méthodologie digne de la tradition du droit naturel classique. Une tradition selon laquelle de ce que quelque chose est, quelque chose doit être comme en atteste le raisonnement qui consiste à fonder l'interdiction du mariage homosexuel (ce qui doit être) sur le caractère

<sup>4</sup> CC, décis. n° 88-244, 20 juillet 1988 DC, *Loi portant amnistie*, Rec., p. 119.

hétérosexué de la reproduction de l'espèce (ce qui est). Bien conscients que l'usage de la rhétorique naturaliste est aujourd'hui suranné, les juristes hostiles au mariage gay ont jeté leur dévolu sur le droit positif tiré du Code civil en utilisant le même type de sophisme naturaliste : de ce que l'interdiction du mariage homosexuel est régulièrement énoncée dans des lois républicaines, le Conseil constitutionnel doit le considérer comme fondamental comme s'il y avait un lien de causalité non pas entre deux faits – ce qui est le propre de tout lien de causalité –, mais entre le fait que constitue la régularité historique d'une législation républicaine et la valeur (constitutionnelle) de celle-ci que le juge devrait reconnaître !<sup>5</sup> Parce que chacun sait bien, aujourd'hui, qu'une argumentation juridique fondée sur des considérations empruntées directement aux lois de la nature relève d'un autre temps, il fallait puiser dans le fait législatif républicain, les ressources argumentatives permettant de soutenir, dans les mêmes conditions épistémologiques, une thèse identique à celle à laquelle conduit la rhétorique aristotélico-thomiste consistant à interpréter les faits naturels en termes normatifs. C'est avec les matériaux du droit positif que les adversaires du mariage pour tous transgressaient, dans la plus pure tradition du droit naturel classique, la loi de Hume interdisant d'inférer une norme à partir d'un fait<sup>6</sup>.

### B.- La transgression de l'interdit humien

Si l'on devait raisonner en termes de causalité, dont tout juriste inspiré des idéaux de la doctrine classique du droit naturel utilise indûment les ressources pour justifier, sur le dos de la régularité des faits, ses propres jugements de valeur, nous devrions regarder la réponse du Conseil constitutionnel aux adversaires du mariage gay comme un test falsifiant leur hypothèse. Mais raisonner en ces termes est en soi-même une forme de concession à leur sophisme. C'est qu'en matière juridique et contentieuse, il n'est question ni de vérité ni de fausseté. Il n'est ni vrai ni faux de déclarer que l'hétérosexualité du mariage est ou n'est pas un principe fondamental. Prétendre qu'il est fondamental en invoquant la récurrence de la législation républicaine à son endroit, c'est ériger ses propres et subjectifs jugements de valeur en vérités objectives au terme de ce que Georges Edward Moore appelait le sophisme naturaliste<sup>7</sup> qu'on croyait légitimement et heureusement discrédité par la doctrine juridique contemporaine.

En préservant la liberté du législateur de décider d'étendre le champ d'application du droit au mariage sans lui opposer une législation républicaine qu'il a souverainement décidé de ne pas regarder comme fondamentale, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, administré la preuve de la stérilité d'un tel sophisme. Ce faisant, il évacue de façon définitive tout argument, symptomatique d'un

<sup>5</sup> L. CANDIDE (pseudonyme), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 oct. 2012, n° 278, p. 7 ; P. DELVOLVÉ, « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 nov. 2012, p. 17 ; F-X BRÉCHOT, « La constitutionnalité du "mariage pour tous" en question », *JCP G*, n° 51, 17 déc. 2012, doct. 1388. Pour une critique de cette inférence, cf., X. DUPRÉ DE BOULOIS et D. ROMAN, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », D. ROUSSEAU, « Le "mariage pour tous" relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2012, p. 5 A. VIALA, « Un PFRLR contre le mariage gay ? quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2013, chron. n° 4. Pour une réponse à la critique, cf., A-M LE POURHIET, « Un PFRLR contre le mariage gay, réponse à Alexandre Viala », *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2013, chron. n° 5 : J. ROUX, « Le mariage pour tous et la Constitution. La méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2013, chron. n° 6, <http://rdlf.upmf-grenoble.fr>

<sup>6</sup> D. HUME, *Traité de la nature humaine*, 1737, Oxford, Clarendon Press, 1965, p. 469, tr. A. Leroy, Paris, Aubier, II, p. 585.

<sup>7</sup> G. W. MOORE, *Principia ethica*, 1903, trad. M. Gouverneur, revue par R. Ogien, Paris, Puf, 1998.

jusnaturalisme d'un autre âge – celui des Anciens – aux termes duquel « le mariage serait naturellement l'union d'un homme et d'une femme ». Un argument dont le professeur Anne-Marie Le Pourhiet, dans sa critique de la décision du 17 mai 2013, s'est fait l'écho et qui ne fait manifestement pas justice du statut pragmatique des énoncés normatifs. Selon cet auteur, en refusant d'essentialiser le mariage, le Conseil constitutionnel ouvrirait une boîte de Pandore en tolérant qu'à l'avenir le législateur puisse « décider que la terre est plate, que le soleil se lève à l'Ouest ou que les poules ont des dents » ! Et plus loin, d'ajouter que « le Conseil constitutionnel ne contrôle pas l'erreur de fait, à l'inverse de son voisin du Palais-Royal »<sup>8</sup>. Étonnante indignation de la part d'un juriste qui, au XXI<sup>e</sup> siècle, feint d'ignorer que la signification d'un énoncé normatif ne porte pas sur ce qui est, mais sur ce qui doit être et qu'à l'inverse des énoncés propositionnels, les normes ne disent pas ce qu'est le monde, mais le construisent<sup>9</sup>. Elles sont, d'un point de vue pragmatique et à l'instar de la définition juridique du mariage, des énoncés performatifs radicalement étrangers à la description anatomique des poules ou à la leçon d'astronomie sur la trajectoire céleste du soleil. Par où l'on voit que certains, sans même se cacher pudiquement derrière le voile du Code civil et de la législation républicaine, éprouvent encore le besoin d'utiliser la rhétorique anachronique du jusnaturalisme des Anciens pour soutenir leur argumentation.

Loin d'être naturellement l'union d'un homme et d'une femme, le mariage est ce que le législateur dit qu'il est, c'est-à-dire un *artefact* qu'il n'appartient pas au juge, dénué de légitimité démocratique, de concevoir. Ce nominalisme juridique est au cœur du jusnaturalisme des Modernes dont le légicentrisme du Conseil constitutionnel, qui ne reconnaît qu'au Parlement le droit d'étendre le champ d'application du droit au mariage, porte l'empreinte.

## II.- LA CONSÉCRATION DU DROIT NATUREL MODERNE SOUS LE SCEAU DU LÉGICENTRISME

En situant le droit improprement qualifié de *naturel* dans le *cogito* et la raison du Sujet, au terme d'un processus d'arrachement à la nature, le jusnaturalisme moderne fait obstacle à ce genre de dérive consistant à fondre l'éthique et les valeurs dans le registre indicatif de la connaissance des faits. D'ailleurs, chacun sait que cette conception jusnaturaliste du droit qui puise ses racines philosophiques dans le nominalisme et dans les doctrines du contrat social fraye la voie au volontarisme et au légicentrisme. Un droit qui n'est plus considéré comme naturel, mais, plus conventionnellement, *tenu pour* tel, ne tient plus sa légitimité que de la volonté du souverain. Postuler abstraitement la liberté et l'égalité naturelles des individus, indépendamment de toute livrée et autre particularisme auxquels chacun d'entre eux, concrètement, se trouve arrimé, suppose que seul le législateur détermine, comme le dira l'auteur du *Léviathan*<sup>10</sup>, ce qui est juste et injuste. Une telle posture légicentriste (A) traduit l'engagement axiologique du Conseil en faveur du droit naturel moderne (B).

8 A.-M. LE POURHIET, « Le mariage de Mamère et la “Constitution de mon père” », *Constitutions*, 2013, p. 166.

9 B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel*, Hermann Editeurs, 2007.

10 Th. HOBBS, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. F. Tricaud, Dalloz, 1999.

### A.- La posture légicentriste du Conseil constitutionnel

C'est ainsi que la liberté des modernes ne se pense plus en considération de ce qu'enseignent les lois naturelles, mais se conçoit à partir de la distinction entre ce qui est possible et ce qui est permis. Quand le possible est déterminé par une loi naturelle, le permis est arbitrairement concédé par une norme juridique, de sorte que l'impossibilité établie par une loi naturelle d'unir deux personnes du même sexe pour engendrer la vie ne saurait faire obstacle à une règle autorisant ces mêmes personnes à s'unir pour adopter un enfant. Dans la littérature contractualiste, tout particulièrement celle de Thomas Hobbes, le contrat social d'où les lois des gouvernants tirent leur légitimité, est un acte de pure souveraineté et ne procède pas de ce que le philosophe anglais appelait, par opposition au *jus naturale*, la *lex naturalis*. Pour bien comprendre la modernité du *Léviathan*, il convient en effet de porter une attention particulière sur la subtile distinction, présente dans le vocabulaire hobbesien, entre la loi naturelle (*lex naturalis*) et le droit naturel (*jus naturale*). Le droit naturel est le résultat d'un *a priori* métaphysique par lequel Hobbes postule l'existence, chez l'homme, d'une liberté et d'un pouvoir infinis sur ses semblables et sur les choses qui l'entourent<sup>11</sup>. Tenu pour naturel, il est en réalité un décret de la volonté. Découverte par la raison, en revanche, la loi de nature (*lex naturalis*) est authentiquement naturelle. Elle est celle qui énonce une contrainte naturelle et logique aux termes de laquelle l'exercice illimité, par l'individu, de son droit de nature (*jus naturale*) ne peut que nuire à sa propre liberté et lui coûter la vie. Parce que « l'homme est un loup pour l'homme », la loi de nature enseigne que l'usage sans borne du droit de nature – qui peut aller jusqu'à le conduire à tuer son prochain – entraîne paradoxalement l'anéantissement de ce même droit de nature<sup>12</sup>. D'où la nécessité, toujours aussi paradoxale, pour l'homme, de renoncer, afin de le sauvegarder, à son propre droit de nature en le mettant à la disposition du souverain. Le droit naturel sera alors ce que la loi dit qu'il sera, comme le montrera la rédaction de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 qui renvoie systématiquement à la loi le soin de mettre en œuvre les droits naturels proclamés en son article 1<sup>er</sup>. C'est cette concession faite à la loi positive, chargée de définir la consistance des droits naturels subjectifs, qui prouve par elle-même le caractère

11 La dimension métaphysique du *jus naturale* réside en ceci que ce qui est naturel, la liberté, est envisagé comme un droit. Or, la *nature* n'a offert à l'homme aucun droit car les droits ne sauraient lui être octroyés que par une volonté législatrice et n'appartenir dès lors qu'au domaine de la *culture* juridique mais elle lui a conféré, comme s'accordent à le dire tous les anthropologues, une capacité d'autodétermination dont l'animal est, quant à lui, totalement dépourvu. C'est cette capacité d'autodétermination qu'on appelle « liberté » et qu'on oppose au déterminisme. Elle traduit chez l'homme l'existence spécifique d'une faculté psychique qui n'est rien d'autre que la *volonté* ou la *volition* (P. AMSELEK, *Science et déterminisme, éthique et liberté. Essai sur une fausse antinomie*, Paris, Puf, Questions, 1<sup>re</sup> éd. 1988). Cette liberté fait de l'homme, dans ses comportements sociaux, un être imprévisible c'est-à-dire un objet scientifique dont la particularité est de ne pas pouvoir être appréhendé, sauf dans sa dimension purement biologique, en termes causalistes comme c'est en revanche le cas de tout autre objet auquel s'intéresse la science. C'est peut-être en raison de cette paradoxale aptitude naturelle de l'homme à s'extraire du déterminisme naturel dans lequel est enfermé l'animal, paradoxe qualifié par Kant de « ruse de la nature », que la philosophie juridique moderne répute « naturel » un droit qui par définition, en tant qu'il est un droit, relève du domaine culturel. Bref, le droit naturel *moderne* (le droit subjectif) est un droit *réputé* naturel.

12 Chez Hobbes et les Modernes, le droit naturel est un droit subjectif tellement illimité et absolu que son exercice génère un chaos auquel seul un État fort peut faire face. Telle est la faille théorique exploitée par les contempteurs de la modernité qui, à l'instar de Michel Villey, dénoncent les effets pervers du subjectivisme aquiprofité égoïstement à l'individu et, *in fine*, au pouvoir. C'est ainsi que Michel Villey fit le procès de l'anthropologisation du droit en regrettant l'antique conception qui envisageait les règles juridiques, non pas à la disposition des hommes – comme le sont aujourd'hui les droits *de l'homme* – mais en intelligence avec l'équilibre naturel des choses.

métaphysique – et non pas naturel – d'un droit qui ne doit son caractère naturel qu'à une prétention ressortissant du postulat. Cette concession est la fonction même du contrat social. Mais toute la modernité du projet hobbesien réside en ceci que lorsque l'individu renonce à l'exercice de ses droits illimités par la passation volontaire d'un contrat artificiel aux termes duquel il abandonne sa souveraine puissance au Léviathan, ce geste demeure entièrement libre. C'est que la loi de nature (*lex naturalis*) n'est pas une norme juridique qui lui aurait prescrit pareil comportement. Par loi de nature, il convient d'entendre chez Hobbes une nécessité plutôt qu'une obligation. Elle n'est pas une loi juridique et prescriptive découlant d'une volonté dont la muette et aveugle nature est dépourvue, mais une proposition scientifique assertive et descriptive dont la raison a su trouver le contenu<sup>13</sup>. Parce que la loi naturelle établit un lien de causalité et non d'imputation, elle est incapable de définir les valeurs sur le fondement desquelles les individus voient leur conduite prescrite. Une telle détermination ne peut provenir que d'un choix libre et volontaire représenté par le contrat social : tel est le statut de la loi positive. Cette libre détermination ne saurait, en raison de la dualité moderne entre l'être et le devoir-être, tirer sa validité de la loi naturelle (purement assertive). Elle est l'expression du droit naturel (purement normatif).

C'est dans cet esprit décisionniste et purement conventionnel, caractéristique du droit naturel moderne de type hobbesien, qu'il faut comprendre à la fois la souveraine décision du Parlement d'abroger implicitement la législation républicaine sur le mariage et la libre décision du Conseil constitutionnel de renoncer à la constitutionnalisation de cette même législation. Le choix de constitutionnaliser ou non le principe de l'hétérosexualité du mariage n'est ni conforme ni contraire à la loi naturelle de la reproduction de l'espèce ou à la régularité statistique de la législation républicaine qui le consacre. En adoptant la décision, ni vraie ni fausse, de ne pas ranger le principe de l'hétérosexualité du mariage dans la catégorie des PFRLR, le Conseil constitutionnel fidèle à sa politique de retenue inaugurée lors de la législation dépenalisant l'avortement, abandonne au législateur les questions d'éthique et de société. Un abandon qui cache mal l'engagement axiologique du Conseil constitutionnel en faveur du droit naturel moderne.

## B.- L'engagement axiologique du Conseil constitutionnel

Certains commentateurs ont pu interpréter cette marque de confiance accordée par le Conseil constitutionnel au Parlement comme une marque de neutralité axiologique consistant à mettre dos à dos les tenants d'une conception progressiste et les partisans d'une vision conservatrice du droit naturel<sup>14</sup>. La décision du 17 mai 2013 s'inscrirait en effet dans le prolongement logique de celle du 28 janvier 2011. On se souvient alors qu'avant l'adoption de la réforme Taubira, le Conseil constitutionnel, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité, jugea que l'exclusivité du mariage hétérosexuel n'était pas contraire à la Constitution tant que le législateur ne décide pas souverainement de remettre en cause la différence de traitement entre couples homosexuels et couples hétérosexuels<sup>15</sup>. Face à la revendication progressiste d'un couple lesbien qui contestait la constitutionnalité

13 Sur cette distinction hobbesienne entre le droit naturel et la loi naturelle, cf. les fines analyses d'Olivier Cayla in O. CAYLA et Y. THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, 2002, p. 67 et s.

14 F. CHÉNÉDÉ, « Un autre regard sur la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage pour tous », *Constitutions* 2013, p. 555.

15 CC, déc. n° 2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Interdiction du mariage entre personnes de même sexe*, Rec., p. 87.

de la législation républicaine sur le mariage, le Conseil considérait que c'est au législateur, exclusivement, qu'il appartient d'y mettre un terme et d'apprécier si la différence de situation entre couples homosexuels et couples hétérosexuels justifie encore une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille. Deux ans plus tard, au lendemain de l'intervention du législateur en faveur de l'égalité de traitement, et en réponse à la revendication conservatrice d'une partie de l'opposition parlementaire qui en contesta la constitutionnalité, le Conseil se garde bien, dans la parfaite continuité de la décision de 2011, de revenir sur la souveraine décision législative. Conformément à sa jurisprudence d'inspiration légicentriste aux termes de laquelle « l'article 61 de la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du parlement »<sup>16</sup>, le Conseil constitutionnel se garderait donc bien de gouverner, en mettant la loi à l'abri tout aussi bien des sollicitations « postmodernes » des droits de l'homme lorsqu'elle n'infléchit pas la tradition républicaine que des sollicitations réactionnaires et nostalgiques lorsqu'elle s'en émancipe<sup>17</sup>. Il n'est pas certain, néanmoins, de pouvoir repérer dans ce double rejet de la postmodernité et de la réaction, un comportement de stricte neutralité qui n'aurait d'ailleurs guère de sens aux yeux d'une théorie réaliste de l'interprétation selon laquelle, comme chacun sait, toute décision juridictionnelle est le reflet d'une volonté. Ni postmoderne ni réactionnaire, le Conseil constitutionnel semble avoir fait un choix : celui de la modernité qui est cette philosophie relativiste, acquise dans le prolongement des Lumières, selon laquelle le soin de discriminer entre le juste et l'injuste n'incombe ni aux juges, ni aux églises, ni aux corporations, mais relève du monopole de la volonté générale. Cette option prise par le Conseil n'est pas le choix du positivisme, posture épistémologique que seuls pouvaient revendiquer, dans la polémique autour du projet de loi sur le mariage pour tous, les professeurs de droit<sup>18</sup>. En tant que détenteur d'un pouvoir normatif, le juge produit une jurisprudence qui ne peut pas ne pas être le reflet d'une doctrine. Celle que la décision du 17 mai 2013 laisse apparaître est bien la doctrine du droit naturel moderne.

Le professeur Agnès Roblot-Troizier a d'ailleurs bien repéré l'engagement axiologique du Conseil constitutionnel en examinant la manière dont celui-ci a refusé, dans la décision du 17 mai 2013, de ranger la règle de l'altérité sexuelle du mariage dans la catégorie des PFRLR<sup>19</sup>. Pour la première fois, en effet, le Conseil constitutionnel y définit de manière explicite le domaine matériel des PFRLR en précisant dans le considérant 21 que la règle invoquée par les requérants « n'intéresse

16 Le Conseil constitutionnel réitère la formule dans la décision le 17 mai 2013 au considérant 14. Formule que François ChénéDé (*op. cit.*) considère comme l'épicentre d'une décision par laquelle le Conseil, en rejetant le recours des anti-mariage gay après avoir rejeté celui d'un couple homosexuel deux ans auparavant, réaliserait une véritable leçon de démocratie dont sa neutralité à l'égard du Parlement serait le témoignage (F. CHÉNÉDÉ, « Un autre regard sur la décision du Conseil constitutionnel relative au mariage pour tous », *op. cit.*, p. 555).

17 F. CHÉNÉDÉ, *op. cit.* Avant même la décision du 17 mai 2013, l'auteur mettrait lui-même dos à dos, dans le cadre de la querelle académique autour du projet de loi sur le mariage pour tous, les partisans et les adversaires du mariage gay en leur reprochant d'émettre des jugements de valeurs et en disant que le constitutionnalisme est un jusnaturalisme auquel le Conseil constitutionnel, plus sage que la doctrine, saura échapper... (F. CHÉNÉDÉ, « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *Petites affiches*, 20 février 2013, n° 37, p. 6).

18 E. MILLARD, P. BRUNET, S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Mariage pour tous : juristes, saisons-nous !*, <http://www.raison-publique.fr/article601.htm> ; M. TROPER, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, 2014, n° 1, p. 64.

19 A. ROBLLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *Revue Française de Droit Administratif*, 2013, p. 945.

ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics ». Non content d'avoir défini les critères d'identification des PFRLR dans la décision du 20 juillet 1988 (rattachement à un texte de loi républicaine, constance et fondamentalité du principe), le Conseil prend la peine, devant la loi sur le mariage pour tous, de définir le domaine matériel de la catégorie comme s'il cherchait, d'après l'auteur, un argument utile pour en exclure la règle selon laquelle le mariage est l'union d'un homme et d'une femme sans expliquer en quoi, de surcroît, une telle règle « n'intéresse (pas) les droits et libertés fondamentaux ». Se fondant sur le commentaire officiel de la décision aux termes duquel l'ouverture du mariage aux homosexuels « ne restreint pas la possibilité des hétérosexuels de se marier », Agnès Roblot-Troizier en tire l'hypothèse que le Conseil n'aurait pas « déduit la constitutionnalité de la loi de l'inexistence du principe constitutionnel invoqué devant lui, mais déduit l'inexistence du principe de la constitutionnalité de la loi »<sup>20</sup>. Tout se passe comme si le Conseil avait péremptoirement décidé de la constitutionnalité de la loi parce qu'elle ne méconnaît pas la liberté du mariage... pour tous, sans se soucier de l'atteinte au principe invoqué de l'altérité sexuelle du mariage. Où l'on voit qu'à l'instrumentalisation de la catégorie des PFRLR par les anti-mariage gay, répond celle du Conseil pour valider la loi Taubira. En choisissant, pour la circonstance, de ne pas consacrer le PFRLR que les requérants lui demandaient de reconnaître, le Conseil accorde au droit subjectif de se marier la primeur sur le principe objectif de l'hétérosexualité du mariage. Il demeure difficile, dans ces conditions, de continuer de souligner la neutralité axiologique du juge constitutionnel. Le légicentrisme de son approche, dans cette décision du 17 mai 2013, est l'autre nom de son adhésion à la doctrine moderne des droits naturels.

---

20 *Ibid.*, p. 945.



## GRÈCE

*par Julia ILIOPOULOS-STRANGAS  
et Georgia TZIFA \**

La question du mariage des personnes de même sexe fait, notamment pendant ces dernières années, l'objet d'un large débat aussi bien dans la doctrine constitutionnelle que dans la société grecque. Sans pouvoir débattre ici si cette mise en relief d'un problème inconnu, ou au moins, pas intéressant pour les juristes des générations précédentes marque une simple évolution des mœurs ou, par contre, un changement sociétal plus profond, il est donné que le constitutionnaliste ne peut pas ignorer une question qui relève du principe de l'autonomie personnelle et du libre développement de la personnalité. De plus, il aura à se prononcer sur la relation de ces principes avec d'autres principes et dispositions constitutionnelles, qui pourraient poser des limites constitutionnelles à son choix voire à sa marge d'appréciation politique. Pendant que toutes ces dimensions du mariage des personnes de même sexe continuent d'être discutées par la doctrine grecque, le législateur, quant à lui, aura, suite à une initiative gouvernementale très récente, la chance de se prononcer prochainement en la matière et plus précisément à la possibilité d'une extension du pacte de vie commune aux couples homosexuels. Il n'est pas cependant à exclure que la discussion qui va s'ensuivre touche aussi à la question du mariage des personnes de même sexe.

Dans le rapport qui suit, seront dans un premier temps présentées les dispositions constitutionnelles afférentes (I), pour examiner ensuite, les dispositions législatives et la jurisprudence des tribunaux grecs en la matière. Il s'agit, plus précisément, de deux affaires pendantes devant la Cour de cassation, qui ont été vivement discutées en Grèce, aussi bien par les juristes que par l'opinion publique et les hommes politiques (II). Finalement, sera discutée brièvement la question de l'instauration du pacte de vie commune pour les couples homosexuels, mise en relief avec l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*, en faisant référence aux développements législatifs récents (III).

---

\* Respectivement : Professeur de droit constitutionnel, Faculté de droit, Université nationale et capodistrienne d'Athènes ; Avocate au Barreau d'Athènes, Master II (Athènes), LL.M. (Bruges).

## I.- NORMES CONSTITUTIONNELLES RELATIVES AU MARIAGE

Il conviendra de présenter, dans un premier temps, les normes constitutionnelles protectrices du mariage (A), avant de déterminer leur champ d'application respectif et leur nature juridique (B).

## A.- La multiplicité des normes constitutionnelles visant la protection du mariage

La protection du mariage dispose en droit grec d'un fondement constitutionnel multiple. Plus précisément, une disposition de la Constitution grecque vise spécifiquement la protection du mariage : il s'agit de l'article 21 § 1 de celle-ci, selon lequel « la famille, comme fondement de la conservation et du progrès de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance sont sous la protection de l'État ». Comme on peut le constater facilement par sa formulation, cet article garantit la *protection du mariage* en tant qu'institution et droit social, et plus précisément son existence, son fonctionnement et son développement<sup>1</sup>.

Par contre, le *droit de se marier*, de fonder une famille et d'avoir des enfants n'est pas garanti de manière explicite par la Constitution grecque, mais s'attache, selon la *doctrine* dominante, au droit du libre développement de la personnalité de l'article 5 § 1 de la Constitution. Cette disposition générale reconnaît à chacun « le droit à développer librement sa personnalité et à participer à la vie sociale, économique et politique du pays, à condition qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui et ne viole ni la Constitution ni les bonnes mœurs ». En effet, l'article 5 § 1 consacre un droit général de liberté, qui protège certaines manifestations de la personnalité non mentionnées aux autres articles de la Constitution. Pour cette raison, cet article a une application subsidiaire contre les autres dispositions spécifiques. Étant donné que *la liberté de choisir un conjoint et de conclure un mariage* n'est pas prévue expressément par la Constitution grecque, et qu'elle ne peut pas non plus être déduite de l'article 21 § 1, on admet qu'elle découle du droit général de la personnalité garanti par l'article 5 § 1<sup>2</sup>.

Une autre partie de la doctrine considère cependant que la *liberté du mariage* découle de la disposition précitée de l'article 21 § 1, car elle est spéciale par rapport à celle de l'article 5 § 1 de la Constitution<sup>3</sup>. D'après cette opinion doctrinale, la liberté sexuelle est également une manifestation de la personnalité qu'il faut protéger. La protection de cette dernière disposition constitutionnelle (article 5 § 1) ne s'étend pas toutefois pas au droit de la personne de donner une forme juridique à sa relation avec une autre personne, surtout parce que là où le législateur constitutionnel a voulu consacrer une obligation similaire du législateur ordinaire, il l'a fait expressément (article 21 § 1 de la Constitution)<sup>4</sup>.

Effectivement, l'interprétation ainsi que la concrétisation de la disposition générale de l'article 5 § 1 de la Constitution doit, à notre sens, prendre en compte les autres dispositions constitutionnelles et notamment les dispositions garantissant des

1 V. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Evangelia GEORGITSI, « Constitution et famille(s) : Grèce », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXIV-2008, Economica-PUAM, 2009, p. 221-237 (224) [en français].

2 V. Prodromos DAGTOGLOU, *Droits individuels*, 4<sup>e</sup> éd., Athènes – Thessaloniki, 2012, p. 1125-1126 n° 1456.

3 Ainsi Costas CHRYSOGONOS, *Droits individuels et sociaux*, 3<sup>e</sup> éd., Athènes, 2006, p. 544.

4 Ainsi Costas CHRYSOGONOS *Droits individuels et sociaux*, *op. cit.* (*supra* note 3), p. 183.

droits sociaux comme celle de l'article 21 § 1 de la Constitution sur la protection de la famille<sup>5</sup>.

En revanche, dans la *jurisprudence* des tribunaux grecs, la liberté du mariage est fondée cumulativement sur les articles 5 § 1 et 21 § 1 de la Constitution<sup>6</sup>, ce qui permet d'ailleurs de préciser ses limites, qui sont celles explicitement prévues dans l'article 5 § 1 précité de la Constitution.

Aux dispositions précitées, on pourrait ajouter l'article 9 § 1, de la Constitution qui dispose, entre autres, que « la vie privée et familiale de l'individu est inviolable ». Cette protection de la vie privée et familiale est étroitement liée à la protection de la personnalité. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État renvoie parfois à l'article 9 § 1, en même temps qu'aux deux articles susmentionnés (5 § 1 et 21 § 1) e la Constitution, pour argumenter sur des questions relatives au droit du mariage<sup>7</sup>.

### B.- Le champ d'application et la nature juridique des articles 5 § 1, 9 § 1 et 21 § 1 de la Constitution

Avant tout examen du champ d'application et de la nature juridique des articles précités, on doit noter que, le mariage dispose d'un statut constitutionnel autonome, la portée exacte et les limites duquel on va essayer de clarifier. À cet effet, il faut tout d'abord préciser que la définition constitutionnelle du mariage est elle aussi autonome par rapport aux définitions retenues par les autres branches du droit et notamment le droit civil<sup>8</sup>.

Comme nous l'avons déjà indiqué, l'article 21 § 1 est la seule disposition constitutionnelle mentionnant expressément le mariage, sans que ceci soit défini toutefois. Il est donc nécessaire de préciser les « principes structureaux » de ce concept, qui doivent concourir cumulativement et sur la base desquels le mariage se distingue d'autres formes analogues<sup>9</sup>. Selon le point de vue doctrinal dominant, auquel nous nous rallions, ces principes sont la vie commune permanente de deux personnes *de sexe différent*, laquelle se caractérise en outre par le fait qu'elle est conclue librement, qu'elle est reconnue par l'ordre juridique, et par l'égalité des conjoints<sup>10</sup>. Ce point de vue est également accepté par la jurisprudence grecque, selon laquelle l'institution du mariage est conçue comme « un lien moral et spirituel, établi en toute liberté entre personnes de sexe différent, en vue de réaliser une vie commune »<sup>11</sup>. Il s'ensuit que les couples homosexuels ne jouissent pas d'un droit

5 Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Evangelia GEORGITSI, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 224.

6 V. Conseil d'État, arrêts n° 4590/76 (section), *To Syntagma* [La Constitution, périodique hellénique, ci-après *ToS*], 1977, p. 163, n° 1647/1987 (section), *Epiteorisi Dimosiou kai Dioikitikou Dikaiou* [Revue de Droit public et administratif, périodique hellénique, ci-après *EDDD*], 1988, p. 334 et n° 867/1988 (assemblée sur renvoi de la section dans l'arrêt 1647/1987 précité), *Efarmoges Dimosiou Dikaiou* [Applications de droit public, périodique hellénique, ci-après *EfDimDik*], 1988, p. 194.

7 Vangelis MALLIOS, « Protection du concubinage homosexuel : la réalité grecque et la dimension européenne (CEDH) », publication numérique sur le site du groupement scientifique *Aristovoulos Manassis*, [http://manesis.blogspot.gr/2009/08/normal-0-false-false-false\\_26.html#links](http://manesis.blogspot.gr/2009/08/normal-0-false-false-false_26.html#links).

8 Ainsî Georges KASSIMATIS, « La question des 'effet horizontaux' des droits individuels et sociaux », *ToS*, 1981, p. 33 ; Petros PARARAS, *Constitution et Convention européenne des droits de l'homme*, Athènes – Komotini, Ant. N. Sakkoulas, 2001, p. 137.

9 Takis VIDALIS, « Le mariage homosexuel », publication numérique sur le site du groupement scientifique *Aristovoulos Manassis*, [http://manesis.blogspot.gr/2008/05/blog-post\\_28.html](http://manesis.blogspot.gr/2008/05/blog-post_28.html).

10 Costs CHRYSOGONOS *Droits individuels et sociaux*, *op. cit.* (*supra* note 3), p. 536-537. V. aussi Prodromos DAGTOGLOU, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 335 n° 502b et 502c.

11 C'est la définition du Conseil d'État dans les arrêts n° 1647/1987 et n° 867/1988, précités (*supra* note 4).

constitutionnellement garanti au mariage<sup>12</sup>. Il appartient dès lors au législateur ordinaire de définir, s'il le juge opportun, une autre forme juridique applicable aux unions de personnes du même sexe, mais cette forme juridique ne peut pas être qualifiée « mariage »<sup>13</sup>. De plus, selon une partie, entre-temps minoritaire, de la doctrine la protection législative du mariage entre personnes du même sexe serait en conflit avec les bonnes mœurs en tant que limite prévue dans l'article 5 § 1 de la Constitution, dans le cas toutefois où elle serait caractérisée « mariage » d'après cette voix doctrinale, ceci n'exclut pas cependant la reconnaissance juridique de l'union des personnes du même sexe<sup>14</sup>.

Cependant, selon une autre partie de la doctrine, si les couples homosexuels ne jouissent pas d'un droit constitutionnellement garanti au mariage, le mariage homosexuel n'est pas toutefois constitutionnellement interdit non plus. Par conséquent, le législateur a toute liberté de le prévoir<sup>15</sup>. Dans le même sens, une partie minoritaire de la doctrine soutient que les « principes structureaux » du concept de mariage ne comprennent pas la différence de sexe. Selon cette position, la Constitution défend également de droit des couples homosexuels au mariage, de telle sorte que la célébration valide de tels mariages est possible également dans le cadre législatif en vigueur, sans qu'il soit nécessaire que la législation intervienne pour l'instituer expressément<sup>16</sup>.

Enfin, le terme « vie privée » dans le cadre de l'article 9 § 1 a le sens d'une « sphère confidentielle » de la vie de chaque personne, où cette personne est seule souveraine, et où l'État ne peut s'immiscer. Les limites spécifiques de cette sphère sont établies en principe par chaque individu. Il s'ensuit que les relations homosexuelles sont également protégées par l'article 9 § 1 de la Constitution en combinaison avec la garantie générale de l'article 5 § 1 précité (droit au libre développement de la personnalité)<sup>17</sup>. C'est ainsi que Le Conseil d'État annula, comme non suffisamment motivé, un acte du Conseil national de radiotélévision qui imposait une sanction administrative à une chaîne privée du fait de la retransmission d'une scène exprimant du désir homosexuel<sup>18</sup>.

En ce qui concerne la *nature juridique* des articles en question, il convient de relever brièvement ce qui suit : La protection du mariage prévue par l'article 21 § 1

12 V. aussi Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Evangelia GEORGITSI, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 230.

13 V. déjà Prodromos DAGTOGLOU, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 335 n° 502c.

14 Ainsi Prodromos DAGTOGLOU, *op. cit.* (*supra* note 2), p. 335 n° 502c et p. 1332 n° 1468. *Contra* Lina PAPADOPOULOU, « Mariage homosexuel ? Tentative d'évaluation sur le plan juridique et du point de vue de la politique du droit », *Dikaionomata tou Anthropou* [Droits de l'homme, périodique hellénique, ci-après *DA*], 38/2008, p. 463, pour qui le droit de contracter un mariage ne peut pas être limité en invoquant les bonnes mœurs. Ce point de vue est partagé par Takis VIDALIS, *La dimension constitutionnelle du pouvoir dans le cadre du mariage et de la famille : Libertés individuelles et transformations institutionnelles*, Athènes – Komotini, Éditions Ant. N. Sakkoulas, 1996, p. 61-62 s.

15 V. dans ce sens Georges KATROUGALOS, « 3+1 positions sur le 'mariage des homosexuels' », publication numérique sur le site du groupement scientifique *Aristovoulos Manesis*, <http://manesis.blogspot.com/2008/06/31.html>; Thanassis PAPACHRISTOU, « Le mariage homosexuel et les lois », *Eleftherotypia* [journal hellénique], 05.06.2008, Antonis MANITAKIS, « Le mariage homosexuel aujourd'hui sans effet juridique, le législateur peut toutefois le prévoir », *Eleftherotypia*, 09.06.2008.

16 Ainsî Theofano PAPAIZISSI, « La famille des personnes de même sexe, Dégénération ou égalité de traitement ? », in Nikos CHATZITRYFON/Theofano PAPAIZISSI (dir.), *Familles des couples de même sexe*, Thessaloniki, Epikentro, 2007, p. 23; Takis VIDALIS, *op. cit.* (*supra* note 15) p. 58; Lina PAPADOPOULOU, *op. cit.* (*supra* note 15), p. 410; Vangelis MALLIOS, « Droit du mariage : Un privilège constitutionnel des hétérosexuels ou également un droit des homosexuels ? », publication numérique sur le site du groupement scientifique *Aristovoulos Manesis*, [http://manesis.blogspot.gr/2008/06/blog-post\\_13.html](http://manesis.blogspot.gr/2008/06/blog-post_13.html).

17 Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Evangelia GEORGITSI, *op. cit.* (*supra* note 1), p. 231.

18 Conseil d'État, arrêt n° 3490/2006, *ToS*, 2007, p. 108 s.

constitue *tout d'abord* une garantie institutionnelle, et plus précisément, une garantie sociale<sup>19</sup>. Dans la mesure où il s'agit d'une garantie institutionnelle, il incombe, tout d'abord, au législateur ordinaire de la mettre en œuvre, en concrétisant la disposition constitutionnelle correspondante. On doit préciser ici que cette disposition constitutionnelle ne doit point être considérée comme un simple principe directeur. Au contraire, la protection constitutionnelle du mariage implique l'inconstitutionnalité de toute disposition législative qui lui porte atteinte.

*Deuxièmement*, l'article 21 de la Constitution implique aussi un droit *social* fondamental, qui, en tant que tel, autorise le législateur à déroger au principe d'égalité afin d'accorder une protection spécifique aux groupes sociaux concernés (en l'occurrence les mariés). La mise en œuvre de ce droit social nécessite, certes, l'intervention positive du législateur, sans laquelle il risque de rester « lettre morte », mais une fois cette intervention réalisée, la protection dudit droit peut être assurée indirectement sous forme d'acquis social dit *relatif*<sup>20</sup>. Ainsi, s'il est impossible de se tourner contre le législateur national pour l'obliger de légiférer afin d'accorder une protection particulière au mariage, il est possible de l'obliger, d'un autre côté, à ne pas abroger ou anéantir de manière arbitraire les dispositions protectrices pour le mariage qu'il a déjà édictées<sup>21</sup>.

Au contraire, le droit au respect de la vie privée de l'article 9 de la Constitution est un droit *individuel* « classique », autrement dit un droit-liberté, qui, en tant que tel, interdit toute ingérence des organes de l'État dans la sphère privée de l'individu. Il en va de même pour le droit au libre développement de la personnalité de l'article 5 § 1 de la Constitution, dont découle, comme nous l'avons déjà signalé, le droit de se marier.

En guise de conclusion, la Constitution grecque reconnaît expressément et protège aussi bien le mariage en tant qu'institution et droit social, que la liberté de contracter un mariage, en offrant, d'ailleurs, un niveau de protection assez élevé et relativement conforme aux exigences du droit international<sup>22</sup>.

## II.- LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE MARIAGE DES PERSONNES DE MÊME SEXE

Après ce survol des dispositions constitutionnelles en la matière, nous présenterons brièvement la jurisprudence des tribunaux grecs sur la question du mariage entre homosexuels. Comme on a déjà mentionné, il s'agit de deux affaires pendantes par-devant la Cour de cassation, dont la décision est attendue pour l'automne 2015. Ces affaires ont connu une large publicité et ont provoqué un immense intérêt tant de la part de l'opinion publique que de la communauté des juristes, et ont donné lieu à des discussions animées.

19 V. et pour ce qui suit Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Georges LEVENTIS, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (sld.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne – Étude de droit comparé*, Athènes – Bruxelles – Baden-Baden, Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p. 427 s. [en français].

20 Pour la distinction entre acquis social *relatif* et acquis social *absolu* v. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « Conclusions comparatives », in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS (sld.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne, op. cit. (supra note 19)*, p. 952 s. [en français].

21 Cet acquis n'est pas, certes, absolu : v. Conseil d'État, arrêt n° 12/1999, *EllDni*, 2000, p. 1101.

22 Cf. la formulation des articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et celle de l'article 23 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). V. aussi Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Evangelia GEORGITSI, *op. cit. (supra note 1)*, p. 226, avec revue comparative de la jurisprudence de la CourEDH en la matière (note 36).

Avant toutefois de présenter la jurisprudence en question, il est indispensable de préciser certains aspects de la réglementation juridique du mariage dans le Code civil. Le mariage, conçu tant comme contrat que comme relation de droit découlant de ce contrat<sup>23</sup>, est réglé au livre IV du Code civil, qui porte le titre de « Droit de la famille » plus spécifiquement, les dispositions en la matière se trouvent aux chapitres II à VII. Aucune de ces dispositions ne donne une définition du mariage. Qui plus est, la lettre de la loi ne présuppose pas expressément une différence de sexe pour que le mariage existe et soit valide<sup>24</sup>.

Nonobstant cela, le point de vue qui domine de façon absolue dans la doctrine admet qu'un mariage valide ne peut être conclu qu'entre des personnes de sexe différent. De ce point de vue, la différence de sexe constitue « une condition fondamentale qui ressort indirectement de la nature du mariage »<sup>25</sup>, le législateur ne l'ayant pas prévue expressément comme telle parce que, de toute évidence, il la considérait comme allant de soi<sup>26</sup>.

Le 3 juin 2008, dans l'île de Tilos, les mariages civils de deux couples d'homosexuels ont été célébrés par-devant le maire. Celui-ci a déclaré avoir agi en conscience, « respectueux des droits individuels des personnes concernées » et après avoir obtenu un avis de droit sur la question de la part du conseil juridique de la Municipalité<sup>27</sup>. D'un autre côté, le procureur près la Cour de cassation après avoir adressé tout d'abord un ordre au procureur près le Tribunal de grande instance de Rhodes<sup>28</sup>, il a ensuite publié une circulaire<sup>29</sup> dans lesquels en invoquant la doctrine il soulignait que, conformément à la législation grecque, les mariages d'homosexuels sont sans effet juridique, et que les maires qui acceptent de les célébrer, sont « à tout le moins, en violation de leurs devoirs ».

Le procureur près le Tribunal de grande instance de Rhodes, quant à lui, a déposé des actions pour faire reconnaître le fait que ces mariages étaient sans effet juridique. Les deux procès ont eu lieu en décembre 2008, et, un an après, le Tribunal de grande instance de Rhodes a prononcé les décisions n° 114/2009 et 115/2009. Par ces décisions, le Tribunal a reçu les actions du ministère public, en reconnaissant que ces mariages ne produisaient pas des effets juridiques.

Plus précisément, le Tribunal a admis que la question, dans l'affaire en cause, était de savoir qui peut être envisagé comme « futur marié », au sens du Code civil. La lettre des dispositions afférentes ne précisant pas le sexe, la loi présente, sur ce point, un vide juridique. Pour combler ce vide, il convient de prendre en compte non seulement la volonté du législateur national, mais aussi celle du législateur international, telle qu'elle est formulée en particulier dans la Convention européenne

23 Apostolos GEORGIADIS, *Droit de la famille*, Athènes – Thessaloniki, Editions Sakkoulas, 2014, p. 56

24 Les termes utilisés par le législateur pour mentionner les deux personnes qui se marient sont « les futurs mariés » et, après la célébration du mariage, « les conjoints ». Il s'agit donc de termes qui, en grec, peuvent désigner des couples aussi bien hétérosexuels qu'homosexuels.

25 Marianos KARASSIS, *Le mariage et la famille comme institutions juridiques*, Thessaloniki, Editions Sakkoulas, 1994, p. 21. Une formulation similaire est adoptée par d'autres auteurs.

26 Conformément à la définition généralement reçue de la doctrine, « le mariage est un contrat qui fonde une vie commune durable entre des personnes de sexe différent ». On soutient que cette définition inclut les éléments essentiels du concept de mariage, de telle sorte que le manque complet d'accord, le manque complet de formalité ainsi que l'identité de sexe des fiancés rendent le mariage sans effet juridique. V. (entre autres) Georgios KOUMANTOS, *Droit de la famille, Tome 1*, Athènes, Editions Frères P. Sakkoulas, 1988, p. 37 ; Ioannis S. SPYRIDAKIS, *Droit de la famille*, Athènes – Komotini, Editions Ant. N. Sakkoulas, 1983, p. 42, Efi KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, *Droit de la famille, Partie Ia*, Athènes-Thessaloniki, Editions Sakkoulas, 1998, p. 2.

27 Tassoula KARAIKAKI, « Tassos Aliferis : Il s'agit d'un simple acte administratif », *Kathimerini* [journal hellénique], 08.06.2008

28 V. l'ordre n° 2223 du 30.5.2008.

29 V. la circulaire 5/2008 du procureur près la Cour de cassation G. Sanidas.

des droits de l'homme (CEDH) et dans le Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Étant donné que ces textes ne résolvent pas non plus la question du mariage entre homosexuels, tout en renvoyant au droit national pour fixer les conditions partielles pour l'exercice de ce droit, le Tribunal a jugé que c'est à ce droit (national) qu'il fallait en définitive demander de régler la question.

Dans le cadre d'une interprétation historique, le Tribunal de grande instance a souligné que le Code civil grec ne fournit aucune réponse sûre en ce qui concerne la recevabilité ou non du mariage entre homosexuels, vu que la question ne se posait pas au législateur au moment de sa rédaction, « allant de soi qu'à l'époque, cette question était non-existante ». En ce qui concerne l'interprétation du terme « futur marié » toutefois, le point de vue absolument dominant dans la doctrine admet que la différence de sexe constitue un élément indispensable pour la validité du mariage. Le Tribunal a relevé également que le législateur avait eu « tout à fait récemment » (en 2008) l'occasion d'exprimer sa volonté sur une question analogue, celle du pacte de vie commune, qui, selon la volonté expresse du législateur, ne peut être conclu que par des couples hétérosexuels.

Par la suite, le Tribunal de grande instance a examiné deux arguments constitutionnels et notamment la violation des articles 4 § 1 (principe d'égalité) et/ou 5 § 1 de la Constitution par le fait que la différence de sexe soit conçue comme élément indispensable de la validité du mariage. Le Tribunal a rejeté ces deux allégations. En ce qui concerne l'article 4 § 1, le Tribunal a relevé tout d'abord que, dans la jurisprudence constante des tribunaux grecs, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon les personnes qui se trouvent dans les mêmes circonstances. D'ailleurs, ce principe d'égalité lie aussi le législateur les tribunaux sont donc obligés de contrôler la constitutionnalité des lois également par rapport au principe d'égalité<sup>30</sup>. Cette obligation des tribunaux toutefois consiste en un contrôle des conditions et non en un contrôle des choix de principe du législateur ou du contenu substantiel des règles de droit que celui-ci a établies<sup>31</sup>. Le législateur peut donc régler « d'une façon unifiée ou différente les situations et relations réelles ou personnelles différentes », mais il lui est interdit toutefois « d'assimiler arbitrairement des situations différentes ou de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans des situations différentes, sur la base de critères purement formels ou fortuits ou sans rapport entre eux ». C'est donc sur la base des considérants ci-dessus que le Tribunal a jugé que la non-reconnaissance de la validité d'un mariage célébré entre homosexuels ne s'opposait pas au principe d'égalité garanti par la Constitution, du moment que le législateur a réglé différemment la situation de personnes « se trouvant dans des situations différentes ».

En ce qui concerne l'article 5 § 1 de la Constitution, le Tribunal a admis que, parmi les manifestations diverses de la personnalité protégées par cet article, on pourrait ranger également la liberté sexuelle. Mais ce droit ne s'étend pas en tout cas à un droit de la personne de donner une forme juridique à sa relation avec une autre personne, surtout parce que « là où le législateur constitutionnel a voulu consacrer

30 Pour plus de détails sur le système diffus de contrôle de constitutionnalité des lois en Grèce et sur le contrôle de violation du principe d'égalité v. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS et Georges LEVENTIS, « La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la Grèce », *op. cit.* (*supra* note 19), p. 457 s. et 472 s. [en français].

31 Comme le note Vassilios SKOURIS, « Le principe constitutionnel d'égalité », in *Études juridiques de la Faculté de Droit de l'Université de Thrace* (3), 1982, p. 193, le contrôle judiciaire de l'égalité n'a pas le caractère d'une « rectification judiciaire de l'injustice législative ». Une telle substitution du juge au législateur, par ailleurs, violerait les principes de la souveraineté populaire et de la séparation des pouvoirs (articles 1 et 26 de la Constitution).

une obligation similaire du législateur ordinaire, il l'a fait expressément ». Le Tribunal paraît donc avoir pris sur ce point des distances par rapport à la jurisprudence antérieure, qui fondait le droit de conclure un mariage (aussi) sur l'article 5 § 1<sup>32</sup>.

Le Tribunal a relevé en tout cas que la législation nationale est un organisme qui évolue et se développe, qui reflète la réalité sociale, et qui est aussi soumis à une interaction avec l'ordre juridique des États membres de l'Union européenne. Toutefois, vu les divergences de vues qui existent sur la question, il serait plus sûr de régler la question par voie législative, en particulier dans la direction du pacte de vie commune, qui, dans de nombreux pays européens, recouvre aussi les couples homosexuels<sup>33</sup>.

Sur la base de ces arguments, le Tribunal de grande instance a reçu, dans les affaires susmentionnées, l'action du procureur pour reconnaître le caractère nul et non avenue des mariages qui avaient été célébrés. Deux ans plus tard, ces deux décisions ont été validées par la Cour d'appel de Rhodes, dans ses arrêts n° 83/2011 et 134/2011. Suite à un pourvoi en cassation contre les arrêts en question, les deux affaires sont pendantes par-devant la Cour de cassation, et elles devraient être jugées en septembre et novembre 2015. Récemment ont été publiés les rapports des deux rapporteurs de la Cour de cassation, dans lesquels ceux-ci proposent le rejet des pourvois en cassation, et se rangent complètement du côté des arguments constitutionnels des tribunaux inférieurs susmentionnés, en les répétant presque mot pour mot<sup>34</sup>.

C'est ainsi que dans son rapport, le juge de la Cour de cassation *Char. Machairas* relève que ni la ConvEDH ni le PIDCP ne permettent d'induire « un argument catalyseur en faveur de la reconnaissance du mariage civil pour les homosexuels ». Il souligne par ailleurs que la jurisprudence de la Cour EDH prend expressément position en faveur de l'élargissement du concept de la famille aussi aux homosexuels, sans avoir toutefois expressément clarifié « sous quelle forme juridique cela se concrétisera », par exemple, par un pacte de vie commune ou sous une autre forme. Pour conclure, le rapporteur insiste sur le fait que, sous le régime juridique en vigueur en Grèce et sans règlement législatif exprès, on ne peut concevoir de mariage entre homosexuels. Selon des informations de journalistes, le juge *I. Tsalaganidis* a adopté la même approche dans son rapport<sup>35</sup>.

### III.- PACTE DE VIE COMMUNE POUR LES COUPLES HOMOSEXUELS ?

Pour résumer, nous relèverons que selon le point de vue prédominant dans la doctrine et la jurisprudence grecques, le droit au mariage des homosexuels n'est pas protégé par la Constitution, sans que le législateur soit empêché de garantir juridiquement *au moins* une forme de pacte de vie commune entre personnes du même sexe. Cette question est revenue sur les devants de l'actualité non seulement avec la publication de décisions de justice susmentionnées, mais aussi avec la condamnation de la Grèce par la Cour EDH dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce*.

32 Par conséquent, le Tribunal n'a pas du tout examiné la question de la reconnaissance d'un droit au mariage seulement en faveur des couples hétérosexuels, du point de vue des restrictions prévues à l'article 5 § 1.

33 Dans ses considérants, le Tribunal n'a pas examiné si le mariage homosexuel est constitutionnellement acceptable ou pas. Cf. aussi la note suivante.

34 V. [www.huffingtonpost.gr/2015/03/16/koinonia-politikos-gamos-omofulon\\_n\\_6880630.html](http://www.huffingtonpost.gr/2015/03/16/koinonia-politikos-gamos-omofulon_n_6880630.html) où l'on trouvera également l'intégralité du rapport du juge de la Cour de cassation *Char. Machairas*.

35 V. à ce propos Panagiotis TSIMPOUKIS, « Mariage civil entre homosexuels sans effet juridique selon le rapport de la Cour de cassation », *Proto Thema* [journal hellénique], 16.03.2015.

Bien que, d'après les initiatives initiales du législateur, le pacte de vie commune avait été prévu même pour les couples homosexuels<sup>36</sup>, la référence aux couples de même sexe a été finalement éliminée du texte de la loi n° 3719/2008, selon les dispositions de laquelle le pacte de vie commune n'est possible que pour les couples hétérosexuels<sup>37</sup>.

Une année plus tard, quatre couples homosexuels ont déposé des recours devant la Cour EDH, en alléguant que l'adoption d'un pacte de vie commune seulement pour les couples hétérosexuels porte atteinte à leur droit à la vie privée et familiale et opère une discrimination injustifiée aux dépens des couples homosexuels, en violation des articles 8 et 14 de la CEDH.

La Cour EDH, qui a jugé conjointement les deux recours dont elle avait été saisie, a donné raison aux requérants<sup>38</sup>. Plus précisément, la Cour, après avoir confirmé que les articles 8 et 14 s'appliquaient dans l'affaire en cause, a reçu que l'exception expresse des couples homosexuels du champ d'application de la loi n° 3719/2008 constitue un traitement discriminatoire fondé sur l'orientation sexuelle des intéressés. Ce traitement discriminatoire ne poursuit pas aucun but légitime : *D'une part*, il n'est pas possible de le justifier en invoquant la possibilité des couples homosexuels de donner un cadre juridique par la voie contractuelle aux droits et aux obligations qui relèvent de leur statut patrimonial, leurs relations pécuniaires au sein de leur couple, leurs droits de succession, etc., étant donné que le pacte, reconnu officiellement comme une alternative au mariage, « a en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait ». *D'autre part*, la Cour a répété que dans les cas où la différence de traitement est fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation reconnue à l'État est étroite elle a relevé par ailleurs que le gouvernement grec n'a pas démontré que la poursuite du deuxième but légitime invoqué, à savoir de la protection de la famille, commande cette exclusion des couples homosexuels du champ d'application de la loi n° 3719/2008<sup>39</sup>.

Même si cette décision nous paraît correcte sur le fond, nous nous rangeons complètement quant à la question de la recevabilité à l'opinion en partie concordante, en partie dissidente, du Juge Pinto de Albuquerque, selon lequel les requêtes auraient dû être déclarées irrecevables en raison du non-épuisement des voies de recours internes. D'après le Juge, la Cour, en examinant l'affaire au fond, bien que les requérants n'avaient pas usé des voies de recours qui auraient permis aux tribunaux nationaux d'examiner leur grief de violation de la Convention, s'est comportée « comme une cour constitutionnelle européenne jouant le rôle d'un « législateur positif » à la demande directe des personnes concernées », ce qui constitue une méconnaissance du principe de subsidiarité.

Cette décision a été cependant discutée tant en Grèce qu'à l'étranger, et il semble que la condamnation de la Cour ait accéléré les développements législatifs

36 Cette possibilité était prévue par la proposition de loi sur le pacte de vie commune, élaborée en 2005 l'initiative de la Ligue Hellénique des Droits de l'Homme et sous la direction des Professeurs Georgios KOUMANTOS et Nikolaos-Michail ALIVIZATOS,. Cependant, elle a été supprimée par le projet de loi ultérieur. V. Georgios PAPANIMITRIOU, « Pacte de vie commune, une exigence de notre temps ? », publication numérique sur le site du groupement scientifique *Aristovoulos Manesis* [http://manesis.blogspot.gr/2008/05/blog-post\\_27.html](http://manesis.blogspot.gr/2008/05/blog-post_27.html)

37 Selon l'article 1 de la loi. Pour plus de détails sur le pacte v. Thanassis PAPANICHOPOULOS, Nikos KOUMOUTZIS et Chrysafo TSOUKA, *Le pacte de vie commune*, Athènes, Ed. P. N. Sakkoulas, 2009.

38 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 (requêtes Nos 29381/09 et 32684/09).

39 La Cour a souligné, de plus, qu'au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, « une tendance se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe ».

dans cette direction. Le 10 juin 2015, le ministère de la Justice a présenté un nouveau projet de loi sur le pacte de vie commune. Ce texte prévoit que le pacte peut être conclu par « deux adultes, indépendamment de leur sexe » (article 1). De plus, sans modifier la nature essentiellement contractuelle du pacte, le nouveau projet de loi dispose qu'en ce qui concerne les relations personnelles et pécuniaires entre les deux membres du couple, leurs droits de succession et leurs droits à la sécurité sociale, les articles du Code civil relatifs au mariage s'appliquent par analogie (articles 5, 8 et 12)<sup>40</sup>. L'adoption des enfants par des couples homosexuels ayant conclu un tel pacte n'est pas prévue. Le projet de loi entrera, maintenant, en phase de débat public et ensuite, il sera mis au vote du Parlement<sup>41</sup>.

## CONCLUSION

En guise de conclusion, qu'il suffise de remarquer que le mariage étant reconnu par la Constitution non seulement comme un droit individuel « classique », mais aussi comme une institution sociale, la mise en œuvre de sa protection dépend largement de la législation ordinaire. Ainsi, ce ne sont pas seulement les dispositions constitutionnelles qui assurent, en droit grec, son respect, mais également celles du Code civil, ou encore celles du droit de sécurité sociale qui lui donnent effet, la jurisprudence des tribunaux jouant également un rôle important à cet égard.

Dans ce cadre, le constitutionnaliste, qu'il soit juge ou non, se trouve dans un rôle évaluatif, à savoir, dans un rôle d'examen et de vérification de la conformité des choix législatifs par rapport aux dispositions constitutionnelles, le juge ayant bien sûr un rôle plus actif, par le développement de la jurisprudence.

En ce qui concerne le « mariage » des personnes de même sexe, qu'on note enfin, qu'à l'heure actuelle le législateur ordinaire semble partager l'opinion prédominante dans la doctrine et la jurisprudence et se limite donc à prévoir l'élargissement du champ d'application du pacte de vie commune prévu actuellement pour les couples hétérosexuels, en proposant notamment l'introduction d'un pacte de vie commune pour les couples homosexuels.

---

40 Les conditions exactes de cette application par analogie aux droits à la sécurité sociale, seront clarifiées par décret présidentiel (article 12).

41 L'extension du pacte de vie commune aux couples homosexuels faisait partie du programme politique du Gouvernement actuel. Selon des déclarations expresses du ministre de la Justice, en février 2015, cette extension ferait partie des premiers projets de loi que le ministère présenterait au vote du Parlement. V. <http://news.in.gr/greece/article/?aid=1231384208> [site informationnel hellénique], « Suppression des prisons de type III et pacte de vie commune pour homosexuels », 09.02.2015.

## HONGRIE

*par András BRAGYOVA\**

### I.- INTRODUCTION

Strictement, il n'est pas de question du mariage des personnes de même sexe en droit constitutionnel hongrois actuel. Toutefois, les rapports juridiques des personnes de même sexe vivant ensemble hors *mariage* ont été abordés plusieurs fois par des décisions de la Cour constitutionnelle dès *avant 2012*, parfois en connexion, négative il est vrai, avec la question du mariage des personnes de même sexe.

Le droit constitutionnel hongrois actuel refuse de reconnaître la légitimité du mariage des personnes de même sexe. À l'heure actuelle la soi-disant Loi Fondamentale (en vigueur depuis le 1er janvier 2012 remplaçant la Constitution) exclut explicitement le mariage des personnes de même sexe, en définissant le mariage comme union des personnes de différent sexe dans son article L.

Les décisions rapportées ci-dessous sont donc sans rapport direct avec le texte actuel de Loi fondamentale en ce qui concerne la question du mariage des personnes de même sexe. En effet, comme on le verra, la Cour constitutionnelle n'a jamais envisagé la notion de mariage en dehors de celle de contenue dans la Loi fondamentale.

Une remarque sans importance juridique. Le mot « homosexuel » est, paraît-il, l'invention de l'écrivain, poète et traducteur bilingue hongrois-allemand du XIX<sup>e</sup> siècle, Karl (ou Károly) Kertbeny.

### II.- LES NORMES DE CONTRÔLE

La Constitution de 1949 et la constitution républicaine de 1989 (résultant d'une modification de fond de la constitution socialiste de 1949-1972<sup>1</sup>.) dans son article 15 garantit l'institution de famille et le mariage, et déclara leur protection de la part de l'État.

---

\* Professeur de droit public à l'université de Miskolc.

1 La constitution communiste de 1949 a connu une première réforme d'importance en 1972. Cette réforme ne change pas fondamentalement la nature du régime, qui reste socialiste, mais ouvre la voie à la réforme de 1989, laquelle constitue un réel changement de régime. Par exemple, la réforme de 1972 proclame la liberté de culte et la séparation de l'Église et de l'État.

Cette disposition avait été adoptée en 1949 pour des raisons idéologiques et tactiques, car la propagande anticommuniste de l'époque avait fortement répandu dans la population l'idée que les communistes avaient pour objectif d'abolir la famille et le mariage, et de créer une communauté des femmes et d'enfants. L'article de la constitution était donc une déclaration politique visant surtout à rassurer cette partie de la population et donc à contrer cet argument. En 1972, la révision de la constitution de 1949 plaça cette disposition dans la partie définissant les fondements de l'ordre social et économique de la constitution. La constitution de 1949 fut profondément remaniée en 1989-1990, faisant de la constitution hongroise une constitution républicaine. Il est important de noter que la Constitution ne définissait jamais la *notion* de famille et de mariage, dont le soin était laissé au législateur, comme on le verra plus bas. Le Code de la famille, adopté en 1952, remplacé par le nouveau Code civil en 2014 contenant le droit de famille, l'avait défini comme l'union d'une femme et d'un homme.

Au contraire, la loi fondamentale de 2011 mentionnée ci-dessus contient une définition du mariage en tant qu'union entre une femme et un homme en vue d'exclure toute autre forme de mariage. Par cette disposition la question constitutionnelle du mariage des personnes du même sexe est, semble-t-il, finie jusqu'à une nouvelle modification de la constitution. Nonobstant ce fait, il existe en droit hongrois, d'après la loi n° XXIX de 2009, une sorte d'équivalent du mariage pour les personnes du même sexe, qui est, selon la Cour constitutionnelle conforme à la Constitution, et qui s'appelle « partenariat enregistré ». Il est conclu devant un officier d'État-civil sous forme solennelle, et publiquement, tout comme le mariage<sup>2</sup>.

Le texte fondamental de la Constitution disait (art 15) : « La République de Hongrie protège le mariage et la famille. » Mais il y avait des textes également importants, surtout le texte sur l'égalité de tous (art 54) et le principe d'égalité (art 70/A). La question était donc, dans les décisions analysées ci-dessous la nature juridique de cette clause de protection et les obligations constitutionnelles découlant pour le législateur de ces normes, par rapport aux normes constitutionnelles ci-dessus citées sur l'égalité de toutes les personnes.

La Loi fondamentale dit dans l'article L que « La Hongrie protège l'institution de mariage en tant que la communauté de vie d'un homme et une femme [sic] créée par accord commun et la famille comme le fondement d'existence de la nation. »

Ce texte exclut sans équivoque la constitutionnalité du mariage des personnes même sexe, tant qu'il sera en en vigueur.

### III.- LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE AVANT 2012

On peut observer une certaine bifurcation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise dans la question du statut constitutionnel des couples du même sexe. D'un côté, la Cour a dit expressément que l'union des personnes de même sexe pourrait avoir une certaine valeur constitutionnelle qui requiert, en vue de l'égalité de dignité des personnes composant ce couple, une reconnaissance juridique. Déjà en 1995 (*ABH* 1995, 82)<sup>3</sup>, dans une décision importante, la Cour a prescrit au législateur d'étendre la reconnaissance juridique des partenaires vivant ensemble hors des liens du mariage reconnu par le Code civil (dans son article 578/G) aux partenaires de même sexe. Désormais le partenariat de facto (non-enregistré) était applicable également aux couples de même sexe et de sexe différent. L'intervention

2 Voir la décision 32/2010 *ABH*, 2010, 194.

3 *ABH* : Recueil officiel des décisions de la Cour constitutionnelle (annuel, depuis 1990).

de la Cour était donc en faveur de l'égalité des couples formés par des personnes de même sexe. Toutefois la Cour constitutionnelle prit le soin de constater que des considérations similaires ne sont pas applicables à l'institution du mariage, celui-ci étant réservé aux seuls partenaires du différent sexe.

De la même manière, en 2002 (37/2002, ABH, 230), la Cour déclara l'inconstitutionnalité d'une disposition du Code pénal en ce qu'elle punissait comme un crime contre les mœurs sexuels seuls les comportements commis par des personnes de même sexe (« lascivité contre la nature ») ; le même comportement commis par des personnes de sexe différent étant sans punition. On peut donc bien dire que la Cour constitutionnelle prit le soin de défendre l'égalité des couples formés par personnes de même sexe, *sauf dans le cas du mariage*.

En ce qui concerne le mariage, par contre, la Cour constitutionnelle refusait toujours d'admettre que la notion de mariage (à l'époque sans définition constitutionnelle) soit interprétée de façon à inclure les personnes de même sexe. L'égalité dignité trouvait sa limite dans le maintien du sens traditionnel du mariage.

Ce conflit est devenu explicite dans une décision de 2008, la plus importante en cette matière. Elle portait sur la constitutionnalité de la loi sur l'union civile (ou partenariat comme on dit) enregistrée, adoptée par le législateur en 2007. Cette loi introduisait l'enregistrement des partenaires de l'union civile (BÉK en hongrois) et s'appliquait de la même manière aux partenaires de même sexe et à ceux de sexe différent. Une clause générale de la loi disait que, sauf disposition contraire, les partenaires enregistrés sont juridiquement équivalents aux couples mariés. Autrement dit, la position juridique des partenaires enregistrés aurait été la même que celle des couples mariés. En conséquence, un couple de même sexe enregistré selon la loi serait en principe juridiquement en position d'égalité avec un couple marié. On peut donc dire que cette loi faisait un grand pas vers la reconnaissance du mariage des personnes du même sexe, sans l'accomplir verbalement.

La Cour constitutionnelle dans une décision rendue en décembre 2008 (154/2008, ABH 2008, 1203) a dit tout de même que la loi était contraire à l'article 15 de la Constitution, lequel protège l'institution du mariage. Il est intéressant quand même de noter que la décision constate expressément (dans le dispositif de la décision) que le partenariat enregistré pour les personnes de même sexe n'est pas inconstitutionnel.

On voit clairement, en particulier si l'on considère les opinions individuelles et l'opinion dissidente, que la question constitutionnelle était pour la Cour le rapport entre la protection constitutionnelle du mariage et la protection non moins constitutionnelle de l'égalité des personnes, quelle que soit leur orientation sexuelle. La Cour reconnaît que l'égalité dignité des personnes (laquelle inclut l'autonomie du choix de la vie sexuelle) demande que les couples de même sexe reçoivent, du moins en principe, un traitement égal.

Toutefois, la Cour trouvait que la protection constitutionnelle du mariage demande au minimum que le législateur préfère juridiquement le mariage à toute institution juridique concurrente. La Cour ne dit pas, bien entendu, que le mariage doit être la forme unique d'union entre deux personnes (de sexe différent), mais elle dit bien que le législateur ne peut traiter comme le mariage les autres formes d'union. C'est la théorie dite de « distance obligatoire » entre le mariage et les institutions alternatives au mariage. La Cour dit qu'il faut une différence de substance (matérielle) entre le mariage et le partenariat enregistré (BÉK).

Il faut bien remarquer que l'argumentation de Cour se dirige plutôt contre le BÉK de partenaires de *sexe différent* car, pour elle, « la concurrence réelle pour le mariage » est la possibilité de conclure une union non-maritale, avec des effets juridiques du « vrai » mariage. La Cour dit explicitement (ABH 2008, 1222) que

« ce danger est décisif pour la constitutionnalité du BÉK ». Il est donc le *ratio decidendi*. En ce qui concerne le BÉK (partenariat enregistré) des personnes *de même sexe*, la Cour était, en effet, plus tolérante en tout cas, mais cette tolérance avait un prix. Pour la Cour le BÉK des personnes de même sexe ne fait pas de « concurrence » au mariage, car le mariage n'est pas ouvert comme forme possible d'union pour eux. Donc, le résultat est que le BÉK, conclu devant l'officier de l'État-civil et selon des formes tout à fait similaires au mariage, est sauvegardé (avec des réserves concernant surtout les droits à la reproduction) pour les personnes de même sexe. L'argument est, vulgairement, qu'il n'y a pas de raison de défendre le mariage contre ceux qui ne peuvent pas conclure mariage. Le prix est évident : la possibilité du mariage des personnes du même sexe est éliminée comme non-existant.

La situation est très différente dans les cas où les partenaires peuvent choisir entre mariage et partenariat enregistré. Ici, pour la Cour, la distance est obligatoire : il est exclu que le législateur crée une institution juridique trop similaire au mariage, dont les effets juridiques sont les mêmes que ceux du mariage. La loi BÉK contenait une règle générale de référence selon laquelle toutes les règles de droit applicables aux personnes mariées et au mariage sont, sauf disposition contraire, également applicables aux partenaires enregistrés. Pour la Cour cette clause générale rendrait le BÉK équivalent juridiquement au mariage, ce qui irait à l'encontre de l'obligation constitutionnelle de protection de mariage. Cette position de la Cour est formulée ainsi : « l'obligation de protection de l'institution du mariage implique que l'État ne peut créer une situation juridique défavorable aux personnes mariées en comparaison avec des personnes ou couples non-mariés. » (Répété dans la décision 32/2010, ABH 2010 194, 206)

La Cour élimine l'argument tiré du principe d'égalité et de la liberté personnelle générale, en disant (ABH 2008, 1225) que les couples de sexe différent et de même sexe ne peuvent pas être traités de manière identique, car ce sont seulement les couples des personnes de différent sexe. Dans ce cas la protection du mariage justifie, plus exactement selon la Cour, exige un traitement différent des personnes mariées et non-mariées.

D'autre part, il faut ajouter que, selon la Cour, la reconnaissance juridique des couples de même sexe est constitutionnellement requise, en vertu de leur dignité personnelle, mais non pas sous la forme de mariage. Il s'ensuit, pour la Cour, que la théorie de « distance obligatoire » entre mariage et partenariat enregistré ne vaut pas pour les couples de même sexe. Le législateur est donc libre de créer un partenariat enregistré pour les couples de même sexe plus proche du mariage, alors qu'il ne peut le faire pour les couples de sexe différent.

Le législateur, suivant les indications assez claires de la décision analysée, adoptait une nouvelle loi en 2009. C'est la Loi XXIX. 2009 déjà mentionnée. Au fait, selon cette loi, dont la constitutionnalité était confirmée par la décision 32/2010 (ABH 2010, 194) de la Cour constitutionnelle, le BÉK (partenariat enregistré) qui jadis devait être ouvert aux couples de même sexe tout comme pour ceux de sexe différent, existe seulement pour les personnes de même sexe. Ce type de BÉK reste, comme mentionné ci-dessus, très proche du mariage, il est célébré dans des formes presque identiques à la cérémonie de mariage devant le même officier d'état-civil. En ce qui concerne les couples/partenaires réputés capable de conclure un mariage, ils ne peuvent pas choisir la même forme d'enregistrement et de célébration, ils peuvent seulement faire enregistrer leur partenariat réglé par le Code civil chez un notaire public. La clause générale prescrivant l'application des règles de droit sur le mariage reste en vigueur (avec des exceptions importantes, toutefois) seulement pour les partenaires enregistrés de même sexe.

## IV.- LES DÉBATS CONSTITUTIONNELS

D'une certaine façon, les débats constitutionnels ont commencé (à l'exception des débats purement théoriques) par la décision analysée ci-dessus, notamment par les opinions individuelles et l'opinion dissidente des juges restés en minorité. Les deux opinions individuelles critiquent la décision majoritaire pour ainsi dire à cause de sa lâcheté, c'est-à-dire qu'elles trouvent la protection du mariage selon la position de la majorité trop faible.

D'autre part, l'opinion dissidente avance comme argument que la protection constitutionnelle du mariage peut évoluer avec les mœurs et qu'il faut donc prendre en considération la conception actuelle du mariage et non pas celle qui prévalait au moment de l'adoption de la constitution.

Du reste, la philosophie de la majorité est paternaliste, car c'est l'État qui prescrit la forme de vie préférable, le mariage dans ce cas, aux citoyens ; tandis qu'une interprétation plus libérale et égalitaire laisse ce soin au libre choix des personnes libres et égales.

En ce qui concerne la doctrine et l'opinion professionnelle, elles acceptaient les deux décisions de la Cour comme satisfaisantes (du moins comme un compromis raisonnable). Il faut bien dire que les organisations ayant pour but la protection des droits des personnes homosexuelles n'avaient pas demandé l'adoption par le législateur du mariage pour les personnes du même sexe. Elles étaient contentes avec la solution législative en vigueur laquelle, comme il a déjà été dit, rend pratiquement leur partenariat enregistré égal au mariage. Il y a, il est vrai, des exceptions, la plus importante étant sans aucun doute l'impossibilité juridique de l'adoption par les couples enregistrés des enfants, même l'enfant d'un d'eux.

Une étude préparée en 2007, avec le soutien des organisations lesbiennes et gays, par l'Institut de Sociologie de l'Académie des Sciences de Hongrie montre que la communauté des personnes directement touchées n'est pas satisfaite de l'état actuel de la législation qu'elle trouve, non sans raison, discriminatoire.<sup>4</sup>

D'ailleurs, la position de la Cour constitutionnelle correspond aux résultats des sondages de l'opinion publique en Hongrie. L'opinion publique est devenue plus tolérante (mais non sans problème et surtout non sans limites) avec la question de la reconnaissance juridique des couples de même sexe ; toutefois la majorité, semble-t-il, n'accepte pas le mariage des personnes de même sexe. L'homophobie est un phénomène bien présent en Hongrie, dont l'intensité varie selon des facteurs sociopolitiques.<sup>5</sup> Cette correspondance ou harmonie, il faut bien le dire, ne justifie nullement les conclusions juridiques de la Cour.

La littérature juridique acceptait avec des critiques la décision de la Cour. Il y avait, bien entendu une critique libérale pour laquelle la décision de la Cour n'est pas satisfaisante<sup>6</sup>, tandis que d'autres auteurs acceptent la décision tout en critiquant

4 V. J. TAKÁCS, L. MOCSONAKI, T. P. TÓTH, *A leszbikus, meleg, biszexuális és transznemű (LMBT) emberek társadalmi kirekesztettség Magyarországon*, MTA Szociológiai Intézet, 2007.

5 Pour une étude approfondie voir : J. TAKÁCS, I. SZALMA, Homofóbia és az azonos nemű partnerkapcsolatok intézményesítettség Európában, *Szociológiai Szemle*, 2012. 61-88 ; voir également : L. TÓTH, *Vélemények a homoszexualitásról*, Esélyegyenlőség, 2008, 55-81.

6 T. DRINÓCZI, « Nyugodjék BÉKében » ? Az Alkotmánybíróság a bejegyzett élettársi kapcsolatáról. *Közjogi szemle* 2009 (2) 39-47.

l'opinion dissidente<sup>7</sup>. Évidemment, pour les auteurs catholiques, tout affaiblissement du mariage est inacceptable, et c'est exactement que l'on voit dans leurs réactions<sup>8</sup>.

En somme, la question du *mariage* des personnes de même sexe n'a jamais été posée comme telle dans la jurisprudence constitutionnelle en Hongrie. Elle a été abordée *indirectement* en examinant les obligations constitutionnelles découlant de la protection du mariage ; ce qui présupposait la définition de l'objet de la protection, donc celle du mariage. On pourrait *alors* supposer et admettre que la notion constitutionnelle du mariage n'est pas rigide et peut changer si l'idée sociale du mariage se transforme. Désormais, depuis 2012, la Loi fondamentale est un obstacle constitutionnel de cette transformation éventuelle.

\*

Pour finir, il est à noter que l'effet pratique *immédiat* de ces débats constitutionnels et théoriques est, semble-t-il, assez minime. Selon les données de l'Office Central de Statistique de Hongrie, le nombre des partenariats enregistrés (donc des partenaires du même sexe) depuis 2009 était toujours *inférieur à cent* par an (voir : [www.ksh.hu](http://www.ksh.hu)).

---

7 A. JAKAB, Az Alkotmánybíróság első határozata a bejegyzett élettársi kapcsolatról : a házasság védelme és a jogbiztonság : 154/2008 (XII. 17.) AB határozat, Jogesetek magyarázata : JeMa, 2010 (1) 9-16.

8 Par exemple, A. HÁMORI, A "bejegyzett élettársi kapcsolat" szabályozásának alkotmánybírósági megítélése és szabályozásának vitás kérdései, Magyar jog, 2011 (58)93-102.

## IBÉRO-AMÉRIQUE\*

*par Grenfieth de J. SIERRA CADENA\*\**

La question du mariage entre personnes de même sexe nourrit en Ibéro-Amérique un débat juridique protéiforme caractérisé par une opposition entre les traditions civilistes issues de la culture juridique du Code Napoléon et les avatars du constitutionnalisme contemporain venus d'Allemagne et d'Espagne. Par ailleurs, l'organisation territoriale de l'État – modèle unitaire décentralisé ou fédéralisme politique – détermine si la transformation de la notion de mariage relève davantage d'un activisme du juge ou de l'initiative du législateur.

Des pays comme l'Argentine, l'Uruguay, le Brésil, le Mexique, la Colombie, le Chili et l'Espagne ont approuvé le mariage ou les unions civiles pour les couples de même sexe. Cette apparente existence d'une culture juridique commune ibéro-américaine (fondée sur l'héritage juridique et culturel espagnol et portugais en Amérique) incite à penser à un modèle standardisé de solutions cependant le chemin parcouru par chacun de ces pays est marqué par des différences notables notamment s'agissant de la procédure juridique suivie pour adopter le texte, son interprétation constitutionnelle ou encore les effets juridiques du mariage ou de l'union ainsi consacré. La forme fédérale du Brésil, du Mexique et de l'Argentine, le modèle d'État unitaire décentralisé de la Colombie, du Chili, de l'Uruguay et de l'Espagne, le rôle actif du parlement ou du juge d'autre part sont autant de signes distinctifs révélateurs du pluralisme des formes juridiques du mariage entre couples de même sexe en Ibéro-Amérique. Mais au-delà de ces spécificités, on constate une circulation de notions, d'arguments et d'interprétations juridiques entre ces États. Par ailleurs, les notions de famille, de mariage, d'égalité et de dignité humaine constituent dans chacun d'eux les éléments substantiels du débat constitutionnel. Une autre révolution se prépare parallèlement à l'échelle régionale : celle de la Cour

---

\* Les nations américaines de langue hispanique et portugaise et la péninsule ibérique intègrent la Communauté ibéro-américaine des nations, qui réalise annuellement un sommet ibéro-américain auquel participent les chefs d'État et de gouvernement des pays membres. La Charte culturelle ibéro-américaine définit l'Ibéro-Amérique comme un « espace culturel dynamique et singulier ; dans ce dernier on reconnaît une profondeur historique notable, une pluralité d'origines et des manifestations variées ».

\*\* Professeur de droit public à l'Université du Rosario (Bogotá, Colombie), ATER en droit public à Sciences Po Toulouse, Docteur en droit public comparé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Je remercie Virginie Lanceron pour sa relecture de l'article.

interaméricaine des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Atala Riffo y Niñas c. Chili* du 24 février 2012, les juges ont reconnu pour la première fois un droit de garde parentale à une mère homosexuelle qui faisait vie commune avec sa compagne. Néanmoins, une telle évolution du mariage et de la famille à l'échelle régionale soulève de profondes contradictions et de nouvelles questions d'une importance capitale pour l'avenir du droit public comparé dans sa double dimension subjective (droits fondamentaux) et objective (sécurité juridique et dignité humaine).

Pour comprendre la diversité d'approches dont fait l'objet cette institution juridique *a priori* traditionnelle et stable qu'est le mariage, le droit international privé est borné par son principe de reconnaissance mutuelle entre États. En revanche, le droit public comparé peut aborder la question du mariage en Ibéro-Amérique à partir d'une lecture juridique transversale à deux vitesses : d'abord en considérant une compression des traditions constitutionnelles nationales ; ensuite à partir de la pluralité des interprétations juridiques proposées par les législateurs et les juges. L'étude se divisera ainsi en deux parties. La première analysera le débat constitutionnel qui caractérise le mariage homosexuel en étudiant les arguments exposés dans les législations et dans les jurisprudences constitutionnelles tandis que la seconde traitera de la circulation des concepts de mariage en mettant en lumière l'émergence d'une nouvelle anthropologie de la famille dans l'ordre juridique régional.

## I.- LE DÉBAT CONSTITUTIONNEL

En Ibéro-Amérique, la notion de famille constitue l'axe central du débat juridique sur le mariage homosexuel. Pour ses défenseurs, les nouvelles configurations de la famille contemporaine demandent de reconnaître l'égalité juridique entre les couples hétérosexuels et homosexuels dans le mariage. Pour ses opposants, la défense de la notion de famille hétérosexuelle (construite par la tradition du droit romain, consacrée par le Code civil français et adoptée par la culture juridique latino-américaine au XIX<sup>e</sup> siècle sous l'influence notamment du juriste vénézuélien Andrés Bello)<sup>1</sup> doit être préservée au nom d'un ordre naturel en tant que critère objectif du droit. Le débat constitutionnel a connu deux principaux forums : celui du parlement et celui du prétoire du juge.

### A.- Dans l'esprit de la loi

Jusqu'à récemment, la Constitution espagnole et les constitutions latino-américaines affirmaient que le mariage est un contrat entre un homme et une femme (art. 32, Espagne ; art. 42, Colombie ; art. 121, Mexique ; art. 226, Brésil). Le juge ibéro-américain ne reconnaissait pas d'égalité entre la notion de mariage et d'union de fait. Le mariage entre un homme et une femme était une forme de coexistence protégée et privilégiée par la Constitution et la loi lui attribuait un régime spécifique. Aussi a-t-il été nécessaire de réformer le cadre légal existant en vue de garantir une égalité entre couples hétérosexuels et homosexuels.

En Espagne, la loi 13/2005 du 1<sup>er</sup> juillet 2005<sup>2</sup> a reconnu (pour la première fois dans l'aire juridique ibéro-américaine) la possibilité de conclure un mariage à des personnes de même sexe en modifiant le Code civil dans sa partie relative au droit au

<sup>1</sup> Eduardo ZULETA ÁNGEL, « El humanismo de don Andrés Bello y el Código Civil », *Revista del Colegio Mayor del Nuestra Señora del Rosario*, Vol. 53, n°446, junio de 1958, p.27.

<sup>2</sup> Espagne, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>.

mariage<sup>3</sup>. Le Code civil espagnol dispose désormais dans son article 44 : « *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo* » (Le mariage aura les mêmes conditions et effets que les deux contractants soient de même sexe ou de sexe différent). Les droits et devoirs du mariage ont ainsi été étendus aux couples mariés homosexuels comme le précisent les articles 66 (« *Los cónyuges son iguales en derechos y deberes* ») et 67 du Code civil (« *Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia* ») ; à savoir le respect, l'entraide, la fidélité au nom de l'intérêt de la famille. En 2010, l'Argentine a été le premier pays latino-américain à reconnaître un droit au mariage aux couples homosexuels. La loi 26 618<sup>4</sup> (précisée par le décret 1054/2010) a été votée par le Sénat sur le fondement des articles 144, 172, 188, 206, 212, 220, 264, 272, 287, 291, 294, 296, 307, 324, 326, 332 et 354 du Code civil argentin qui règlent les conditions du mariage ainsi que les droits et devoirs relatifs à la filiation. Le changement le plus important a cependant été réalisé par la réforme de l'article 172 du Code civil qui a substitué dans la définition du mariage l'expression « entre un homme et une femme » par une disposition selon laquelle « le mariage aura les mêmes effets indépendamment que les contractants soient de même ou différent sexe » (« *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo* »). Le droit à l'adoption a également été transformé à travers la révision de l'article 312 du Code civil argentin qui dispose à présent que « *persona ne peut être adopté par plus d'une personne simultanément, sauf lorsque les adoptants sont des conjoints* » (« *Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges* »). Comme en Espagne, la loi a fait l'objet d'un contrôle – *a posteriori* – de la part du juge constitutionnel en vue de déterminer si l'égalité reconnue entre couples hétérosexuels et homosexuels respectait le bloc de constitutionnalité ainsi que les conventions internationales ratifiées par l'Argentine garantissant la protection de la famille, du mariage en tant qu'union entre un homme et une femme et du droit de l'enfant à avoir un père et une mère. En 2013, ce fut au tour du parlement de l'Uruguay de voter la loi 19 075<sup>5</sup> qui a consacré le mariage pour les couples de même sexe en modifiant l'article 83 du Code civil : « *Artículo 83.- El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo* » (Le mariage civil est l'union permanente, en accord à la loi, de deux personnes de différent ou même sexe). Puis le 13 avril 2015, le parlement chilien a promulgué la loi 20 830<sup>6</sup> reconnaissant « l'union civile » pour les couples de même sexe. La spécificité de la loi chilienne au regard des lois argentine et uruguayenne réside dans l'absence de modification de l'article 102 du Code civil chilien qui définit le mariage comme l'union entre un homme et une femme. La loi 20 830 crée en effet un régime juridique à part qui étend quelques

3 *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. En Espagne le débat a été très intense et une partie de la doctrine a relevé la contradiction entre cette loi et deux articles constitutionnels : l'article 32 (mariage) et l'article 14 (égalité). Néanmoins, selon le Conseil d'État espagnol saisi pour donner son avis consultatif sur le projet de loi, une telle contradiction n'existe pas car « le constituant fait exception à un principe selon lequel les droits et libertés contenue dans le titre 1<sup>er</sup> s'appliquent sans distinction d'aucune sorte et notamment de sexe et sont exprimés par des formules neutres telles que (tout citoyen) (toute personne) » Ainsi, les articles 32 et 14 doivent être interprétés conformément à la technique constitutionnelle de la proportionnalité : l'article 14 et le titre 1<sup>er</sup> de la Constitution relatif aux « droits et libertés » constituent la partie dogmatique, substantielle de la Constitution ; l'article 32 est une notion *prima facie* qui peut être limitée car elle s'oppose à l'égalité, les principes et les droits du Titre 1<sup>er</sup> de la Constitution. Voir : Béatrice JALUZOT, « Le mariage entre personnes de même sexe », *RIDC*, 2-2008, p. 420.

4 Argentine, <http://www1.hcdn.gov.ar/BO/boletin10/2010-07/BO22-07-2010leg.pdf>.

5 Uruguay, <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=19075&Anchor>.

6 Chili, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1075210>.

effets du mariage prévus par le Code civil aux couples homosexuels signant une union civile<sup>7</sup>. Précisément, la loi définit dans son article 1<sup>er</sup> l'union civile comme « *un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil* » (« un contrat célébré entre deux personnes qui partagent un foyer commun dont l'objet est de régler les effets juridiques résultant de leur vie affective commune, de caractère stable et permanent. Les cocontractants seront dénommés conjoints civils et seront considérés comme une famille au regard des effets prévus à l'article 42 du Code civil »).

À travers cette loi spécifique, le législateur chilien a préféré prévoir un nouveau régime plutôt que d'étendre les conditions de conclusion d'un mariage prévues dans le Code civil aux couples de même sexe. L'union civile ainsi reconnue a créé le statut de « *conviviente civil* » (conjoint civil) engendrant des droits et obligations juridiques et patrimoniales qui ne concernent que les couples de même sexe. Le droit comparé révèle ainsi la persistance d'une distinction substantielle entre mariage et union civile parmi les États ibéro-américains.

### B.- Dans la bouche du juge

S'agissant de l'argumentation constitutionnelle utilisée par les juges qui ont dû trancher le débat sur le mariage des couples de même sexe, on constate qu'elle se fonde avant tout sur une analyse de proportionnalité mettant en balance la protection du droit à l'égalité, le respect de la dignité humaine et le droit à constituer une famille pour tous les couples stables qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. Outre ces éléments relevant des droits subjectifs, les juges constitutionnels ont aussi été contraints de prendre en considération l'organisation territoriale de leur État et la question de l'application de leur jurisprudence. Dans des pays fédéraux comme le Brésil et le Mexique, le juge suprême fédéral s'est d'abord prononcé sur la question de savoir si la reconnaissance par un État de la fédération du mariage entre personnes de même sexe devait être étendue à l'ensemble de la fédération. Autrement dit, existe-t-il une interprétation constitutionnelle à vocation générale du mariage ? Existe-t-il un effet de reconnaissance mutuelle et obligatoire de l'état civil des personnes dans tous les États de la fédération ?

La Colombie en tant qu'État unitaire décentralisé fait figure d'exception. L'argumentation utilisée par la Cour constitutionnelle colombienne pour trancher la question du mariage des couples de même sexe a fait l'objet d'un débat juridique animé marqué par le refus du parlement de légiférer sur le sujet et l'activisme religieux du ministère public. Le juge constitutionnel colombien s'est toujours déclaré limité constitutionnellement pour modifier la notion de mariage établie par la Constitution (entre un homme et une femme), mais il a en revanche statué sur l'obligation pesant sur le législateur de construire un cadre juridique qui puisse garantir l'égalité et la dignité humaine entre couples hétérosexuels et homosexuels ayant l'intention de fonder une famille.

---

7 Par exemple : « Art. 42, 96 y 96, 124 a 127, 141a 149, 184, 1456,1457, las reglas del Párrafo 3º del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil, Lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 y en el número 1º del artículo 462, ambos del Código Civil, será aplicable a los convivientes civiles », et autres.

*Le juge fédéral*

En 2013, le Conseil National de la Justice du Brésil<sup>8</sup> (CNJB) a enjoint (*Resolução* n° 175, 14 mai 2013) aux notaires de tout le pays d'enregistrer les mariages civils de couples de même sexe et parallèlement ordonné de convertir les « unions stables » en mariage<sup>9</sup>. On peut lire cette démarche comme une reconnaissance constitutionnelle (indirecte) du mariage homosexuel dans toute la fédération brésilienne. Cette décision s'inscrit dans la continuité d'un célèbre arrêt du Tribunal Suprême fédéral du Brésil (TSFB) qui en 2011 (TSF, ADI 4277/D, 05/05/2011) avait reconnu aux personnes de même sexe en union de fait le droit de se constituer en tant que famille. À la lumière de l'article 226 de la Constitution fédérale du Brésil<sup>10</sup>, la TSFB avait reconnu comme constitutionnelles les « unions stables » des couples homosexuels<sup>11</sup>. C'est à partir de l'interprétation de cet article que le TSFB a considéré comme constitutionnel le fait que « l'union stable » entre un couple de même sexe soit reconnue comme une entité familiale et en conséquence ordonné aux pouvoirs publics de faciliter sa conversion en mariage dans le respect du principe d'égalité entre couples. Pour le TSFB, l'interprétation correcte de l'article 226 est donc celle-ci : l'union stable (de deux personnes sans distinction de sexe) est reconnue comme une entité familiale ; la loi doit faciliter sa conversion en mariage. Plusieurs États de la fédération brésilienne ont légiféré en ce sens pour se conformer à l'arrêt du TSFB. Ainsi, le Tribunal Supérieur de Justice de Porto Alegre a pu favorablement trancher la demande de mariage d'un couple de femmes. De même, en 2011, un juge de l'État de Sao Paulo a converti une « union stable » en mariage en se fondant sur l'article 226 de la Constitution. Après la décision du TSFB de 2011, le Congrès National du Brésil a toujours refusé de débattre d'une loi de réglementation du mariage entre couples de même sexe ce qui explique la décision du Conseil National de la Justice du Brésil en 2013 qui surmonte le refus du législateur et permet de reconnaître le mariage homosexuel. Le droit comparé peut interpréter cette décision brésilienne comme un mouvement juridique en deux étapes : la première est substantielle avec une reconnaissance constitutionnelle par le TSFB en 2011 à travers son interprétation de l'article 226 de la Constitution ; la seconde est procédurale avec l'ordre administratif et légal prononcé par le Conseil National de la Justice.

Au Mexique le mariage entre couples de même sexe a vécu un processus de reconnaissance particulier. En 2009, l'Assemblée Générale du District fédéral de la

8 Organe d'administration de la justice au Brésil.

9 « A partir desta quinta-feira (16/5) cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva, como estabelece a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O texto aprovado pelo CNJ proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo ». Source : <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>.

10 Brésil, TSF, ADI 4277/DF — Distrito federal ação direta de inconstitucionalidade Relator (a) : Min. Ayres BRITTO Julgamento : 05/05/2011 Órgão Julgador : Tribunal Pleno.

11 « Art. 226. La famille, base de la société, bénéficie d'une protection spéciale de l'État. Paragraphe premier. Le mariage est civil ; sa célébration est gratuite. § 2. Le mariage religieux produit des effets civils selon les termes de la loi. § 3. Au regard de la protection de l'État, l'union stable entre l'homme et la femme est reconnue comme une entité familiale ; la loi doit faciliter sa conversion en mariage. § 4. Par entité familiale s'entend également la communauté formée par l'un quelconque des parents et ses descendants ».

ville de Mexico a voté en faveur du mariage entre couples de même sexe<sup>12</sup>. L'article 146 du Code civil de l'État a été révisé afin de pouvoir célébrer un mariage entre deux personnes et non nécessairement entre un homme et une femme. Son article 391 a également été modifié afin d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe. Ces deux réformes législatives réalisées par le District fédéral de la ville de Mexico ont eu des conséquences immédiates dans l'ensemble de la fédération. La Constitution fédérale du Mexique dispose en effet dans son article 121<sup>13</sup> que les actes civils célébrés dans l'un des États de la fédération ont une validité juridique dans tous les autres États. Pour les opposants au mariage homosexuel, cette conséquence collatérale constituait une violation du pacte fédéral au motif que la Constitution fédérale du Mexique ne reconnaissait pas un tel mariage. La Cour suprême fédérale du Mexique (CSFM) a alors été saisie d'un recours en constitutionnalité par les États de Baja California, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Sonora y Tlaxcala afin de se prononcer sur la constitutionnalité de la réforme du Code civil du District fédéral de Mexico à la lumière de l'article 121 de la Constitution.

En août 2010 la CSFM s'est prononcée. Pour trancher l'affaire, les juges ont procédé à une double interprétation de l'article 121 de la Constitution fédérale. Ils ont d'abord reconnu que par son caractère fédérateur elle implique que les actes civils d'un État doivent être reconnus par les autres États, mais ont aussi considéré qu'elle ne signifie pas nécessairement l'extraterritorialité d'une loi d'un État, c'est-à-dire sa reconnaissance par les autres États de la fédération, en l'absence d'obligation de légiférer dans le même sens. La souveraineté des États est toujours préservée. Finalement, la CSFM a tranché en pondérant deux arguments contradictoires : les juges affirment que les actes civils d'un État doivent faire l'objet d'une reconnaissance obligatoire par les autres États bien qu'il existe une contradiction légale avec la législation locale. Pour surmonter un tel dilemme dans l'interprétation de la Constitution, la CSFM a fait valoir comme argument central le paragraphe IV de son article 121<sup>14</sup>. Selon les juges, les actes d'état civil (comme le mariage) en accord avec les lois d'un État ont pleine validité dans tous les autres États sans qu'une telle reconnaissance ne mette en cause la fédération. Pour assurer l'effectivité d'une telle reconnaissance, la CSFM a élargi le recours à l'*amparo*, action directe ouverte aux citoyens visant la protection constitutionnelle de droits subjectifs (égalité, dignité humaine, droit à fonder une famille). Cette procédure est devenue un instrument de protection fédérale des droits subjectifs pour les couples homosexuels qui permet de donner une valeur juridique à un acte civil de mariage dans un État qui ne le reconnaît pas. La CSFM justifie ce recours à l'*amparo* par le fait que la non-reconnaissance du mariage homosexuel par l'un des États de la fédération constituerait un acte de discrimination. Or au Mexique tout acte de discrimination, dans tous les États, est reconnu en tant que délit. La CSFM a ainsi surmonté le dilemme de la contradiction constitutionnelle entre droits subjectifs et souveraineté des États d'abord en faisant valoir le critère substantiel de l'interdiction

12 L'adoption a été aussi abordée par la CSF de Mexico lors qu'elle a analysé la constitutionnalisation de la réforme de l'article 391 du code civil. La CSF considère qu'il n'existe pas une notion idéale de famille et dès lors le droit de l'enfant à avoir une famille n'est pas contradictoire avec l'adoption par des couples de même sexe. À la lumière du principe de proportionnalité, du droit à l'égalité et à la dignité humaine, le mariage entre personnes de même sexe et l'adoption ne sont pas contraires à la Constitution fédérale du Mexique. Peu à peu des États comme Quintana Roa ou Jalisco ont commencé à légiférer sur le mariage entre personnes de même sexe.

13 « Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes ».

14 « IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros ».

de la discrimination, ensuite en instrumentalisant la procédure de protection des droits subjectifs dans toute la fédération. La souveraineté des États de la fédération est ainsi subordonnée à la protection de droits subjectifs.

### *Le juge national*

En matière d'intervention du juge, la Colombie constitue à nouveau un cas à part. La participation du juge constitutionnel a été motivée par le besoin de reconnaissance de droits aux couples de même sexe, mais celui-ci n'a jamais pleinement consacré le mariage entre personnes de même sexe, ni l'adoption. La Cour constitutionnelle colombienne (CCC) a développé une jurisprudence qui a procédé à des reconnaissances graduelles de droits subjectifs pour les couples homosexuels, mais sans jamais trancher définitivement sur la question du mariage. L'arrêt C-075/07<sup>15</sup> marque le début de la reconnaissance de droits patrimoniaux aux couples homosexuels. Dans l'arrêt C-336/08<sup>16</sup>, les juges ont affirmé l'existence d'un droit à l'héritage de la pension retraite pour la compagne stable survivante d'une femme. En outre, dans les arrêts d'*amparo* T-911/09<sup>17</sup> et T-051/10<sup>18</sup> et dans les arrêts C-029/09<sup>19</sup> et C-283/11<sup>20</sup>, la Cour constitutionnelle s'est efforcée de consacrer les mêmes droits patrimoniaux que les couples hétérosexuels aux couples de même sexe. C'est le cas par exemple du droit à la retraite du conjoint décédé au profit du conjoint survivant, ou encore du droit à la moitié du patrimoine conjugal possédé par le couple au décès de l'un des conjoints.

La CCC a en outre été saisie d'un recours en vue de se prononcer sur la constitutionnalité de l'article 113 du Code civil qui définit le mariage comme l'union entre un homme et une femme. Dans l'arrêt C-577/11<sup>21</sup>, elle s'est déclarée incompétente constitutionnellement pour modifier les lois qui décident de l'état civil des personnes et en particulier du mariage entre un homme et une femme au motif que la Constitution colombienne définit dans son article 42 le mariage comme l'union entre un homme et une femme<sup>22</sup>. Néanmoins, la CCC a pu affirmer qu'une telle limitation procédurale ne peut être comprise comme une limitation substantielle des droits de couples de même sexe pour s'organiser en tant que famille dans le cadre d'une institution juridique qui leur accorde les mêmes droits et obligations que le mariage pour les couples hétérosexuels. Pour rendre effective une telle protection, la CCC a ordonné au Parlement de légiférer dans un délai de deux ans sur l'union entre couples de même sexe afin de garantir leurs droits ; comme l'a aussi fait le Tribunal Suprême fédéral du Brésil dans son arrêt du 2011. Les juges ont aussi précisé que si dans un tel délai le parlement ne s'était pas prononcé, les couples de même sexe disposaient du droit immédiat de conclure une « union civile » devant un juge ou un notaire. Une fois le délai accompli en 2013, le parlement n'avait pas encore légiféré à propos de l'« union civile » homosexuelle qui de fait est tout de même entrée en vigueur conformément aux déclarations du juge.

15 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>.

16 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-336-08.htm>.

17 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-911-09.htm>.

18 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-051-10.htm>.

19 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-029-09.htm>.

20 Source : <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-283-11.htm>.

21 M. Páez RAMÍREZ, « La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia », *Revista Derecho del Estado*, n°13, 2013, p. 231-257.

22 « Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla ».

Quant au Tribunal constitutionnel espagnol (TCE), il a été saisi d'un recours en inconstitutionnalité (6864-2005)<sup>23</sup> contre la loi 13/2005 qui a modifié les articles 44, 66, 67 du code civil en instituant le mariage pour les couples homosexuels. Cet arrêt revêt une importance majeure pour la doctrine ibéro-américaine, car elle aborde la problématique classique du pouvoir d'interprétation-modification de la Constitution dont dispose le juge. La question de droit principale posée aux juges portait sur la constitutionnalité de la révision de l'article 44 du Code civil qui dispose : « le mariage aura les mêmes conditions et les mêmes effets que les deux contractants soient de même ou différent sexe » (« *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo* »). La réforme a aussi consacré de nouvelles notions de la famille en remplaçant les mots de « mari et femme » « époux et épouse », « père ou mère » dans les articles 66 et 67 du Code civil par ceux de « conjoints », « consorts », « parents » ou « géniteurs ». La requête en inconstitutionnalité affirmait par ailleurs que la loi 13/2005 est contraire à l'article 32 de la Constitution espagnole qui dispose que le mariage est l'union entre un homme et une femme : « *Artículo 32. 1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos* ». Enfin, les requérants soutenaient que la réforme du Code civil avait modifié toute la base normative de l'institution du mariage comme de la famille en Espagne<sup>24</sup>.

Dans un arrêt du 6 novembre 2012, le TCE débute son examen de la constitutionnalité sur la loi 13/2005 en précisant qu'une telle analyse ne peut pas être fondée sur la hiérarchie normative entre la Constitution et la loi. Le recours doit être résolu par une analyse de proportionnalité entre la Constitution et les normes qui font partie du bloc de constitutionnalité. Les juges considèrent ainsi que la prise en compte de la hiérarchie normative n'est pas le dispositif le plus approprié pour déterminer la constitutionnalité de la loi 13/2005 qui doit être interprétée à la lumière de l'article 32 de la Constitution espagnole, laquelle intègre un ensemble de

23 Source : <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/jurisprudencia/Pages/Sentencia.aspx?cod=20674>.

24 Le recours était fondé sur huit motifs d'inconstitutionnalité portant sur : la notion de mariage de l'article 32 de la Constitution espagnole (CE) ; les traités internationaux des droits fondamentaux de l'article 10.2 de la CE ; sur le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination des articles 14, 1.1 et 9.2 de la CE ; la protection de la famille et des enfants de l'article 39.1.2.4 CE ; l'inadéquation des normes juridiques de l'article 53.1 CE ; le principe de hiérarchie normative de l'article 9.3 CE ; le principe d'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics de l'article 9.3 CE ; la réforme de la constitution de l'article 167 CE. Cependant le TCE a décidé de regrouper tous ces motifs dans une seule charge d'inconstitutionnalité, celle portant sur l'article 32 de la CE relatif au mariage. Au-delà de considérations d'ordre moral, la requête soutenait que la loi 13/2005 a réformé la Constitution de 1978 au motif qu'elle aurait changé le sens des mots « famille » et « mariage », donc a eu des effets sur force normative de la Constitution. Le recours s'attaque ainsi principalement à l'inconstitutionnalité de la technique de « l'interprétation évolutive de la constitution » qui a permis au législateur de modifier les conditions pour contracter un mariage en les étendant aux couples homosexuels. Le recours précise que le pouvoir de réformer la Constitution appartient seulement au constituant en conséquence il y aurait vice d'inconstitutionnalité à reconnaître des droits aux couples homosexuels en dénaturant une institution constitutionnellement protégée comme le mariage afin de pondérer un conflit inexistant entre droits singuliers. Et éendre le mariage aux couples homosexuels serait une réforme non nécessaire pour garantir des droits qui peuvent être protégés d'une autre façon. L'argument soutenu est qu'il est possible de reconnaître des droits aux couples de même sexe sans porter atteinte à une institution comme le mariage constitutionnellement définie et protégée. Finalement, la demande expose que la jurisprudence du TCE a construit une distinction entre les droits fondamentaux à partir de sa double vocation : subjective et objective. Cette dernière impose au législateur l'obligation de protéger des principes comme l'ordre public et l'intérêt général. Or ces valeurs auraient été atteintes lorsque la loi a élargi l'accès au mariage en éliminant l'un de ses éléments constitutifs prévu dans la Constitution, l'hétérosexualité.

traités internationaux et européens de protection des droits fondamentaux relatifs à la famille et à l'enfant.

En suivant cette logique, le TCE a rejeté l'un des premiers arguments du recours qui demandait de reconnaître la violation de l'article 14 de la Constitution reconnaissant le droit à l'égalité. Selon le TCE, l'extension du mariage aux couples homosexuels ne représentait pas nécessairement une violation de l'égalité, car les mariages entre hétérosexuels ou entre homosexuels ne sont pas des réalités différentes. Le TCE a pu préciser que dans sa jurisprudence, il avait déjà considéré que l'argument de l'égalité ne pouvait justifier une pratique discriminatoire (« discrimination par indifférenciation »), précisément parce qu'il n'y a pas d'excès d'égalité en ouvrant le mariage aux couples de même sexe. N'est donc pas censurable constitutionnellement le fait que des couples homosexuels qui ont des caractéristiques spécifiques par rapport aux couples hétérosexuels puissent se marier.

Le point de vue du droit comparé nous permet de relever que les positions argumentatives et le raisonnement juridique des juges constitutionnels colombien et espagnol ne sont pas éloignés. Tous deux réalisent une interprétation extensive de la constitution et ordonnent au législateur de créer un cadre juridique approprié ouvrant le mariage pour les couples homosexuels. Les juges espagnol et brésilien se sont reconnus compétents pour modifier le sens de l'interprétation de leur constitution respective (article 32, Constitution espagnole ; article 42, Constitution colombienne) en se fondant sur une conception évolutive de la constitution. Dans le cas espagnol, pour pouvoir déclarer constitutionnelle la loi votée par le parlement ; dans le cas colombien au contraire pour se déclarer incompétent pour modifier le sens de l'interprétation de l'article 42 de la Constitution. La Cour constitutionnelle colombienne a cependant développé comme le juge brésilien un chemin juridique alternatif en ordonnant au législateur de légiférer positivement afin de garantir les droits des couples homosexuels dans les mêmes conditions que les couples mariés à travers la création d'une institution juridique alternative, mais pas éloignée du mariage.

## II.- LA CIRCULATION DES CONCEPTS

La double vocation constitutionnelle du mariage entre couples de même sexe, en tant qu'institution et en tant que droit fondamental, demande une protection à la fois objective et subjective. Afin de la garantir, les juges du Mexique, Brésil, Colombie et Espagne se sont posés les questions suivantes : étendre le mariage aux couples homosexuels représente-t-il un affaiblissement des droits des couples hétérosexuels ? Une telle extension d'un droit subjectif dénature-t-elle l'institution objective du mariage ? Ce faisant, le législateur a-t-il statué en dehors de la Constitution ? Le mariage et la famille ne sont-ils seulement que des concepts juridiques ? Toutes les réponses apportées révèlent une lecture évolutive du couple et de la Constitution. On y décèle une nouvelle anthropologie de la famille.

### A.- Une nouvelle anthropologie de la famille

Les premiers indicateurs d'un changement de conception de la notion de famille en Ibéro-Amérique sont apparus en Espagne avec la réforme législative de 1981 qui a créé les conditions de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le mariage et mis fin à la distinction entre enfants nés dans le cadre marital et ceux nés en dehors du cadre marital. La loi a ainsi permis la flexibilisation de la notion de famille en mettant le mariage traditionnel et l'union de fait sur un pied d'égalité. En

1992, le Tribunal Constitutionnel espagnol a explicitement reconnu à des personnes dans une situation d'union de fait la même protection que celle accordée aux couples mariés garantie par l'article 39 de la Constitution. Par ailleurs, en 1995, une loi d'aide aux victimes de violence a prévu un droit à la cohabitation y compris au couple homosexuel<sup>25</sup>. En Amérique latine, les mutations de la notion de famille ont débuté sous l'influence du constitutionnalisme espagnol puis se sont accélérées avec la réception des théories du nouveau constitutionnalisme durant les années 1990<sup>26</sup>. Les plus grandes transformations constitutionnelles se sont produites en Colombie, au Mexique, au Brésil et en Argentine. Les juges et les législateurs ont procédé à la déconstruction de la notion de la famille telle qu'elle ressortait du Code civil<sup>27</sup>. Cette évolution s'inscrit dans un mouvement de constitutionnalisation du droit privé. Pour prendre l'exemple de la Colombie, à la lumière de la jurisprudence espagnole<sup>28</sup>, la Cour constitutionnelle dans l'arrêt C-109 de 1995 (interprétant l'article 44 de la Constitution) a entamé une redéfinition de la notion de famille. Le juge colombien a considéré que le droit à la filiation doit être interprété comme un droit fondamental de l'enfant c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister de distinction entre les enfants nés dans le cadre d'une famille constituée par le mariage ou dans le cadre d'une relation hors mariage. Il s'agit de préserver un droit à l'égalité pour tous les enfants. La notion de famille a alors commencé sa migration en dehors du mariage. C'est une nouvelle anthropologie de la famille que s'est installée, de plus en plus éloignée de l'argument de la famille naturelle constituée par le mariage hétérosexuel issu de la tradition romaine et repris dans le Code civil.

La reconnaissance juridique de la relation entre personnes de même sexe est une seconde révolution encore plus profonde pour la notion de famille. À partir des années 2000, « l'union civile » entre couples de même sexe est acceptée dans plusieurs ordres juridiques latino-américains<sup>29</sup>. Cette révolution juridique s'est consolidée avec la conjonction de deux mouvements normatifs : d'une part celui enclenché par le législateur qui en Espagne, en Argentine, en Uruguay et au Chili a procédé à une réforme de la législation civile afin de permettre aux couples de même sexe de se marier et d'adopter (sauf au Chili) ; d'autre part, celui initié par le juge constitutionnel qui en Colombie, au Mexique, au Brésil, mais aussi en Espagne (voir le contrôle constitutionnel de la loi sur le mariage entre les couples de même sexe), a opté pour une interprétation constitutionnelle extensive de la notion de famille incluant le mariage et les unions civiles des couples homosexuels.

Cette extension de la notion de famille n'a pas été sans poser quelques questions en matière de sécurité juridique en principe garantie par le droit civil. Le législateur et le juge se retrouvent en effet face à un dilemme : « *il n'a pas été possible à ce jour d'établir une définition de la famille qui ait valeur universelle alors même que la réalité de ce que ce terme recouvre se rencontre dans toutes les sociétés présentes et passées. Il est même avéré que le mode conjugal et monogamique que nous avons en tête, dans la mesure où il correspond à l'expérience vécue des sociétés occidentales, est le plus répandu. Mais il n'est pas le*

25 Olga SANCHEZ MARTINEZ, « Constitución y parejas de hecho, el matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares », *Revista española de derecho constitucional*, Enero-Abril 2000, p. 45-69.

26 Josefina ROSSETTI, *Hacia un perfil de la familia actual en Latinoamérica y el Caribe*, CEPAL, 1992.

27 Jorge DEL PICÓ RUBIO, « Evolución y actualidad de la concepción de familia : una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la reforma del derecho matrimonial chileno », *Ius et Praxis*, 17 (1), 2011, p. 31-56.

28 José Alejandro MACHADO-JIMÉNEZ, « La transformación del concepto constitucional de familia. Alcances de una problemática teórica », *DÍKAION*, 23 (1), 2014, p. 93-133.

29 Mario PECHENY, « De la « no-discriminación » al « reconocimiento social ». Un análisis de la evolución de las demandas políticas de las minorías sexuales en América Latina », in *Ponencia para el XXIII Congreso de la Latin American Association*, Washington DC, 2001.

seul »<sup>30</sup>. Ces sociétés occidentales contemporaines ont décidé que la famille ne pouvait juridiquement être construite sur un principe de polygamie (polygynie ou polyandrie) et que l'hétérosexualité n'était pas un fait découlant d'un ordre naturel.

Selon l'exposé des motifs de la loi espagnole 13/2005 reprise par les législateurs argentin et uruguayen ainsi que par les juges colombien, mexicain et brésilien, il s'agit de prendre en considération un changement de la notion de famille et de couple dans la société sachant par ailleurs que la doctrine constitutionnelle de l'État de droit interdit toute discrimination. L'individu devient l'objet d'une protection juridique qui s'oppose à la notion traditionnelle de famille. La doctrine précise que le fondement constitutionnel d'un tel changement se trouve dans la promotion de l'égalité, de la liberté de conscience, de la liberté des formes de cohabitation et de l'interdiction de toute discrimination. L'exposé des motifs des projets de lois en Espagne, en Argentine et en Uruguay ainsi que les arguments avancés par les juges mexicain, brésilien et espagnol proposent de redéfinir la notion de mariage comme « *une institution de nature juridique et sociale qui encadre la vie commune d'un couple indépendamment d'être du même ou de sexe différent* ». En conséquence, le mariage cesse d'être une institution juridique et un contrat de droit particulier qui demande pour sa validité la réunion d'une condition juridique particulière : deux personnes de sexe différent. Il devient un contrat juridique dont la condition de validité est le seul consentement d'un couple et la capacité de se marier. Le mariage homosexuel témoigne d'une nouvelle réalité sociologique et anthropologique de la famille et au-delà de l'homme.

#### B.- Une Constitution vivante

Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que la famille et le mariage sont des institutions distinctes, mais complémentaires. Pour faire évoluer leur position sur ces questions, les juges espagnol, mexicain et brésilien ont transplanté l'argument de la Cour suprême des États-Unis de l'interprétation vivante de la Constitution de la façon plus extensive : « *La notion de constitution vivante exprime donc une conception évolutive de la Loi suprême, qui saurait, par sa flexibilité et sa fonctionnalité, s'adapter au changement de circonstances [...]. Cette notion est dès lors porteuse de la tension entre la permanence du texte et l'évolution du droit constitutionnel positif. Pour justifier ce décalage entre la forme et le fond, les juges défenseurs de la constitution vivante ont toujours traité le texte comme un "document vivant", qui doit être lu à la lumière des valeurs évolutives et des idéaux partagés par le peuple américain* »<sup>31</sup>. Le juge espagnol (comme les juges mexicain et brésilien) a créé une nouvelle interprétation de la Constitution de 1978 en considérant qu'en prévoyant un droit au mariage entre un homme et une femme, l'article 32 de la Constitution espagnole n'avait pas statué sur l'orientation sexuelle

30 V. Conférence de Françoise HÉRITIER, « Anthropologie de la famille », 9 mai 2000. Source : Web TV de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche. [https://www.canal-u.tv/video/universite\\_de\\_tous\\_les\\_savoirs/anthropologie\\_de\\_la\\_famille.982](https://www.canal-u.tv/video/universite_de_tous_les_savoirs/anthropologie_de_la_famille.982).

31 « Une constitution écrite peut-elle évoluer au cours du temps et s'adapter aux besoins et aux valeurs évolutives de la société, sans pour autant être révisée formellement ? Et si oui, qu'en est-il du texte constitutionnel ? Devant ces interrogations, la notion de constitution vivante vise à résoudre le paradoxe du changement matériel de la Constitution sans modification du texte. Elle est sans aucun doute un topos — qui ne manque pas de susciter des critiques, notamment celle de la théorie dite « originaliste » — de la pensée constitutionnelle américaine, un concept mobilisé, en l'occurrence, pour justifier la cause de la réforme juridique et sociale. Elle a été développée, durant le XX<sup>e</sup> siècle, principalement par des juges de la Cour suprême américaine qui ont fourni une approche stimulante et fertile de la nature de la Constitution ». V. Apostolos VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, Thèse, Université Paris 2-Panthéon-Assas, 15 juin 2011.

des personnes, mais sur l'égalité entre l'homme et la femme pour manifester chacun leur volonté de se marier. Ce raisonnement a été repris par le juge brésilien qui lorsqu'il interprète l'article 226 de la Constitution précise que le mariage est une communauté d'amour entre deux personnes. Il s'agit de la proclamation d'une égalité entre conjoints au sein de l'institution du mariage à partir d'une réalité sociale plus que juridique. En Espagne, le Tribunal constitutionnel a en outre précisé que la Constitution de 1978 consacrait une égalité entre la séparation d'un couple de concubins et la dissolution d'un mariage par le divorce. Le juge espagnol considère ainsi que le mariage et la protection de la famille sont deux notions constitutionnellement bien distinctes. Le droit espagnol a doté le mariage d'une double identité : institution protégée d'une part ; droit constitutionnel d'autre part. En tant que droit, le législateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer le cadre et les limites de son application. La Constitution n'a défini qu'un « noyau dur » de protection du droit au mariage : le texte ne fait qu'annoncer le droit sans autre précision. Il est donc revenu au législateur et au juge constitutionnel le soin d'explicitier la notion tout en veillant à assurer la garantie constitutionnelle de protection du mariage. La seule lecture de la disposition constitutionnelle ne suffit pas à déterminer ce qu'est le mariage. Il est le fruit d'une interprétation évolutive de la Constitution construite par la législation et la jurisprudence. Position partagée par la Cour suprême fédérale du Mexique et par le Tribunal Suprême fédéral du Brésil.

En Colombie, à l'occasion de l'arrêt C-577/11, la Cour constitutionnelle a développé un raisonnement juridique qui lui a permis de préciser le sens de trois notions : la famille, le mariage et l'union civile entre couples de même sexe. S'agissant de la notion de famille, le juge constitutionnel colombien a opté pour une interprétation extensive et évolutive sans faire référence à un idéal fixe, à un modèle naturel. Suivant la même logique que les juges espagnol, mexicain et brésilien, la Cour constitutionnelle colombienne reconnaît une lecture pluraliste, dynamique et en permanente transformation de la famille. Selon cette interprétation qui tient compte de la réalité sociologique, l'individu peut à plusieurs moments de sa vie appartenir à plusieurs modèles de famille ; y compris une famille composée par un couple de même sexe. S'agissant de la notion de mariage, la Cour constitutionnelle colombienne s'est déclarée incompétente pour la modifier, celle-ci étant définie par la Constitution. Cependant, dans les mêmes termes que ceux du juge brésilien, le juge colombien a indiqué qu'une telle définition n'est pas nécessairement en contradiction avec le droit des couples de même sexe à fonder une famille dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels mariés.

Pour les juges espagnol, mexicain et brésilien le mariage se définit en tant que communauté de sentiments, d'aide mutuelle entre deux personnes en situation d'égalité de droits qui volontairement ont décidé de s'unir dans un projet de famille commun. Selon eux, son extension aux couples homosexuels ne dénature aucunement l'institution. L'utilisation de l'argument de la constitution vivante a permis d'adapter les valeurs de la constitution à une réalité afin de garantir sans distinction tenant au genre des droits fondamentaux, en particulier l'égalité et la dignité humaine. Finalement, pour tous les juges l'obligation de protection de la famille ne se trouve pas transgressée par le fait qu'elle soit constituée par un couple homosexuel. Ce raisonnement permet qu'en Argentine, en Uruguay, au Mexique et en Espagne l'adoption des enfants soit aussi ouverte aux couples homosexuels dans les mêmes conditions et avec les mêmes obligations que celles qui s'imposent aux couples hétérosexuels. La lecture évolutive adoptée par les législateurs et les juges (dans une moindre mesure par le juge colombien) définit une nouvelle anthropologie de la famille. Sa définition s'en trouve modifiée pour l'adapter aux enjeux de la

société contemporaine. Cette transformation est le résultat d'un dialogue des juges et d'une circulation de concepts qui ont permis de reconnaître juridiquement le mariage entre personnes de même sexe.

### III. VERS LA CONSTRUCTION D'UN STANDARD RÉGIONAL ?

À l'occasion de l'arrêt *Atala Riffo y Niñas c. Chili*<sup>32</sup> du 24 février 2012, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a pour la première fois été amenée à se prononcer sur la question des couples de même sexe, en l'occurrence de leurs droits en matière de garde d'enfants. La Cour a en effet été saisie de la question de savoir si la décision de tribunaux chiliens de retirer le droit de garde d'une mère au motif que celle-ci était ouvertement homosexuelle et habitait avec sa compagne était conforme à la Convention interaméricaine des droits de l'Homme. Les autorités nationales soutenaient en substance que l'homosexualité de la mère et le fait que celle-ci vivait avec sa compagne mettaient en péril le développement psychologique et social de ses enfants et que dès lors la décision de lui retirer le droit de garde était justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant conformément à une conception traditionnelle de la famille. Plusieurs articles de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'Homme ont été invoqués à l'appui de la requête : l'article 1.1 (obligation de respecter les droits et garanties), l'article 11.2 (protection de l'honneur et de la dignité de la personne), l'article 17.1 (protection de la famille), l'article 19 (droit de l'enfant), l'article 24 (égalité devant la loi et non-discrimination).

Après avoir précisé que les discriminations fondées sur l'identité et l'orientation sexuelles sont interdites, car contraires à la Convention, la Cour a souligné qu'il appartenait à l'État de prouver (techniquement) que l'homosexualité de la mère était susceptible de menacer l'intérêt supérieur de ses enfants. Selon la Cour, cette dernière notion ne peut être utilisée par les États parties de manière arbitraire afin de justifier des pratiques discriminatoires contre l'un des parents en raison de son orientation sexuelle ; ni de le contraindre à faire un choix entre la « vie familiale traditionnelle » et son orientation sexuelle (car la Convention ne fait aucune référence à une idée prédéterminée de famille). La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a finalement conclu que les autorités chiliennes avaient porté atteinte aux droits de la requérante. Par ce raisonnement, les juges ont ouvert la possibilité d'une jurisprudence à géométrie variable adaptée aux circonstances et d'une interprétation extensive de la notion de famille. Cet arrêt a suscité plusieurs questions parmi la doctrine<sup>33</sup> : quelle est l'approche retenue par les systèmes juridiques européen et américain sur les questions de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle et le droit d'un couple homosexuel à fonder une famille ? Quel est l'impact de l'affaire *Atala* sur la construction d'un *ius commune* latino-américain sachant que la notion de « famille traditionnelle » a été invoquée par plusieurs systèmes juridiques latino-américains comme motif d'inconstitutionnalité du mariage homosexuel ? Quels sont les dispositifs d'application de la décision dans les droits internes des États qui sont parties à la Convention ?<sup>34</sup>

La consécration par plusieurs pays ibéro-américains du mariage entre couples de même sexe semble garantir une reconnaissance juridique nécessaire d'une réalité sociale en transformations permanentes, mais toutes les réponses n'ont pas encore été

32 Source : [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf).

33 Regina LARREA MACCISE, « Atala Riffo vs. Chile : la homosexualidad entra a escena en el Sistema Interamericano », *Nexos*, 10 avril 2012. Source : <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1850>.

34 Francisco ZUNIGA URBINA, « Comentarios a la sentencia de la corte interamericana », *Estudios constitucionales*, n° 1, 2012, p. 429-468. Source : [http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista\\_10\\_1\\_2012/18%20%28429-468%29%20sentencia\\_ddhh\\_zuniga.pdf](http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_10_1_2012/18%20%28429-468%29%20sentencia_ddhh_zuniga.pdf).

données. L'évolution de la famille et plus généralement de l'être humain posera de nouveaux défis. Aussi semble-t-il que nous soyons moins à la fin qu'au commencement d'un chemin juridique. Cependant, cette évolution pose deux questions au regard du droit : la première est celle de l'étendue du pouvoir d'interprétation et de modification de la Constitution par le juge ; la seconde est celle de la proportionnalité des droits fondamentaux et particulièrement de la conception de la dignité humaine.

\*

## CONCLUSION

### Quel pouvoir d'interpréter ou de modifier la Constitution ?

Le débat constitutionnel sur le mariage homosexuel comporte deux niveaux normatifs : d'habilitation (loi) et d'interprétation (juge). La jurisprudence constitutionnelle cherche à ajuster le droit du mariage (prévu dans le Code civil) aux droits fondamentaux que sont l'égalité, la dignité humaine et la famille. Cependant, la jurisprudence comparée reste contrastée par deux réalités juridiques contradictoires. La première est le modèle fédéral du Brésil et du Mexique qui pose la question de l'effet direct de la jurisprudence du juge suprême fédéral dans tous les États de la fédération ; la seconde est l'habilitation constitutionnelle que s'autoprocuré le juge constitutionnel pour interpréter/modifier la Constitution (le contenu de la notion de mariage dans la constitution)<sup>35</sup>. La Cour constitutionnelle colombienne par autolimitation et le Tribunal Suprême Espagnol pour autohabilitation font preuve d'un tel contraste. C'est donc à partir de ce double mouvement normatif que se déroule le débat constitutionnel du mariage entre personnes de même sexe en Ibéro Amérique.

Mais plusieurs questions se posent. L'activisme du juge constitutionnel en Espagne, au Mexique et au Brésil a non seulement produit des modifications du droit civil, mais également une réforme constitutionnelle implicite et profonde à partir de la seule légitimité que procure le pouvoir de contrôle constitutionnel. Cependant la légitimité politique d'un tel changement de la Constitution reste encore à déterminer. Le pouvoir constituant a-t-il été supplanté ? Un tel précédent de modification indirecte de la constitution est-il désirable dans des démocraties (latino-américaines) qui ont toujours été fragilisées par le populisme de l'exécutif et la faible indépendance de la justice ? Bien que la démocratie constitutionnelle propose un modèle de protection de droits subjectifs face au droit objectif, la pratique démocratique en Amérique latine montre que tout pouvoir (juridique ou politique) qui ne connaît pas de limites finit par mettre en cause la sécurité juridique de la société et donc *in fine* la garantie de tous les droits.

### La proportionnalité a-t-elle des limites ?

La dogmatique constitutionnelle en Ibéro-Amérique a fondé une constitutionnalisation du droit qui ne repose pas sur le principe classique de la hiérarchie normative, mais sur le principe de proportionnalité entre principes parfois opposés comme l'égalité et la dignité humaine. Ainsi, « *l'objet du débat n'est pas la*

---

35 Renato IBRIDO, « La corte suprema mexicana tras los procesos de precromprensión comparada y de integración del elemento social : la sentencia sobre el « matrimonio homosexual ». Source : [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/19\\_IBRIDO.htm#01bis](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/19_IBRIDO.htm#01bis).

*vérité d'une proposition, mais la valeur d'un discours, d'un choix, d'une action considérée comme juste, équitable, raisonnable, opportune, honorable, ou conforme au droit* »<sup>36</sup>.

Dans les pays d'Amérique latine qui ont reconnu une nouvelle anthropologie de la famille, le droit public subjectif a rempli sa tâche en garantissant le droit à l'égalité et à la dignité humaine pour les couples de même sexe. Cependant, il se trouve piégé par sa propre extension argumentative face aux nouvelles questions qui se posent ; celle de la procréation, de l'adoption, de la filiation, de la reconnaissance mutuelle en droit international privé et évidemment celle de la dignité humaine et du vivant. Par exemple, lorsque la gestation pour autrui deviendra un moyen de plus en plus courant de procréation, comment le juge considérera-t-il la dignité humaine de la mère porteuse et de l'enfant ? Quels sont les liens de filiation qu'il consacrerait : avec la mère porteuse ou biologique ? Les embryons et le matériel génétique peuvent-ils devenir des marchandises ? Comment prévenir un phénomène évident de *forum shopping* généré par de riches couples homosexuels ou hétérosexuels à la recherche d'un cadre juridique en mesure de leur permettre de réaliser leur « projet parental » sans forcément se soucier de la dignité humaine ? De telles questions demandent de réfléchir à nouveau à l'ordre objectif ; des questions auxquelles ni le droit international privé, ni le droit public subjectif comparé n'ont encore donné de réponses.

Les États latino-américains ont toujours souffert d'une incapacité politique à répondre aux demandes sociales les plus basiques. Sans doute cette nouvelle configuration de la famille pose de nouveaux défis auxquels les États devront faire face pour ne pas permettre l'émergence d'un autre modèle d'exploitation et d'inégalité humaine. Le droit public comparé est donc appelé à examiner comment la garantie des droits subjectifs à l'échelle nationale ne devient une zone grise de non-droit mondialisée qui installe un modèle d'exploitation pour les couches les plus vulnérables de la société globale dont l'Amérique latine fait partie.

---

36 Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, p. 172.



## IRLANDE

*par Eoin DALY* \*

## INTRODUCTION

En Irlande le mariage homosexuel a posé tout d'abord un problème d'interprétation constitutionnelle et a ensuite fait l'objet d'une révision constitutionnelle par voie référendaire, qui est parvenu enfin à établir un droit explicite au mariage, pour les personnes de même sexe, dans la Constitution. La Constitution de 1937, *Bunreacht na hÉireann*, avait promu une conception traditionnelle et conservatrice de la famille, mais sans entériner explicitement le caractère hétérosexuel du mariage. Suite aux développements internationaux, la justice irlandaise avait écarté la notion d'un droit constitutionnel au mariage pour les personnes de même sexe. Au plan politique, un consensus s'est établi, d'une part, en faveur du « *marriage equality* » (mariage pour tous), et d'autre part, sur la nécessité de le réaliser par le biais d'une révision constitutionnelle. Ainsi, à l'instar des États-Unis, l'ambiguïté constitutionnelle sur le droit au mariage a été tranchée par révision constitutionnelle, et donc par la voie du vote populaire, plutôt que par une décision judiciaire. Grâce à la ratification populaire du 34<sup>e</sup> amendement à la Constitution en mai 2015, l'Irlande est devenue le premier pays au monde à consacrer le « mariage pour tous » par voie référendaire.

## MARIAGE ET FAMILLE EN DROIT CONSTITUTIONNEL IRLANDAIS

La Constitution irlandaise de 1937 contient des dispositions détaillées sur le mariage et la famille. Ces dispositions reflètent, en grande partie, les mœurs conservatrices de la société irlandaise des années trente. Elles figurent parmi les dispositions les plus controversées de la Constitution, selon Doyle, et suscitent une vive polémique dans une époque beaucoup plus libérale<sup>1</sup>. L'article 41 reconnaît la famille comme « le constituant fondamental et primordial de la société... et une institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et

---

\* School of Law, National University of Ireland, Galway. L'auteur tient à remercier pour leur assistance et leurs conseils, Brian TOBIN et Coralline DUPUY, tous deux de la National University of Ireland, Galway.

1 Oran DOYLE, *Constitutional Law : Cases, texts and materials* (Dublin : Clarus, 2008) p. 231.

supérieurs au droit positif »<sup>2</sup>. En outre, la Constitution prévoit que la « famille » se fonde forcément sur le mariage. Selon l'Article 41, la famille « est fondée sur le mariage », tandis que l'État s'engage à « défendre l'institution de mariage contre toute attaque »<sup>3</sup>. La famille se définit, donc, par rapport au mariage et il n'existe point de famille « de fait » en droit constitutionnel<sup>4</sup>. Les protections constitutionnelles accordées à la famille sont réservées, donc, aux couples mariés et à leurs enfants. Pourtant, la Constitution ne définit ni le mariage ni les critères d'éligibilité pour se marier, ceux-ci étant précisés dans la loi. Ainsi la Cour suprême avait affirmé :

« ... il est clair que... la famille mentionnée dans l'article 41 est la famille qui est fondée sur le mariage, et que dans cet article, le "mariage" signifie un mariage qui est valide selon les lois en vigueur dans l'État »<sup>5</sup>.

## LE DROIT AU MARIAGE

La jurisprudence constitutionnelle a reconnu un droit implicite (*unenumerated right*) au mariage. Ce droit se fonde sur le statut du mariage dans l'article 41. L'étendue de ce droit est toutefois ambiguë. D'un côté, les critères d'éligibilité pour le mariage (critères d'âge, etc.) peuvent être définis par la loi. Mais d'un autre côté, il est clair que le législateur ne peut pas limiter ce droit de manière disproportionnée ou irraisonnable<sup>6</sup>.

### Un droit constitutionnel au mariage homosexuel

Étant donné le droit constitutionnel au mariage, la question s'est posée de savoir si ce droit s'étend aux couples du même sexe. D'un côté, il semble que la notion constitutionnelle de « mariage », inscrite dans l'article 41, doit être définie par rapport à son sens traditionnel, conservateur, et donc que le sens constitutionnel du mariage est essentiellement hétérosexuel. Si l'on adopte cette interprétation, le droit au mariage s'appliquerait seulement aux couples hétérosexuels. En *common law*, le mariage était défini comme permanent, volontaire, monogame et hétérosexuel. Dans son arrêt *Murphy v. Attorney General*<sup>7</sup>, la Cour suprême a affirmé que le mariage est « une union permanente, indissoluble d'un homme et d'une femme »<sup>8</sup>. D'ailleurs, dans l'arrêt historique *Norris v. Attorney General*<sup>9</sup>, la Cour suprême avait confirmé la constitutionnalité de l'interdiction des actes homosexuels, en se référant aux valeurs chrétiennes soutenues par la Constitution.

Pourtant, selon une conception alternative, la Constitution, et surtout ses dispositions les plus abstraites, devrait être interprétée à la lumière des mœurs

2 Version anglaise : «... the natural primary and fundamental unit group of Society, and... a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law. »

3 Article 41.3.1 : « the State pledges itself to guard with special care the institution of Marriage, on which the family is founded, and to protect it against attack ».

4 *State (Nicolaou) v. An Bord Uchtála* [1966] IR 567.

5 « it is quite clear... that the family referred to in [Article 41] is the family which is founded on the institution of marriage and, in the context of the Article, marriage means valid marriage under the laws for the time being in force in the State » (*State (Nicolaou) v. An Bord Uchtála* [1966] IR 567, 592).

6 *O'Shea v. Ireland* (High Court, 17 October 2006).

7 [1982] IR 241.

8 [1982] IR 241.

9 [1984] IR 3.

évolutives, en tenant compte de la libération sociale qui s'est produite en Irlande au cours des années 1990 et 2000. Vu le mouvement vers le « mariage pour tous » qui se répandait aux États-Unis et en Europe ainsi que les basculements sociaux concernant la sexualité, il pouvait être soutenu, soit qu'il existait un droit constitutionnel au mariage homosexuel, soit que la notion constitutionnelle de mariage devenait floue ou indéterminée au point qu'il ne comprenait plus le critère essentiel et implicite d'hétérosexualité, et donc que le Législateur, l'*Oireachtas*, jouissait d'un pouvoir d'appréciation à cet égard. La question de la reconnaissance d'un droit au mariage pour les personnes de même sexe reviendrait donc au parlement – thèse qui a été soutenue par le Conseil constitutionnel, en France, dans sa décision *Mme Corrine*<sup>10</sup>.

### Le litige constitutionnel relatif au mariage homosexuel

Les ambiguïtés constitutionnelles concernant le droit au mariage, discutées ci-dessus, ont été traitées par la *High Court* irlandaise (tribunal de première instance, mais doté d'une compétence constitutionnelle) dans son arrêt *Zappone and Gilligan v. Revenue Commissioners*<sup>11</sup>. Les requérantes, un couple de femmes se sont mariées au Canada en 2003. Elles réclamaient une reconnaissance administrative de leur mariage en matière de fiscalité. L'autorité fiscale a rejeté leur demande en citant les dispositions législatives qui réservaient les avantages matrimoniaux, en matière de fiscalité, aux couples hétérosexuels. Les requérantes ont fait valoir, en plus des arguments fondés sur la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), que l'État avait violé le principe constitutionnel d'égalité devant la loi<sup>12</sup> et le droit au mariage contenu à l'Article 41 de la Constitution, et qui avait été affirmé depuis l'arrêt important de la Cour suprême, *Ryan v. Attorney General* (1965)<sup>13</sup>.

En rejetant leur demande, le tribunal a affirmé que le mariage se définissait toujours comme une union hétérosexuelle. Les juges ont alors soutenu qu'ils ne jouissaient pas d'un pouvoir de redéfinition du mariage et qu'ils ne pouvaient donc pas reconnaître un droit au mariage homosexuel.

D'un côté, le tribunal a accepté qu'il ne fallait pas interpréter la Constitution, et surtout ses dispositions plus abstraites, à la lumière des mœurs qui prévalaient à l'époque de sa promulgation, ou les valeurs que soutenaient ses auteurs. Depuis son arrêt libéral *McGee v. Attorney General* (1974)<sup>14</sup>, la Cour suprême avait déjà affirmé que la Constitution était un « instrument vivant », et qu'elle pouvait être interprétée à la lumière de l'évolution des mœurs ainsi que des changements sociaux. Ainsi le juge a affirmé que la Constitution devait être interprétée à la lumière des « concepts et des idées contemporaines ». La notion de mariage pourrait donc, en principe, évoluer pour comprendre des couples homosexuels. L'institution du mariage avait, en plus, déjà évolué à de nombreux égards par rapport au sens qui lui est traditionnellement reconnu par la *common law* elle n'est donc point « fossilisée » dans sa conception traditionnelle<sup>15</sup>. En effet, les requérantes ont soutenu que les mœurs avaient déjà évolué au point qu'il existait un droit constitutionnel au mariage pour les personnes de même sexe.

Mais le gouvernement a affirmé que, même si les concepts constitutionnels pouvaient être réinterprétés à la lumière de l'évolution des mœurs, il ne résulte pas

10 Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011.

11 [2008] 2 IR 417.

12 L'Article 40.1, Constitution de 1937.

13 [1965] IR 294.

14 [1974] IR 284.

15 [2008] 2 IR 417 para 238.

que le texte constitutionnel puisse être détaché de son contexte historique. Il a souligné les difficultés pratiques que ne manquerait pas de susciter une réinterprétation de la notion constitutionnelle de mariage sur la base de l'évolution des mœurs. Ce contexte historique, affirmait-il, reposait pour l'essentiel sur la notion d'une union hétérosexuelle, et d'un lien essentiel entre le mariage et « la famille comprenant une mère, un père et des enfants issus d'un mariage hétérosexuel »<sup>16</sup>, ceci étant proclamé par la Constitution comme « le fondement essentiel de l'ordre social »<sup>17</sup>. Ainsi l'État a prétendu que « la définition constitutionnelle du mariage est si claire, si importante et si fondamentale aux valeurs traditionnelles qu'il n'était point possible de les abroger, de les ébranler ou de les modifier sans référendum »<sup>18</sup>. Il a aussi affirmé qu'il n'était point souhaitable qu'une question de cette ampleur soit résolue par décision judiciaire, étant donné les « antagonismes moraux » (*moral flux*) qui persistaient, à cet égard, dans toutes les sociétés occidentales.

Par conséquent, la *High Court* a affirmé que la notion constitutionnelle de mariage n'avait pas encore évolué au point qu'elle incluait les couples homosexuels. Pour soutenir cette thèse, le tribunal a utilisé des dispositions législatives (*Civil Registration Act 2004*) qui réservent le mariage aux couples hétérosexuels<sup>19</sup>. Il a souligné en outre qu'il n'existait pas de consensus au plan européen ou international concernant l'existence d'un droit au mariage homosexuel.

Cette affirmation semblait manifester l'utilisation d'une théorie conservatrice d'interprétation constitutionnelle, privilégiant les mœurs traditionnelles par rapport au raisonnement moral ou philosophique. Pour Doyle, ceci soulève d'importantes questions concernant le rôle des juges en ce qui concerne les changements sociaux : devraient-ils inspirer ou entraîner ce changement en encourageant la remise en cause des notions traditionnelles (telles que le mariage), ou devraient-ils tout simplement traquer ces évolutions de manière plus passive<sup>20</sup>.

Tandis que le tribunal a reconnu « l'exclusion sociale » subie par les requérantes résultant de l'interdiction du mariage homosexuel, il a cependant soutenu que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi n'avait pas été violé. La distinction effectuée par le législateur était justifiée, affirmaient-ils, car la Constitution définissait le mariage comme hétérosexuel, et également en raison des incertitudes qui existaient concernant le bien-être des enfants au sein des familles homoparentales. Même s'il n'existait pas de preuve scientifique à cet égard, le législateur pouvait se prévaloir d'un principe de précaution<sup>21</sup>. En plus, le juge a affirmé que l'Article 12 de la CEDH sur le droit au mariage, qui est incorporée au droit irlandais, n'a pas été interprété par la Cour de Strasbourg comme incluant un droit au mariage homosexuel<sup>22</sup>.

Enfin, les requérantes ont admis que les dispositions du droit international privé ne pouvaient servir à trancher les ambiguïtés constitutionnelles concernant le droit au mariage en droit national<sup>23</sup>.

---

16 [2008] 2 IR 417 para 150.

17 L'Article 41.1, Constitution de 1937.

18 «... the definition of marriage within the Constitution was so clear and so material and fundamental to traditional constitutional values that it was not possible to dilute or abolish or alter them without a referendum. » [2008] 2 IR 417 para 178.

19 [2008] 2 IR 417 para 237-243.

20 *Supra* n 1, 234.

21 [2008] 2 IR 417 para 215-217.

22 CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n° 30141/04.

23 [2008] 2 IR 417 para 238.

## RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Suite à l'arrêt *Zappone*, il pouvait être soutenu que le parlement jouissait de la compétence d'étendre la notion de mariage et donc de reconnaître un droit au mariage homosexuel par voie législative sans révision constitutionnelle, puisque le tribunal avait constaté que le concept constitutionnel de mariage pouvait en principe évoluer à la lumière des changements de mœurs, et compte tenu du fait qu'il avait cité la loi comme expression privilégiée de ces mœurs.

Et pourtant, cette thèse n'a pas prévalu. Ceci s'explique en partie par le fait qu'il n'existe que très peu de possibilités, en droit irlandais, de trancher une question de constitutionnalité avant la promulgation d'une loi (selon l'Article 26, le Président, qui est le chef d'État, mais dont le rôle est essentiellement symbolique, peut exceptionnellement saisir la Cour suprême à cet égard, ce qui arrive très rarement). Une réforme législative aurait risqué de se faire invalider par les tribunaux dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Et selon l'Article 46, toute révision constitutionnelle, initiée par le parlement, doit être ratifiée par voie référendaire. Donc le référendum était présenté comme une nécessité juridique plutôt qu'un choix politique en tant que tel.

Le 34<sup>e</sup> amendement de la Constitution irlandaise (*The Thirty-fourth Amendment of the Constitution Act, 2015*) a été promulgué par l'*Oireachtas*, le parlement irlandais, en mars 2015. Il insérait la phrase suivante dans l'Article 41 de la Constitution :

« Le mariage peut être contracté par deux personnes, dans les conditions prévues par la loi, sans distinction de sexe. » (« *Marriage may be contracted in accordance with law by two persons without distinction as to their sex.* »)

La révision constitutionnelle a été approuvée par 62 % des suffrages exprimés par le référendum qui a eu lieu le 22 mai 2015. Le gouvernement prévoit les premiers mariages homosexuels avant la fin 2015 en attendant un projet de loi donnant effet au 34<sup>e</sup> amendement.



## ISRAEL

*par Rivka WEILL\***The Power of Understatement in Judicial Decisions*

Israel's Jewish and democratic character has always posed a great challenge to those seeking to protect and advance secular life in Israel.<sup>1</sup> During the founding period, the legislature enacted to require state authorities to register nationality and religion in the Population Registration database,<sup>2</sup> grant only Jews and their relatives the right to immigrate to Israel<sup>3</sup> and entrust the Orthodox establishment of the various religions with the exclusive jurisdiction to determine marriage and divorce matters.<sup>4</sup> These enactments challenged secular Zionists to design creative ways to promote freedom of conscience and freedom *from* religion within the context of a Jewish and democratic state. The struggle over the meaning of status in the contexts of nationality, religion, and marriage is as old as the State itself.<sup>5</sup> Ironically, Israel's systematic intermingling of church and state has led to its need to downplay the meaning of traditional symbols, such as status. The Court oftentimes declared that it was not recognizing the existence of new statuses while *de facto* the implications of

---

\* Associate Professor (tenured), Radzyner School of Law, Interdisciplinary Center (IDC), J.S.D. Yale Law School. I thank Alon Harel, Roz Myers and Ruth Zafran for their very helpful comments on an earlier draft.

1 Already the Israeli Declaration of independence identifies the State as Jewish and democratic. See The Declaration of the Establishment of the State of Israel, available at: <http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/peace/guide/pages/declaration%20of%20establishment%20of%20state%20of%20israel.aspx>.

2 Population Registration Law, 1965, S.H. 270 (Isr.) replacing an earlier Ordinance of similar effect.

3 The Law of Return, 1950 SH 159 (Isr.).

4 See e.g. Jurisdiction of Rabbinical Courts (Marriage and Divorce) Law, 1953, S.H. 165 §§ 1-2 (Isr.) (granting the Orthodox-Jewish establishment exclusive jurisdiction over marriage and divorce of Jewish people).

5 Status is used to define a group of people as distinguished from others in terms of rights, duties and legal capacities. Even if a person has discretion whether to enter or exit the status, he does not control the legal implications that the state attributes to the status. Oftentimes, the person must have the cooperation of the state to enter or exit the relationship. Status is effective not just between both sides to the relationship but also affects their relationships with third parties. See Sharon SHAKARGY, *Choice of Law in Matters of Marriage and Divorce in Light of Changes in Substantive Law* 96-97 (2015) (in Hebrew). It should be noted that some less modern definitions require as precondition for recognizing the existence of status that it affects all fields of law and regarding the relationships with all possible parties.

its decisions time and again were recognition of the existence of new statuses in contexts of commonlaw marriage, civil marriage, nationality, and religion. In all these matters, the Court was creating secular statuses that could sidestep the monopoly of Jewish-Orthodox law. The power of these judicial decisions lies in the very fact that they understate their practical meaning.

This in turn made the struggle by same-sex couples for official recognition of their status as a union less difficult. They could follow the path of previous social activists that sought recognition for personal statuses that did not align with Jewish Orthodox law. In this way, same-sex couples' struggle for recognition would be easier, but the movement might lose its unique character as a challenge to traditional concepts of marriage. It would risk becoming part of the wider phenomenon of secular challenges against the hegemony of Orthodox Jewish law over status in Israel. Thus, while same-sex couples fight in other parts of the world for recognition equivalent to that of a heterosexual marriage, in Israel they had a well-worn path to follow to achieve marital status equal to other non-Orthodox Jewish couples sharing a commonlaw marriage, married civilly abroad, or married at the consulate.<sup>6</sup> While all these unions fall short of full official formal marriage in Israel, they do come very close to achieving all the benefits and duties resulting from a "real" marriage.<sup>7</sup> Same-sex couples suffer comparable problems of discrimination and enjoy similar solutions as the general secular community that is incapable or unwilling to accept the hegemony of the Orthodox establishment. In that sense, the Israeli story regarding recognition of same-sex marriage is unique in comparative terms.

#### I.- THE HELPLESS BASIC LAW

Israel's *United Mizrab Bank* judicial decision enjoys world fame as the one in which the Israeli Supreme Court "discovered" that Israel has a formal Constitution in the form of Basic Laws and it enjoys the power of judicial review over primary legislation.<sup>8</sup> The opportunity to make this judicial move came with the enactment, in 1992, of Basic Law: Human Dignity and Liberty and Basic Law: Freedom of Occupation, which include limitation clauses requiring state authorities to act proportionally in infringing the rights enumerated in them.<sup>9</sup> Till 1992, Israel's Basic

6 See Aeyal GROSS, *The Politics of LGBT Rights: Between (Homo) Normativity and (Homo) Nationalism and Queer Politics*, 5 LAW & SOCIAL CHANGE 101, 105-106 (2013).

7 See Shahar LIFSHITZ, *Cohabitation Law in Israel in Light of a Civil Law Theory of the Family* (2005) (in Hebrew).

8 CA 6821/93 *United Mizrab Bank Ltd. v. Migdal Collective Vill.*, 49 (4) PD 221 [1995] (Isr.). It was partially translated in 31 ISR. L. REV. 764 (1997); see also full translation at 1995-2 ISR. L. REPORTS 1, available at [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/93/210/068/z01/93068210.z01.pdf). By formal Constitution, I mean a Constitution that enjoys the following three characteristics: identification, supremacy, and entrenchment. Identification means that it is relatively easy to identify the various parts of the Constitution. There is a commonly accepted document or set of documents that citizens and elites alike refer to as the country's Constitution. Supremacy means that the legal system includes a hierarchy that defines the Constitution as supreme over regular law. Thus, a statute should not infringe on a constitutional provision, and, if it does, the courts in many countries are authorized to exercise judicial review to protect the supremacy of the Constitution. Entrenchment means that the constitutional amendment process is more arduous than is the process of amendment of regular law. Obviously, different countries offer a spectrum of these characteristics and the fulfillment of the requirements is often a matter of degree rather than of kind.

9 Basic Law: Human Dignity and Liberty, 5752, SH 150, § 8 (Isr.); Basic Law: Freedom of Occupation, 5754, SH 90, § 4 (Isr.) (Basic Law: Freedom of Occupation originally enacted in 1992, replaced in 1994).

Laws dealt primarily with separation of powers rather than individual rights.<sup>10</sup> Those supporting the decision justify it primarily in terms of enhancing the protection of individual rights by granting them constitutional status. Those opposing the decision argue primarily that the Court aggrandized its power vis-à-vis the elected branches since there was no conscious public decision to give the Basic Laws constitutional status.<sup>11</sup> The Court in *United Mizrabhi Bank* debated, in hundreds of pages, whether Israel's Basic Laws amount to its formal Constitution. It used a strong rhetoric establishing the existence of the power of judicial review over primary legislation, yet it upheld the statute's constitutionality in the matter at stake. In the twenty years since the *United Mizrabhi Bank* decision, the Court has struck down over a dozen statutes as unconstitutional.

Alas, the Basic Law: Human Dignity and Liberty includes an explicit provision that protects the laws preceding its enactment from being invalidated.<sup>12</sup> This provision was intended *inter alia* to protect legal enactments related to religion and state security from being constitutionally scrutinized by the Court. If not for this provision, the Basic Law would not have been enacted.<sup>13</sup> One of the most oppressive statutes preserved by this Basic Law is the Jurisdiction of Rabbinical Courts (Marriage and Divorce) Law enacted in 1953, which requires Jewish people to marry by the Orthodox establishment according to Jewish Orthodox law.<sup>14</sup> Thus, the law prevents Jewish people from marrying under Israeli law in ways other than Jewish Orthodox law. As such, this law severely violates fundamental constitutional rights to liberty, equality, personal dignity, and autonomy. The Court rejected a petition against the validity of this statute in the early 1970s, even while acknowledging that this statute runs against freedom of conscience and freedom from religion.<sup>15</sup> As mentioned above, the Basic Law: Human Dignity and Liberty preserved the validity of this statute.

## II.- THE REVOLUTIONARY *FUNK-SCHLESINGER* DECISION

*United Mizrabhi Bank* could not thus serve as the primary means by which to circumvent the monopoly of religious-Orthodox law over marriage and divorce in Israel.<sup>16</sup> Registering in Israel the marriages of same-sex couples, who obtained legitimate licenses under laws outside the country, did not rely on *United Mizrabhi Bank*. Instead, a much less known and definitely less celebrated decision named *Funk-Schlesinger* decided in the 1960s, served to support those registrations.<sup>17</sup> Yet, the power of *Funk-Schlesinger* lies in the Court's choice to downplay the meaning of its decision, a strategy that stands in sharp contrast to the naked revolution pronounced clearly in *United Mizrabhi Bank*.

10 For discussion of Israel's pre-1992 constitutional law, see Rivka WEILL, "Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power", 39 *Hastings Const. L. Q.* 457 (2012).

11 For an argument that the public discussion focused on the wrong question of whether Israel has a formal Constitution rather than the question of what kind of a formal Constitution is forming in Israel, see Rivka WEILL, "Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care", 30 *Berkeley J. Int'l L.* 349 (2012).

12 Basic Law: Human Dignity and Liberty, 5752, SH 150, § 10 (Isr.).

13 Judith KARP, *Basic Law: Human Dignity and Liberty: A Biography of Power Struggles*, 1 L. & Gov't 323 (1993).

14 Jurisdiction of Rabbinical Courts (Marriage and Divorce) Law, 1953, S.H. 165 §§ 1-2 (Isr.).

15 CA 450/70 *Rogozinsky v. State of Israel*, 26 PD 129 (1971) (Isr.).

16 The Basic Laws may serve as a complementary road. See Rivka WEILL, "Did the Lawmaker Shoot a Cannon to Hit a Fly? On Proportionality in Law", 15 *Law & Bus.* 337, 409-411 (2012) (suggesting ways to limit the implications of the preservation of old law).

17 HCJ 143/62 *Funk-Schlesinger v. Minister of Interior*, 17 PD 230 (1963) (Isr.).

In 1962, a Christian woman named Funk requested the Israeli Minister of Interior to register her in the official Population Registration database managed by the State as a married woman carrying her husband's name Schlesinger. She married a Jewish-Israeli citizen in Cyprus in a civil marriage ceremony, since Israeli law did not permit interfaith marriage of this kind to be conducted in Israel.<sup>18</sup> The Registrar denied her request, explaining that Israeli law did not recognize her marriage as valid. She petitioned the Court.

The Court in a majority decision granted her request and ordered the Minister of Interior to register her marriage. The minority opinion held that by registering an invalid marriage, the Registrar would be certifying false information. In contrast, the majority held that the Registrar enjoys only administrative, and not judicial, power. He has no power to decide the validity of marriage. It is enough that the citizens or inhabitants seeking registration provide official documents testifying that they are married, as Mrs. Funk-Schlesinger did when submitting her marriage certificate from Cyprus. The Court held that the Population Registrar does not decide status issues, nor does the registration testify to the validity of the status written within. Rather, according to the majority, the Population Registration database only collects and provides statistical data.<sup>19</sup> The information contained within it cannot be relied upon as correct and does not grant any substantive rights. The Registrar may refuse to register information, according to the Court, only when the falsity of the information is so clear that there is no reasonable doubt about its lack of legitimacy. Otherwise, the Registrar must register the information.<sup>20</sup>

But, Mrs. Funk-Schlesinger's interest in the registration was not for the sake of registration alone. She came to Israel as a tourist after her marriage and, based on it, sought to become a permanent resident. Her petition to the Court prompted the Minister to grant her permanent resident status, and thus the Court did not have to rule on the merits of her request. Thus, even in the context of the *Funk-Schlesinger* decision itself, the holding that registration pertains to statistics alone was not true. Mrs. Funk-Schlesinger sought registration to achieve substantive ends.

The Court in *Funk-Schlesinger* held that its decision had a merely formal, rather than substantive, impact. But, *de facto* the Court created a very powerful precedent that subsequent courts were eager to follow in their struggle to enable secular life in Israel. *Funk-Schlesinger* became the primary mechanism by which the Court *de facto* recognizes various non-Orthodox statuses in Israel without ever explicitly recognizing, and often times even explicitly denying, that this was the meaning of the judicial decisions. The Court has successfully veiled the revolutionary nature of its decisions.

### III.- THE NEW POPULATION REGISTRATION LAW OF 1965

Within two years after the *Funk-Schlesinger* decision, the Knesset (Israel's legislature) replaced the Population Registration Law with a new one, which clarified that the registration of nationality, religion, personal status (single/married/divorcee/widower), and name of spouse will not serve even as *prima facie* evidence of the accuracy of this information.<sup>21</sup>

The Knesset enacted the Law in 1965, except for the provisions concerning the authority of the Registrar, about which there was hot legislative debate. The legislators extensively discussed the *Funk-Schlesinger* decision. They differentiated

18 Jurisdiction of Rabbinical Courts (Marriage and Divorce) Law, 1953, S.H. 165 (Isr.).

19 *Funk-Schlesinger*, *supra* note 17, at 244 (Zusman J.).

20 *Funk-Schlesinger*, *supra* note 17, at 243 (Zusman J.).

21 Population Registration Law, 1965, S.H. 270 § 3 (Isr.).

between *Funk-Schlesinger* and another decision, issued during the same time period: *Gurfinkel and Haklai v. Minister of Interior*.<sup>22</sup> In *Gurfinkel and Haklai*, the Court in a majority opinion refused to order the Minister of Interior to register private marriage conducted between a man and a woman, who were both Israeli citizens and inhabitants. The petitioners had a private ceremony because the official Jewish Orthodox establishment, which was in charge of Jewish marriages, had reservations about whether they were allowed to marry each other under Jewish Orthodox Law. The Court found that the Registrar may insist on a public certificate by an official authority prior to registering the couple as married.<sup>23</sup>

Not until 1967 did the Knesset amend the new Population Registration Law to delineate the exact authority of the Registrar to refuse to register information provided by inhabitants. The law authorizes the Registrar to refuse to register information for which reasonable basis exists to suspect the information is false, but only if the information is provided by the notification of the applicant alone. If there is a public certificate—even from a foreign country—that supports the information, the Registrar must register the information. Regarding requests to change personal status based on the notification of the inhabitant alone, the Registrar may refuse to register only if the information is contrary to other information contained in the registration or to a public certificate on the matter.<sup>24</sup> The Knesset made it clear that it intended to require the Registrar to register all foreign official marriages, to enable Jewish people from the diaspora deciding to immigrate to Israel (*making Aliya*) to be registered as married, even in the case of interfaith marriages between Jews and non-Jews.<sup>25</sup>

#### IV.- THE POWER OF UNDERSTATEMENT

The *Funk-Schlesinger* precedent stands for the proposition that the Population Registration database merely amasses statistics and affects no substantive rights, and the Registrar must therefore register the information submitted in the application if it is accompanied by a public certificate.<sup>26</sup> The Court decided that the new Population Registration Law of 1965 had no impact on the validity of the *Funk-Schlesinger* decision, and some Justices even treated the Act as an explicit affirmation of the precedential nature of the decision.<sup>27</sup> *Funk-Schlesinger*'s fundamental impact on the rights of various minority groups – and even on the rights of those belonging to the majority that reject the Orthodox-religious establishment – has been no less than a revolution. The pretext was that the Court was deciding “nothing,” but the subtext was judicial recognition *de facto* of various personal statuses in Israel, that do not conform to Jewish Orthodox Law.

22 HCJ 80/63 *Gurfinkel and Haklai v. Minister of Interior*, 17 PD 2048 (1963) (Isr.).

23 The woman was divorced and there was doubt whether the man was a Cohen and thus not allowed to marry her under Jewish-Orthodox law. Today, it may be possible to register a private marriage between a Cohen and a divorcee. See e.g. HCJ 51/69 *Rodnitzky vs. The Rabbinical High Court of Appeals*, 24 PD 704 (1970).

24 Population Registration Law, 1965, S.H. 270 §19b (Isr.)

25 See 49 DK 2960-2967 (1967).

26 The Population Registration Law differentiates between first registration and amendment to an existing registration. First registration requires a public certificate and in its absence a notification by the applicant. If the registration is based on notification alone, the Registrar may refuse to register if he has reasonable basis to suppose that the notification is not true. But regarding personal status, the Registrar may refuse only if the notification contradicts a different registration or a public certificate on the matter. An amendment to an existing registration requires a public certificate. Population Registration Law, 1965, S.H. 270 §§19b-19c (Isr.)

27 See e.g. HCJ 58/68 *Shalit v. Minister of Interior*, 23 PD 477, 507 (1970) (Zusman J.).

More broadly, Israel has specific laws that deal with the collection of population statistics.<sup>28</sup> It does not need the Population Registration Law to serve that purpose. Israeli authorities use the data provided in the Population Registration when contemplating substantive rights or even to criminalize bigamy or to decide questions about labor requirements on the Sabbath.<sup>29</sup> Moreover, the Knesset was fully aware during discussions on the Population Registration Law that the registration does affect substantive rights, such as issues of taxation.<sup>30</sup> Thus, a gap exists between what the authorities are supposed to do under the line drawn by *Funk-Schlesinger* decisions (*not rely on the Population Registration*) and what they actually do (*rely on the Population Registration*).

The *Funk-Schlesinger* route became a way of circumventing the dominance of Jewish Orthodox Law over personal life in Israel. The Court widened the precedent set by *Funk-Schlesinger* to apply not just in the context of marriage, but also in contexts of religion, nationhood, adoption, parenthood, and same-sex marriage. The Court typically decides these cases by majority opinions, with religious or traditional Justices writing minority opinions.

Based on *Funk-Schlesinger*, the Court in 1970, by a majority of five-to-four, ordered the Minister of Interior to register the Children of Shalit as Jewish in nationality despite the fact that only their father was Jewish. This contrasted sharply with Jewish-Orthodox religious law, which determines the nationality of the child by the nationality of the mother. The minority of Justices did not treat the Population Registration as a matter of mere statistics, but rather as a kind of public certificate itself.<sup>31</sup> In fact, the Court viewed this decision as so important, it was the first time the Court sat in an expanded panel of nine Justices. The Justices heard arguments for more than a year, and the 130-page decision set a new record for length. During the trial, CJ Agranat, in the name of the entire panel, asked the Attorney General to propose that the government initiate an amendment to the law omitting the category of nationality from the registry altogether. This request was designed to excuse the Court of the need to decide on the merits of the case. The government refused due to national security interests.<sup>32</sup> This request reflects how much the decision weighed on the Justices. Deputy CJ Zilberg opened his opinion writing that the question before the Court was “the most important ever decided by the Court.”<sup>33</sup> It dealt with the very basic definition of the Jewish people. Thus, a sharp contrast exists between the *reasoning* of the Court that registration was merely statistical, and the *outcome* of the decision, which expands the notion of who is Jewish for the purposes of secular life in Israel.

Shortly after the *Shalit* case, the Knesset amended the Law of Return, as well as the Population Registration Law, to clarify that a “Jew” means only a person born to a Jewish mother or one who converted, and he must not belong to a different religion.<sup>34</sup> With these amendments, the Knesset intended to overrule the *Shalit*

28 The Statistics Ordinance [New Version], 1972 *Dinei Medinat Yisrael (Nusach Chadasb)* No. 24, 25th of Nisan, 5732 (9th of April, 1972), p. 500 replacing the Ordinance of 1947.

29 See Eitan LEVONTIN, “A Tower Floating in the Air: *Funk-Schlesinger* and the Law of the Population Register”, 11 *Law & Gov.* 129 (2007).

30 41 DK 654 (1964) (Deputy Minister of Interior Ben Meir); 49 DK 2964 (1967) (MK Klinghoffer).

31 *Shalit*, *supra* note 27, at 526 (Landau J.).

32 DK 1970 725.

33 *Shalit*, *supra* note 27, at 492.

34 The Law of Return (Amendment No. 2), 1970 SH 34 (Isr.). In the amendments, the Knesset ordered the Registrar not to register a person as Jewish in terms of both nationality and religion if it contradicts a notification given under the Population Registration Law, or a different registration or a public certificate, unless the courts decide otherwise.

decision.<sup>35</sup> But, despite the legislative amendments, the Court held that *Funk-Schlesinger* continues to apply to the registration of nationality and religion. The Court, in a majority opinion in 1989, used *Funk-Schlesinger* to require the Registrar to register converts as Jews both in terms of religion and nationality, when the conversions were conducted outside of Israel, even if the Conservative or Reform Communities conducted those conversions.<sup>36</sup> These non-Orthodox Jewish conversions are obviously not recognized by Israel's Orthodox establishment, which oversees conversions in Israel.<sup>37</sup> Later, the Court expanded this holding by requiring the Registrar to register even those converted in Israeli Conservative or Reform Communities.<sup>38</sup>

Likewise, in 1994, the Court ordered the Registrar to register a consular marriage conducted in Israel in the Brazilian embassy between a non-Jewish Brazilian woman and an Israeli Jew who held double citizenship with Brazil. As is the other cases described above, this couple could not have married under Israeli Jewish Orthodox law. The Court clarified that it was deciding registration standards, not the validity of the marriage.<sup>39</sup> However, this deemphasizes the substantive meaning of such registrations. In fact, often the claimants themselves argue that registration has substantive impact, and thus it is crucial that they register according to their notification to the Registrar.<sup>40</sup>

#### V.- SAME-SEX COUPLES

Same sex couples, like some of the interfaith couples or others who wish to marry outside their religious establishment, cannot marry in Israel.<sup>41</sup> In that sense, they suffer no unique discrimination that is different from that experienced by those who do not or cannot accept the Orthodox-religious establishment. Same-sex couples suffer comparable difficulties and enjoy similar solutions as the general secular community that is incapable or unwilling to accept the monopoly of the Orthodox establishment.

Beginning in the mid-1990s with the *Danielowitz* decision, the Court recognized same-sex couples as having a commonlaw marriage and entitled to rights and benefits similar to heterosexual couples.<sup>42</sup> In that case, the Court ordered the El-Al Israeli Airlines Company to grant a flight attendant, who was cohabitating with another man, the same benefits the company awards to heterosexual couples. This decision paved the way for state authorities to gradually grant same-sex couples social and economic benefits similar to those available to commonlaw heterosexual couples.<sup>43</sup>

35 DK 1970 725 (Minister of Justice Shapira).

36 HCJ 264/87 *Shas Movement v. The Director of Population Registration in the Minister of Interior*, 43 (2) PD 723 (1989) (Isr.).

37 The Religious Community (Conversion) Ordinance, 2 ISL 1269 (Heb), 1294 (Eng) grants the Chief Rabbis the power to decide the legal validity of conversion to Judaism.

38 HCJ 5070/95 *Na'amat-Movement of Working Women and Volunteers v. Minister of Interior*, 56 PD 721 (2002).

39 HCJ 2888/92 *Goldstein v. Minister of Interior*, 50 PD 89 (1994).

40 See *infra* Parts V & VI.

41 Some religions enable interfaith marriage, but Jewish Orthodox law prohibits it.

42 HCJ 721/94 *El-Al Israel Airlines Ltd v. Danielowitz*, 48(5) PD 749 (1994). An English translation is available at: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/94/210/007/Z01/94007210.z01.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/94/210/007/Z01/94007210.z01.htm).

43 See *infra* note 49. Commonlaw marriage is not registered in Israel and thus the couples must prove their relationship to authorities each time they seek various benefits. Nonetheless, commonlaw marriage is a recognized status such that, even if the parties contract to regard their relationship as not a marriage and not cohabitation, the Court may disregard this agreement based on the facts, and it may impose on the parties the rights and duties applicable to cohabitation under Israeli law.

Israeli same-sex couples struggle to achieve equality not just in substantive terms but also in registering their status. In a groundbreaking precedent, *Brener-Kadish*, a lesbian couple requested the Registrar to register their child as having two mothers based on an adoption decision of a California Court and the child's California birth certificate.<sup>44</sup> The Registrar refused, arguing that the falsity of this request was apparent on its face, because biologically a child cannot have two mothers. The Court in a majority opinion ordered the Registrar to register the child as having two mothers. The Court clarified that it was not recognizing the validity of the adoption. Rather, based on *Funk-Schlesinger*, it was not in the Registrar's purview to determine the validity of the adoption. He must process the registration based on the foreign public certificates provided by the couple. The minority opinion distinguished this case from *Funk-Schlesinger*. The registration of parents – in sharp contrast to the registration of details such as marriage, nationality, or religion – does serve as *prima facie* evidence under the Population Registration Law.<sup>45</sup> The minority opinion also emphasized that registration was no mere formality; it does in fact grant substantive rights, as the petitioners themselves asserted.<sup>46</sup>

The next important milestone was the *Ben-Ari* decision.<sup>47</sup> Five homosexual couples, all Israeli inhabitants and citizens, petitioned the High Court of Justice to order the Registrar to register their official civil marriage, based on the certificate of their marriage from Toronto, Canada. The Minister of Interior refused, based on the following three considerations: First, marriage under Israeli law is an institution designed for a union between a man and a woman. Second, the overwhelming majority of the countries do not recognize same-sex marriage. Third, the question whether to recognize same-sex marriages is a matter for the legislature, rather than the Court, to decide.

Rather than acknowledge the precedential nature of the decision, the majority of the Court held that it was merely applying *Funk-Schlesinger* to the case at hand. Since the same-sex couples brought an official foreign marriage certificate, the Registrar must register the couples as married. The Court emphasized that its decision should not be read as recognition of the validity of same-sex marriage,<sup>48</sup> which was consistent with its past decisions employing the *Funk-Schlesinger* precedent ruling that registration does not validate the underlying personal status of the registrants. The minority opinion held that same-sex couples should be granted economic and social rights, like other couples, as in fact is the law in Israel.<sup>49</sup> But, marriage registries are *public* symbols rather than *individual* rights, and as such should be decided by the legislature. The minority noted this should be especially the case in light of the fact that only three percent of the countries worldwide

---

CA 7021/93 *Bar-Nabor v. Estate of Osterlitz (deceased)* (October 25, 1994), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

44 HCJ 1779/99 *Brener-Kadish v. Minister of interior*, 54 PD 368 (2000).

45 *Brener-Kadish*, *supra* note 44, at 380 (Zuabi J.). See also: Population Registration Law, 1965, S.H. 270, § 3 (Isr.).

46 *Brener-Kadish*, *supra* note 44, at 384 (Zuabi J.).

47 HCJ 3045/05 *Ben-Ari v. Director of Population Administration, Ministry of Interior*, [2006] (2) IsrLR 283. An English translation is available at the Israeli Supreme Court's website: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/05/450/030/a09/05030450.a09.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/05/450/030/a09/05030450.a09.pdf).

48 *Ben Ari*, *supra* note 47, at para 23 of CJ Barak's opinion.

49 The majority opinion enumerates the various rights same-sex couples already enjoy in Israel as of 2006: the right to work benefits, social security, inheritance, pension, etc. See *Ben Ari*, *supra* note 47, at para 19 of CJ Barak's opinion. However, same-sex couples do not enjoy all the rights available to heterosexual ones. Primarily, they, like single people, cannot have children by surrogacy in Israel. See HCJ 5771/12 *Liat Mosbe v. The Board for Approval of Surrogacy Agreements* (September 18, 2014), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

recognize the possibility of same-sex marriage as of 2006.<sup>50</sup> Since the *Ben-Ari* decision, the Israeli family courts have enabled same-sex couples registered as married to dissolve their relationship, when both parties agree to such dissolution.<sup>51</sup> However, some of these courts have declared in doing so that they did not recognize the validity of the marriage to begin with.<sup>52</sup>

## VI.- EPILOGUE

As expected of a decision of this caliber, the *Ben-Ari* decision did not satisfy either camp. Those promoting same-sex couples' rights expressed disappointment that the decision was formalistic and included no language of a celebration of rights. In addition, the need to fly to far-flung places like Toronto in order to be registered in Israel is discriminatory and imposes a heavy financial burden on same-sex couples. It was no coincidence that only men petitioned the Court in *Ben-Ari*. Women earn less money and find the financial burden of this discrimination more challenging.<sup>53</sup> It should be noted, however, that since the *Ben-Ari* decision, the Court has ordered the Registrar to register couples married by proxy in El-Salvador, again without acknowledging the validity of marriage.<sup>54</sup> Thus, this route will supposedly be open also to same-sex couples. One may also argue that the current state of affairs is unsatisfactory, since the State might decide at any point in time to stop relying on the registration in making substantive decisions. Leaving the applicants at "the mercy of the State" is unwarranted.<sup>55</sup> The limited nature of the *Ben-Ari* decision becomes more apparent in light of the ground-breaking *Obergefell v. Hodges* decision of the US Supreme Court, which recognizes the constitutional right of same-sex couples to marry.<sup>56</sup> Others have argued that the Court does not understand that registration does accord substantive rights and is not mere statistics. Thus, there is a need to abandon the *Funk-Schlesinger* line of decisions and require the legislature and the Court to decide on the merits of the issues.<sup>57</sup> Some have also suggested that the legislature, rather than the Court, should decide such issues as marriage, nationality, and religion.<sup>58</sup>

50 *Ben Ari*, *supra* note 47, at para 10 of J. Rubinstein's opinion.

51 See FC (TA) 11264-09-12 *Johns Doe v. Minister of Interior* (Nov. 21, 2012), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

52 See DCM 52224-11-13 *Johns Doe* (Dec. 8, 2013). Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

53 See Dan YAKIR & Yonathan BERMAN, "Same-Sex Marriages: Is it Really Necessary? Is It Really Desirable?", 1 *Law & Social Change* 169 (2008) (the authors represented the petitioners). For criticism that registration does not amount to recognition, see: Michal TAMIR & Dalia CAHANA-AMITAY, "The Hebrew Language Has Not Created a Title for Me: A Legal and Sociolinguistic Analysis of New-Type Families", 17 *Am. U. J. Gender Soc. Pol'y & L.* 545, 561-568 (2009); Yuval MERIN, "Recognizing Foreign Marriages of Couples Ineligible for Religious Marriage in Israel-A New Perspective on Choice of Law and Public Policy", 51 *Hapraklit* 513 (2012).

54 HCJ 4916/04 *Zlasky v. Minister of Interior* (June 19, 2011), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

55 See Alon HAREL, *Why Law Matters* (2014) (discussing the importance of imposing constitutional duties on the state).

56 *Obergefell v. Hodges*, 576 US (2015), available at: [http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf). In fact, the Aguda-the Israeli National LGBT Task Force wrote letters to the Attorney General, the Chair of the Knesset, the Knesset's Legal Advisor and the Director of the Justice Ministry requiring them to enact a statute allowing same-sex marriage in Israel least they petition the Court to achieve a judicial decision equivalent to *Obergefell*. See Ilan LIOR, "Agudat LGBT: We Will Petition the HCJ to Authorize Marriage to Same-Sex Couples", *Ha'aretz*, June 30, 2015, available at: <http://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.2671797>.

57 See e.g. LEVONTIN, *supra* note 29, at 186.

58 See Shahr LIFSHITZ and Gideon SAPIR, "Who Shall Decide Who is a Jew? – On the Proper Role of the Judiciary in a Democratic State", 22 *Bar-Ilan L. Stud.* 269 (2007) (focusing their criticism especially on the question of who is a Jew).

My argument in this article is different. I suggest that the Court has always been aware that registration is not simply a matter of statistics, notwithstanding its reasoning to the contrary. It could not be otherwise. Both third parties and state authorities rely on registration when making substantive judgments regarding individual rights. The minority of Justices in the various decisions have repeatedly acknowledged this reality.<sup>59</sup> The petitioners, most noticeably in the same-sex marriage case, explicitly acknowledged this reality in support of their petition.<sup>60</sup> The State, as respondent, opposed registration on this very ground.<sup>61</sup> Most recently, that family courts are declaring the dissolution of marriage of registered same-sex couples is proof that their relationships are recognized by the State--both at the entry and the exit stages. The courts treat the couple's internal relationship as governed by commonlaw marriage principles.

The Court instead has repeatedly self-consciously downplayed the significance of its decisions, because acknowledging the reality may have undercut its authority to promote individual rights through these mechanisms. Were the Court to openly acknowledge the results of its decisions, arguably it would not have been able to issue them, given the explicit legislative grant of hegemony to the religious establishment in all substantive aspects of marriage, nationality, and religion.<sup>62</sup> Thus, the *Funk-Schlesinger* line of decisions enabled the Court to carve out a sphere for secular life in Israel, where freedom of conscience and freedom from religion is possible by pretending otherwise. Secular life in Israel prospers within this gentle gap between the Court's stated reasoning and what the Court actually does. One could criticize the Court for its lack of candor and thus bearing no accountability for its decisions. But, then again, one may argue that this game of make-believe serves all the parties involved, both religious and secular, and is the cornerstone of social tolerance within Israel. One day Israeli society will mature enough to outgrow this game and embrace the reality in the open.

---

59 See *supra* Parts IV & V.

60 See [http://www.gogay.co.il/uploadfiles/media/article/BGZ\\_021105.rtf](http://www.gogay.co.il/uploadfiles/media/article/BGZ_021105.rtf)

61 See e.g. *Na'amat*, *supra* note 38, at 731.

62 On the eve of his retirement, C.J. Barak handed a precedential decision that recognized the validity of a civil marriage conducted abroad of a Jewish heterosexual couple, who were Israeli citizens and residents that were competent to marry under Jewish law. He further authorized the Rabbinical Courts to issue them divorce (rather than a Jewish *Get*). HCJ 2232/03 *A. v. Tel-Aviv-Jaffa Regional Rabbinical Court*, [2006] (2) IsrLR 245. An English translation is available at the Israeli Supreme Court's website: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/03/320/022/a16/03022320.a16.htm](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/03/320/022/a16/03022320.a16.htm). During the same time period, in an obiter, in a different decision, C.J. Barak expressed his opinion that he would have recognized the validity of interfaith civil marriage abroad, in cases similar in facts to *Funk-Schlesinger*. CFAM 9607/03 *John Doe v. Jane Doe* (Nov. 29, 2006), Nevo Legal Database (by subscription) (Isr.).

## ITALIE

*par Isabelle BOUCOBZA et Eleonora BOTTINI \**

À la suite de l'introduction, par le référendum du 22 mai 2015, de la possibilité pour les personnes de même sexe de se marier dans la Constitution irlandaise, tous les pays d'Europe occidentale prévoient désormais une alternative au modèle hétérosexuel du mariage, à l'exception de l'Italie.

Par l'expression « couples de fait », les Italiens ont pris l'habitude de désigner les couples hétérosexuels ainsi que les couples homosexuels qui ne souhaitent pas – les premiers – ou ne peuvent pas – les seconds – emprunter la voie du mariage pour officialiser et consolider d'un point de vue juridique et social la relation qui les unit.

La question de l'adoption d'un dispositif qui permettrait à ces couples de bénéficier d'une forme d'union civile différente du mariage divise pourtant les Italiens depuis de nombreuses années. Il demeure que le poids de la tradition l'a jusqu'ici emporté<sup>1</sup>. Les opposants à toute forme d'ouverture du mariage aux couples homosexuels ou à toute création d'une autre forme d'union alternative au mariage semblent pour le moment toujours dominer le débat. Le mariage doit demeurer, selon eux, l'institution qui scelle l'union d'un homme et d'une femme afin de donner naissance à une famille, conformément à une conception du mariage fortement ancrée dans la culture catholique italienne. Cette conception est étayée par une lecture combinée des articles 29 et 31 de la Constitution italienne qui associe mariage, famille et procréation<sup>2</sup>. Cette position est encore renforcée par l'équivalence entre mariage religieux et mariage civil dans l'ordre juridique italien<sup>3</sup>.

---

\* Respectivement : Professeure de droit public, Université de La Rochelle et docteure en droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, collaboratrice au sein du service de droit comparé de la Cour constitutionnelle italienne.

1 On trouve cette référence à la tradition dans l'arrêt n° 4184/2012 du 15 mars 2012 de la Cour de cassation : « [...] pour le législateur de 1942 comme pour le législateur constitutionnel, l'exigence d'une quelconque précision relative à la diversité des sexes des conjoints ne s'était imposée, car celle-ci était propre à l'acception commune et à la tradition sociale et juridique de l'institution du mariage. En outre, à l'époque, l'hypothèse d'une extension de cette institution à l'union affective entre des personnes de même sexe ne s'était même pas posée ».

2 Cf. l'article 29 de la Constitution de la République italienne : « La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi pour garantir l'unité de la famille » ; et l'article 31 : « La République favorise par des mesures économiques et autres moyens la

Pourtant la réalité fait fi de la tradition et de nombreux couples homosexuels sollicitent les tribunaux italiens pour revendiquer une protection juridique pour leur union, sinon pour leur famille.

Face à ces revendications, les juges italiens et en particulier le juge constitutionnel, semblent adopter une politique jurisprudentielle ambiguë, qui montre du doigt l'inaction du législateur et dans le même temps sème le doute sur la possibilité même d'une conception non hétérosexuelle du mariage, ne proposant aux couples homosexuels qu'une protection juridique minimale à travers la notion de « formations sociales » contenue dans la constitution italienne<sup>4</sup>.

La situation juridique et politique italienne donne donc à voir une assez nette fermeture à l'égard de toute forme d'union civile ou de mariage entre personnes de même sexe. Les difficultés juridiques auxquelles se trouvent confrontés les couples homosexuels dans certaines situations de fait particulières ainsi que les tentatives législatives infructueuses d'introduire des formes d'unions civiles pour ces couples ne font que démontrer la prééminence d'une conception exclusive du mariage entre un homme et une femme comme seule union juridique possible. Qui plus est, cette absence d'alternative au mariage hétérosexuel en Italie (I) ne paraît pas remise en cause par le juge constitutionnel, pourtant réputé pour ses jurisprudences audacieuses. On montrera au contraire que cette protection minimale accordée par la jurisprudence constitutionnelle aux couples homosexuels à travers la qualification de « formations sociales » ne fait en réalité que confirmer l'absence d'alternative à une conception hétérosexuelle du mariage (II).

#### I.- L'ABSENCE D'ALTERNATIVE AU MARIAGE HÉTÉROSEXUEL EN ITALIE

Dans l'ordre juridique italien, l'absence d'alternative est double : non seulement il n'y a pas d'autre mariage possible que le mariage hétérosexuel, mais, de surcroît, il n'y a pas d'autre union juridique possible que le mariage. À cause de cette double interdiction, certaines situations qui existent dans la réalité ou qui peuvent exister, qu'elles soient rares ou beaucoup moins rares, se heurtent à cette univocité législative provoquant une véritable crise d'un état du droit qui semble destiné à rester figé (A). Cela ne signifie pas que des tentatives d'évolution n'ont pas été mises en place : néanmoins, toutes les tentatives de reconnaissance d'unions juridiques autres que le mariage et destinées aussi, ou exclusivement, aux personnes de même sexe, se sont confrontées à un échec (B).

##### A.- Les situations de fait qui se heurtent à la conception hétérosexuelle du mariage

Il sera fait état ici de trois affaires. Il s'agit de situations particulières concernant des couples homosexuels qui ont été portées devant les tribunaux et qui illustrent parfaitement l'exclusivité de la conception hétérosexuelle du mariage dans le droit italien en vigueur.

---

formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, et particulièrement les familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but ».

3 Selon le Concordat, résultat des Accords du Latran signés entre l'Italie et le Saint-Siège le 11 février 1929.

4 Cf. l'article 2 de la Constitution de la République italienne : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

Dans la première affaire<sup>5</sup>, deux hommes se sont vus refuser la publication des bans pour leur mariage par l'officier d'état civil, qui l'a considérée contraire à la législation constitutionnelle et ordinaire en vigueur. Il a retenu que l'institution du mariage dans l'ordre juridique italien « est inévitablement fondée sur la différence des sexes des époux [...], au point que l'hypothèse contraire [...] est juridiquement inexistante et sans aucun doute étrangère à la définition du mariage [...] »<sup>6</sup>. À la suite de ce refus, la Cour constitutionnelle a été saisie de la constitutionnalité de la réglementation du mariage présente dans le Code civil, dans la partie où elle présuppose, bien qu'implicitement, la différence de sexe entre les conjoints. C'est à l'occasion de cette affaire qu'elle a utilisé pour la première fois la qualification de « formation sociale », au sens de l'article 2 de la Constitution, pour se référer aux couples de même sexe et pour pallier l'absence de reconnaissance juridique de ces couples, dans un célèbre arrêt n° 138 de 2010.

Dans la deuxième affaire<sup>7</sup>, deux homosexuels italiens se sont mariés en Hollande et ont demandé, en vain, la retranscription de leur mariage sur les registres d'état civil en Italie. Ce refus de transcription par les juges de première et deuxième instances s'est fait au motif que l'acte de mariage hollandais ne présente pas les caractéristiques exigées par le Code civil italien, à savoir la diversité des sexes des époux. Arrivé à la Cassation, cet obstacle est confirmé, mais le juge suprême considère que des droits doivent être accordés aux couples de même sexe, en s'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle relative à la qualification de ces couples comme « formations sociales ».

Dans le dernier cas<sup>8</sup>, les époux Bernaroli ont subi le seul cas de divorce automatique ou imposé *ex lege* prévu par l'ordre juridique italien : celui où, à la suite du changement de sexe à l'état civil de l'un des conjoints et en l'absence de toute procédure initiée par les époux, une annotation est effectuée sur les certificats de mariage indiquant la cessation de ses effets civils. En effet, comme le prévoit la loi n° 164/82 à son article 4, l'acte qui reconnaît le changement de sexe à l'état civil « provoque la dissolution du mariage ou la cessation des effets civils de celui-ci consécutifs à la transcription du mariage religieux ». Et ce, pour cause : le mariage, auparavant hétérosexuel, devient désormais un mariage homosexuel. Empêcher l'existence d'un mariage homosexuel devient ainsi un argument plus fort que

5 Le Tribunal de Venise a connu l'affaire en première instance, lorsque les requérants ont contesté l'acte du 3 juillet 2008 par lequel l'officier d'état civil de la Mairie de Venise a refusé la publication des bans demandée ; par une ordonnance de renvoi du 3 avril 2009, le Tribunal de Venise a renvoyé une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle concernant les articles du Code civil qui régissent l'institution du mariage. La Cour constitutionnelle a répondu à la question dans son arrêt n° 138/2010 du 14 avril 2010, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138>. Pour une analyse des affaires similaires ayant eu lieu en France, v. D. BORRILLO, « Famille et identité de genre en France : la survie du mariage après le changement de sexe des époux », *GenUS*, 2014, n° 1, p. 133-139, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/06/genius-2014-01.pdf>.

6 Cour constitutionnelle, arrêt n° 138/2010, *cit.*, par. 1.

7 Cour de cassation, arrêt n° 4184/2012 du 15 mars 2012, disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/Cassazione/Cass.sent.4184-2012.htm](http://www.giurcost.org/casi_scelti/Cassazione/Cass.sent.4184-2012.htm).

8 À la suite de l'arrêt n° 23 de 2009 du Tribunal de Bologne qui a disposé la rectification de la mention du sexe à l'état civil de l'un des deux époux Bernaroli, l'officier d'état civil de la commune de résidence des époux a annoté sur l'acte de leur mariage la cessation des effets civils du mariage avec une formule prévue à cet effet. Le Tribunal de Modène a accueilli leur recours avec un décret du 27 octobre 2010, renversé par la Cour d'appel de Bologne par un décret du 4 février 2011 ; ensuite, la Cour de cassation a renvoyé une question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle à travers l'ordonnance de renvoi n° 14329 du 6 juin 2013. La Cour constitutionnelle a répondu avec l'arrêt n° 170/2014 du 11 juin 2014, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=170>.

l'absence de consentement des époux ou l'absence d'un jugement, les deux normalement nécessaires en cas de divorce. Alors que le juge de première instance avait fait droit à la demande d'effacement de l'annotation sur les certificats de mariage, celle-ci a été rejetée par la Cour d'appel de Bologne. À la suite de ce rejet, les désormais ex-époux se sont pourvus en cassation. C'est à l'occasion de ce pourvoi que la Cour constitutionnelle a été pour la deuxième fois<sup>9</sup> saisie des doutes sur la légitimité d'une telle procédure automatique de divorce. Comme on le verra plus loin, c'est encore une fois en ayant recours à la qualification de « formation sociale » que la Cour tente de conférer une protection *a minima* aux couples homosexuels.

La récurrence de ce genre de situations génère un débat politique et des tentatives législatives de reconnaissance d'autres formes possibles d'unions juridiques. Toutefois, ces tentatives ont jusqu'ici échoué.

### B.- Reconnaissance d'une union juridique entre les personnes de même sexe : débat et échec

De toutes les tentatives d'introduction de pactes de solidarité entre concubins, la seule ayant atteint un stade assez avancé de la procédure législative – un examen en avait été fait par la Commission des lois du Sénat – est celle qui a été adoptée en Conseil des ministres le 8 février 2007 par le gouvernement Prodi II et qui aurait reconnu ces unions sous le nom de DICO<sup>10</sup>.

DICO est l'acronyme pour droits et devoirs des personnes vivant ensemble<sup>11</sup>. Ce projet de loi affiche alors l'objectif de protéger les sujets les plus faibles dans les couples non mariés afin de dépasser les disparités et les inégalités entre les citoyens.

Ce dispositif ne prévoit pas de cérémonie mais simplement l'enregistrement des intéressés auprès de l'état civil afin de pouvoir ensuite bénéficier de droits. Selon l'article 1er, les droits octroyés s'appliquent à deux personnes majeures et capables, de sexe différent ou de même sexe, unies par des liens affectifs réciproques qui vivent ensemble de façon stable et qui se prêtent assistance matérielle et morale, qui ne sont pas unies par les liens du mariage, de parenté en ligne directe, d'adoption, de tutelle ou de curatelle. Le dispositif entreprend de prendre en considération essentiellement des questions d'ordre social, successoral, liées au travail, à la retraite ou à la possibilité de rester dans un logement loué en cas de décès du conjoint<sup>12</sup>.

9 La première fois la Cour constitutionnelle italienne n'avait pas admis la question donc n'avait pas jugé sur le fond (Cour constitutionnelle, arrêt n° 161/1985).

10 Projet de loi (*Disegno di legge*) n° 1339 de 2007, renvoyé à la Présidence du Sénat le 20 février 2007 ; le texte intégral du projet est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/192780.pdf>.

11 Ce qui donne en italien : Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi.

12 On ne donnera ici que quelques exemples : ainsi, en cas de maladie ou de problème de santé et notamment d'hospitalisation, l'article 4 prévoit les modalités d'exercice du droit de visite et les conditions d'assistance entre partenaires dans les structures privées ou publiques. Si l'un des partenaires est atteint par une maladie qui comporte l'incapacité de comprendre et de vouloir, il peut désigner l'autre comme son représentant pour concourir aux décisions sur sa santé. De même, selon l'article 5, en cas de décès, c'est le représentant qui sera habilité à régler la question du don des organes du défunt, les modalités de traitement du corps et les célébrations funéraires.

En matière successorale, l'article 11 établit qu'il faut au moins 9 ans de vie commune pour ouvrir droit à la succession pour le concubin du défunt. Celle-ci portera sur un tiers de l'héritage s'il existe un seul descendant et un quart à partir de deux descendants ou plus. En présence d'ascendants légitimes ou de frères et sœurs, la moitié de la succession leur est dévolue. Donc en l'absence d'enfants, d'ascendants, de frères ou de sœurs, les deux tiers de l'héritage sont dévolus au partenaire, et en l'absence d'autres parents jusqu'au 2<sup>e</sup> degré en ligne collatérale, c'est la succession dans son entier qui lui revient.

Le projet de loi a rencontré de très grandes difficultés, notamment du fait des adversaires de la réforme qui étaient nombreux non seulement dans les camps opposés au gouvernement Prodi, mais également au sein du Gouvernement lui-même<sup>13</sup>. Plusieurs arguments contraires ont été avancés, qui peuvent être résumés en trois catégories : un argument jusnaturaliste, un argument constitutionnel, et un argument égalitaire.

Le premier argument suivait la théorie proposée par le Pape Benoit XVI, consistant à refuser une vision artificielle de la famille créée par l'État et contredisant la vision naturelle de celle-ci : l'union entre un homme et une femme en vue de donner naissance à des enfants. Selon cette théorie, une telle conception de la famille qui serait celle reprise par l'article 29 la Constitution italienne, n'est pas conçue comme historicisée et sujette à une possible évolution, mais comme un concept universel qui précède logiquement le droit et qui est le noyau constant de la famille régulée par le droit positif. Ainsi, tout changement dans la réglementation juridique de la famille est vu comme une subversion du droit naturel, contre laquelle l'offensive de l'Église catholique en Italie a été sans précédent<sup>14</sup>.

Le deuxième argument est constitutionnel, en ce qu'il se fonde sur l'interprétation de deux articles de la Constitution italienne qui concernent la définition de la famille et sa protection constitutionnelle : les articles 29 et 31 précédemment cités. La conception de la famille présente dans l'article 29 l'identifie explicitement comme une « société naturelle fondée sur le mariage », ce qui implique, selon les partisans d'une interprétation stricte de la disposition, qu'il ne pourrait y avoir de famille en dehors du lien matrimonial. Ainsi toute union juridiquement reconnue, tout modèle d'enregistrement ou de certification d'une vie en commun tel que l'enregistrement à l'état civil prévu dans le projet dont découlerait l'attribution de droits et de devoirs aux sujets concernés, irait à l'encontre de la Constitution, en ce qu'il aboutirait à la reconnaissance légale d'un modèle alternatif et illégitime de famille. En s'appuyant de surcroît sur l'article 31 de la Constitution, les opposants au DICO ont pu affirmer que la fonction unique du lien matrimonial est la procréation. En vertu de cette fonction, le législateur reconnaîtrait des droits et devoirs aux époux, ce qui rendrait tout autre lien familial contraire à la conception de la famille et du couple inscrite dans le texte constitutionnel. C'est encore en se fondant sur le « régime préférentiel accordé à la famille dans la constitution » que certains constitutionnalistes ont répondu à ceux de leurs collègues qui soutenaient la thèse de la constitutionnalité des DICO. Cet appel a été publié dans le journal catholique *Avvenire* qui titrait : « C'est inconstitutionnel de rendre équivalentes familles et unions ». Ce document a été signé notamment par deux présidents émérites de la Cour constitutionnelle italienne<sup>15</sup>. Cela nous mène au troisième argument, fondé sur une violation du principe d'égalité.

13 C'était le cas par exemple de Clemente Mastella, alors Garde des Sceaux et pourtant très hostile au projet en ce qu'il rejoignait les positions émises par l'opposition et par l'Église.

14 L'Église a ainsi été à l'origine d'une importante manifestation ayant eu lieu à Rome le 12 mai 2007. Ce « *Family Day* » aurait rassemblé, selon la police, entre 250 000 et 300 000 personnes alors que les organisateurs, le Forum des organisations familiales, a revendiqué la présence d'un million de personnes. Toujours selon les organisateurs, il s'est agi du plus grand rassemblement catholique de l'après-guerre.

15 « *Incostituzionale parificare famiglie e unioni* », Appel de vingt-quatre constitutionnalistes contre le DICO, signé notamment par Antonio Baldassarre et Riccardo Chieppa, Présidents émérites de la Cour constitutionnelle, in *Avvenire* du 28 février 2007.

En effet, cette union serait selon certains contraire au principe d'égalité, protégé par l'article 3 de la Constitution<sup>16</sup>, en ce qu'il mettrait sur le même plan les familles et les unions civiles, ou unions « de fait », alors que les deux situations sont différentes. Il y aurait donc assimilation entre deux situations que la Constitution tiendrait à distinguer. Cet argument ne tient pas compte en revanche du corollaire du principe d'égalité qui implique qu'il est loisible au législateur de traiter différemment deux situations différentes et non qu'il lui soit imposé de le faire.

Bien entendu, le principe d'égalité a également été mobilisé par les partisans des DICO, notamment en raison des analogies entre la famille fondée sur le mariage et la famille « de fait », qui rendraient injustifiées les différences de traitement au détriment de l'une ou de l'autre. Toutefois l'élément le plus utilisé par les défenseurs du projet gouvernemental se fonde sur un autre argument, également issu du texte constitutionnel et plus précisément de son article 2 : il ne s'agit pas d'identifier les couples de même sexe à la « famille » définie à l'article 29, mais de les percevoir comme des « formations sociales » aux termes de l'article 2, pouvant prétendre à ce titre à une reconnaissance législative de droits et devoirs réciproques. On l'a déjà évoqué, cette solution a été notamment proposée par la Cour constitutionnelle à plusieurs reprises, mais ce n'est pas pour autant que l'exclusivité du modèle hétérosexuel du mariage a été remise en cause, bien au contraire.

## II.- LES COUPLES DE MÊME SEXE COMME « FORMATION SOCIALE » : UNE PROTECTION MINIMALE QUI CONFIRME L'ABSENCE D'ALTERNATIVE AU MARIAGE HÉTÉROSEXUEL

Le recours à la notion de « formation sociale » pour qualifier les couples homosexuels caractérise la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle. Cette notion lui permet d'accorder des droits à ces couples, à défaut d'une intervention législative leur reconnaissant le droit au mariage ou toute autre forme d'union civile (A). En même temps qu'elle accorde cette protection minimale aux couples de même sexe, la Cour constitutionnelle semble maintenir dans sa jurisprudence une conception exclusivement hétérosexuelle du mariage (B).

### A.- La protection minimale accordée par la jurisprudence constitutionnelle et le renvoi de la question au législateur et au juge *a quo*

On a évoqué plus haut la jurisprudence de 2010 par laquelle la Cour constitutionnelle pallie l'absence de toute reconnaissance des couples homosexuels. Elle considère en effet que ces couples constituent « une formation sociale [...] apte à permettre et favoriser le libre développement de la personne dans la vie relationnelle ». Ils doivent être protégés, selon elle, à ce titre par l'article 2 de la Constitution. À leur égard, la Cour reconnaît l'existence d'« une cohabitation stable entre deux personnes de même sexe, à qui revient le droit fondamental de vivre librement une condition de couple, avec la possibilité d'obtenir [...] une reconnaissance juridique avec les droits et devoirs inhérents à celle-ci »<sup>17</sup>.

Pour garantir ce droit, le juge constitutionnel s'adresse directement au législateur pour qu'il assure la protection d'une telle formation sociale et lui reconnaisse de droits et devoirs réciproques. En revanche, rien n'est dit sur la forme

16 Cf. l'article 3 de la Constitution de la République italienne : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales [...] ».

17 Cour constitutionnelle, arrêt n° 138/2010, *cit.*, par. 8.

que doit revêtir cette reconnaissance juridique : en effet, ce choix est laissé à la libre appréciation du législateur.

Cependant, le législateur ne parvient pas à résoudre cette question<sup>18</sup>. Dans l'arrêt de 2014 relatif au divorce imposé déjà évoqué, la Cour réitère donc son invitation au législateur, que certains ont interprété comme un véritable avertissement<sup>19</sup>. Selon la Cour, en effet, le mariage des époux Bernaroli, « en l'absence du critère, essentiel pour notre ordre juridique, de l'hétérosexualité, ne peut pas être maintenu comme tel »<sup>20</sup>. Toutefois, le juge insiste pour que les deux conjoints ne passent pas « d'un état de protection juridique maximale à une condition, sur ce plan, d'indétermination absolue »<sup>21</sup>, où, rétroactivement, les ex-conjoints n'ont plus aucun droit ni devoir l'un envers l'autre.

Tout en déclarant l'inconstitutionnalité du divorce automatique, la Cour ne comble pas elle-même ce vide, malgré l'activisme juridictionnel dont elle fait preuve assez souvent. Il résulte de cette décision une situation difficile à saisir : les époux Bernaroli sont-ils encore mariés ? La Cour constitutionnelle ne répond pas à cette question. Y répondre positivement équivaudrait à permettre, par voie prétorienne, l'existence de mariages homosexuels. Par conséquent, elle renvoie au juge du fond le soin de trancher la question au cas par cas, se protégeant ainsi de toute accusation d'activisme<sup>22</sup>.

La Cour de cassation a effectivement répondu à la question dans son arrêt définitif n° 8097/15 du 21 avril 2015<sup>23</sup>. Après avoir longuement expliqué ce qu'elle considère être la portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle – un arrêt dit « additif de principe », qui censure la loi en ce qu'elle ne prévoit pas d'alternative à la caducité de tout lien juridique pour ce couple – la Cour de cassation s'estime compétente, « en attendant l'intervention du législateur »<sup>24</sup>, pour éliminer les effets du divorce automatique. Autrement dit, la Cour de cassation garde le mariage intact, au moins dans ses effets civils sur les droits et devoirs réciproques des époux. Toutefois, pour éviter toute critique de création de toutes pièces par la jurisprudence d'une union entre personnes de même sexe, la Cour de cassation prend soin de préciser que « ce choix herméneutique est constitutionnellement obligé et

18 Néanmoins, le Parlement semble être en train d'agir : le Gouvernement a déposé au Sénat le projet de loi n° 1360 le 5 mars 2014, afin d'introduire une « union civile enregistrée ». La Commission compétente a adopté un texte consolidé le 26 mars 2015 (disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SomComm&leg=17&id=909941>), qui doit donc encore être inscrit à l'ordre du jour du débat parlementaire.

19 Selon la Cour, cette fois-ci il faudrait que le Parlement agisse « avec la plus grande sollicitude » (citation de la décision n° 170/2014 de la Cour constitutionnelle). Cf. A. RUGGERI, « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità », *Consultaonline*, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri37.pdf>; G. BRUNELLI, « Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti : la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto », *Articolo29.it*, <http://www.articolo29.it/2014/quando-corte-costituzionale-smarrisce-funzione-giudice-dei-diritti-sentenza-n-170-2014-c-d-divorzio-imposto/> ; P. VERONESI, « Un'anomala additiva di principio in materia di « divorzio imposto » : il « caso Bernaroli » nella sentenza n. 170/2014 », *Studium Iuris*, 2014, n° 20, fasc. 10, p. 1146-1156.

20 Cour constitutionnelle, arrêt n°1 70/2014, *cit.*, par. 5.1.

21 *Ibid.*, par. 5.6

22 Cette accusation est récurrente ; pour un exemple récent, on peut se référer aux réactions de la doctrine après l'arrêt n° 1/2014 du 17 janvier 2014 relatif à la loi électorale italienne, en grande partie censurée par la Cour constitutionnelle. Pour une analyse des principales critiques doctrinales, nous nous permettons de renvoyer à E. BOTTINI, « Le juge et la (re) définition de la démocratie : l'arrêt n° 1/2014 de la Cour constitutionnelle italienne », *Jus Politicum*, n° 13, décembre 2014, <http://juspoliticum.com/Le-juge-et-la-re-definition-de-la.html>.

23 Cour de cassation, Première section civile, arrêt n° 8097/15 du 26 janvier 2015, déposé le 21 avril 2015, disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/8097\\_04\\_2015.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/8097_04_2015.pdf).

24 *Ibid.*, p. 15.

n'implique pas l'extension du modèle du mariage aux unions homosexuelles »<sup>25</sup>. De la même manière que la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation semble, outre donner une solution concrète et le plus possible équitable au cas d'espèce, vouloir souligner le caractère intenable de l'absence d'alternative juridiquement valable à l'union matrimoniale de personnes de sexe différent.

En renvoyant au législateur et au juge du fond au cas par cas la question de l'extension possible du mariage aux couples homosexuels ou la création d'une forme alternative de reconnaissance de ces unions, la Cour constitutionnelle montre bien que, pour sa part, l'hétérosexualité est et reste le critère du mariage.

### B.- La Cour constitutionnelle et le critère résistant de l'hétérosexualité du mariage

Dans l'arrêt de 2014, qui reprend en grande partie, en le citant explicitement, le raisonnement fait dans l'arrêt de 2010, le critère de l'hétérosexualité du mariage ressort renforcé, du fait d'un double argument. Le premier consiste à fonder l'interprétation de l'article 29 de la Constitution, et sa conception de la famille « naturelle », sur la notion de mariage inscrite dans le Code civil. Corrélativement, le deuxième argument insiste sur une vision « originaliste »<sup>26</sup>. Il s'agit par là de dire que dans les débats constitutifs la question des couples homosexuels, tout en étant connue, n'est pas prise en considération dans les discussions sur le mariage et la famille. Cela prouverait bien – dans le raisonnement de la Cour – que le constituant n'envisageait pas à l'époque d'étendre l'institution du mariage aux couples de même sexe<sup>27</sup>.

Sur la base de ces deux arguments utilisés par la Cour, le critère de l'hétérosexualité du mariage semble confirmé, et, de la sorte, en ressort également confirmée l'absence d'alternative possible au mariage comme seul fondement de la famille constitutionnellement protégée en Italie. Au point que certains constitutionnalistes se demandent si la Cour n'a pas « constitutionnalisé » l'hétérosexualité du mariage en rendant indissociables les articles 29 de la Constitution et ceux du titre VI du Code civil, où l'on fait référence de manière répétée au « mari » et à la « femme ». Selon cette interprétation, seule une révision constitutionnelle pourrait modifier cet état du droit<sup>28</sup>. Cette position a néanmoins été démentie dès l'arrêt n° 4184/2012 par la Cour de cassation qui affirme « que la reconnaissance [du mariage gay] et sa protection relèvent de la libre appréciation du Parlement. »

De valeur supra ou infralégislative, l'hétérosexualité du mariage paraît donc confirmée et la seule protection accordée aux couples de même sexe semble être une protection minimale, temporaire, dans l'attente de l'intervention du législateur.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>26</sup> Pour une critique de cette technique d'interprétation utilisée par la Cour dans l'arrêt n° 138 de 2010, v. notamment R. ROMBOLI, « Il diritto « consentito » al matrimonio ed il diritto « garantito » alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice « troppo » e « troppo poco » », *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 1605 et s.

<sup>27</sup> Cet argument a été critiqué dans la mesure où les revendications en matière de vie familiale étaient les mêmes qu'aujourd'hui : cf. A. SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Rome, Carocci Editore, coll. « Studi superiori », 2014, p. 205-206.

<sup>28</sup> I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, « Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n° 138 del 2010 », *Diritto pubblico*, n° 1-2, 2010, p. 471-494 ; F. SAITTO, « Famiglia, rettificazione di sesso e principio di autodeterminazione alla prova dello scioglimento ex lege del matrimonio », *Genius*, 2014, n° 1, p. 64-77, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/06/genius-2014-01.pdf>.

Chacun sait toutefois que cette intervention n'est qu'hypothétique, et qu'en attendant, ce sont les juges de droit commun qui se trouvent en première ligne pour résoudre les questions très concrètes que pose l'existence de couples de même sexe. S'il n'existe donc pas de régime unitaire des droits et devoirs réciproques de ces couples, il existe une jurisprudence qui dessine un cadre éclaté. L'étude de ces différentes décisions mérite l'attention dans la mesure où des solutions sont proposées en dehors du mariage et de la famille, tels que définis par le juge constitutionnel sur la base du critère de l'hétérosexualité.

On ne citera à ce titre qu'un exemple qui permet d'illustrer que d'autres voies sont ouvertes pour la reconnaissance d'un droit aux couples de même sexe : le droit à l'adoption de l'enfant du conjoint. Le Tribunal des mineurs de Rome s'est en effet fondé sur l'absence du critère de l'hétérosexualité dans la loi italienne sur l'adoption<sup>29</sup>, pour reconnaître le droit d'une femme à adopter l'enfant de sa compagne. Le juge souligne que le couple avait un projet parental bien défini et rendu possible grâce à une PMA ayant eu lieu en Espagne. Il insiste sur le fait « qu'il ne s'agit pas d'attribuer un nouveau droit précédemment inexistant, mais de garantir une protection juridique à une situation de fait existante depuis des années ». Sans le dire explicitement, le juge admet l'existence d'une famille composée de deux personnes de même sexe et d'un enfant.

---

29 Le Tribunal des mineurs affirme donc qu'« Aucune limitation n'est expressément prévue, ou ne peut être déduite par la voie interprétative, par rapport à l'orientation sexuelle de la personne qui adopte ou du parent de l'adopté, à condition que ceux-ci soient dans un rapport de cohabitation » (Tribunal des mineurs de Rome, arrêt n° 299/2014 du 30 juillet 2014, p. 2-3, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/08/trib-min-Roma-30-7-2014.pdf>).



## POLOGNE

*par Malgorzata ULLA \**

## L'absence de législation en matière de mariage pour tous en droit polonais

La Pologne ne possède pas de législation relative au mariage pour tous. De même, il est impossible, en vertu du droit polonais, de conclure actuellement une union civile que ce soit entre personnes hétérosexuelles ou homosexuelles. Pourtant, du point de vue historique la Pologne est le seul État européen à ne jamais avoir puni l'homosexualité, en constituant un exemple de tolérance et d'ouverture d'esprit. Le refus systématique, par les autorités polonaises, d'adopter une législation en la matière est interprété comme incompréhensible, voire nuisible pour la démocratie. D'autant plus que l'approbation pour ce type d'union au sein de la société a augmenté de manière considérable au cours de la dernière décennie.

Bien que les dispositions constitutionnelles doivent prendre en compte les besoins de la société, il serait imprudent de se prononcer actuellement sur une éventuelle révision de la Constitution en la matière. En revanche, « *la jurisprudence du Tribunal constitutionnel, d'une façon efficace, contribue à interpréter les dispositions constitutionnelles, en adaptant leur contenu à la réalité changeante*<sup>1</sup> ». Par conséquent, la nécessité de procéder à des révisions du texte de la Constitution est réduite grâce à une jurisprudence constitutionnelle effective qui correspond à l'évolution de la situation socio-économique. Grâce à la fonction créative du Tribunal constitutionnel, le texte de la Constitution ne perd pas son autorité. C'est probablement du côté de la justice constitutionnelle qu'il faut attendre des évolutions quant à l'interprétation de la notion de mariage.

Le droit polonais définit le mariage de manière traditionnelle comme l'union entre une femme et un homme (I). La nécessité d'ouvrir la voie à d'autres types d'unions que le mariage est de plus en plus réclamée, et cela pas uniquement par les

---

\* Docteur en droit public, Centre Michel de l'Hospital, École de droit, Université d'Auvergne.

1 M. STOLARSKA, « Problem dewaluacji Konstytucji na tle najistotniejszych współczesnych wyzwan politycznych i społecznych » (« Le problème de la dévaluation de la Constitution à la lumière des défis contemporains les plus importants de nature politique et sociale ») in S. Biernat (dir.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwan politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych* (*La Constitution de la République de Pologne dans les premières décennies du XXIe siècle face à des défis politiques, économiques, technologiques et sociaux*), Biuro Trybunalu Konstytucyjnego, Warszawa, 2013, p. 53.

milieux représentant les lesbiennes, gays, bisexuels et transgenres (ci-après LGBT). Néanmoins, à ce jour, toutes les tentatives législatives relatives à la mise en place des lois autorisant des unions civiles se sont avérées un échec. Cette situation a pour conséquence le recours, par les Polonais, à d'autres formes de mariage autorisées par des États étrangers (II).

## I.- LA DÉFINITION TRADITIONNELLE DU MARIAGE PAR LE DROIT POLONAIS

Le constituant polonais a défini l'institution du mariage comme l'union entre une femme et un homme. Le mariage est conclu lorsque la femme et l'homme, présents devant l'Officier d'État civil, déposent le consentement relatif à la conclusion du mariage (A). La législation polonaise relative au mariage a subi des modifications considérables à la suite de la ratification du Concordat, signé en 1993 entre le Saint-Siège et la République de Pologne<sup>2</sup>. Ainsi, la possibilité de conclure un mariage religieux constitue une des spécificités polonaises en comparaison à d'autres États européens, d'autant plus que ce type de mariage possède la même valeur juridique que le mariage civil (B).

### A.- Les dispositions de la Constitution de République de Pologne de 1997

Lors des travaux préparatoires du texte de la Constitution du 2 avril 1997<sup>3</sup>, la disposition définissant le mariage a suscité de nombreuses controverses. Le constituant a pourtant rejeté les demandes formulées par les minorités sexuelles souhaitant la reconnaissance de leurs droits à fonder une famille et à conclure un mariage<sup>4</sup>. Par conséquent, uniquement l'union entre un homme et une femme est reconnue par l'État et relève de sa protection (1). En outre, aucune référence à l'interdiction de la discrimination en raison d'orientation sexuelle ne figure dans la Constitution (2).

#### 1.- *Le rôle attribué par le constituant à la famille*

Conformément à l'article 18 de la Constitution, « *Le mariage en tant qu'union d'une femme et d'un homme<sup>5</sup>, la famille, la maternité ainsi que la qualité de parents relèvent de la sauvegarde et de la protection de la République de Pologne* ». Ainsi, la Constitution garantit la protection juridique à la famille, dont le mariage constitue le fondement. Le constituant a perçu la famille comme une institution liée à la procréation et l'éducation des enfants par les parents.

La présente disposition se réfère directement à la maternité, un lien existant entre la mère et l'enfant et la nécessité de les protéger avant et directement après la

2 JO 1998, n° 51, texte 318 (*Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993r.*). Le Concordat a été signé à Varsovie le 28 juillet 1993, il est entré en vigueur le 25 avril 1998.

3 La Constitution de la République de Pologne est entrée en vigueur le 17 octobre 1997, elle a été adoptée par le référendum organisé le 25 mai 1997 (JO 1997, n° 78, texte 483). Au sujet de la Constitution de 1997 voir : M. ULLA, « La Pologne » in J.-P. Massias, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Puf, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, p. 146-147.

4 W. SKRZYDŁO, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (Constitution de la République de Pologne. Commentaire), Zakamycze, 4<sup>e</sup> éd., Krakow, 2002, p. 31.

5 Les Constitutions, entre autres, de la Biélorussie, Bulgarie, Lituanie, Lettonie, Moldavie, Monténégro, Serbie, Slovaquie et Ukraine contiennent la même définition du mariage.

naissance. Le fait d'évoquer uniquement la maternité ne signifie pas pourtant qu'elle est privilégiée par rapport à la paternité au sein des relations familiales.

Le fait que le constituant ait accordé une place particulière à la famille entraîne d'autres conséquences. L'État, dans la mise en œuvre de sa politique sociale et économique, est tenu de prendre en compte le bien de la famille. Par conséquent, les familles se trouvant dans une situation matérielle et sociale difficile « *surtout les familles nombreuses et les mères ou les pères célibataires, ont droit à une aide particulière de la part des pouvoirs publics*<sup>6</sup> ». Cette disposition impose à l'État une obligation concrète d'aide aux familles mentionnées, sans faire référence aux familles homoparentales ou recomposées.

La Fondation des droits de l'Homme d'Helsinki (ONG ayant son siège à Varsovie<sup>7</sup>) a organisé un débat en 2013 en présence des représentants de la doctrine juridique constitutionnelle<sup>8</sup> pour évoquer la question de savoir si, en vertu de l'article 18 de la Constitution (*supra*), la légalisation des unions civiles est possible, exclue ou nécessaire. Il a été constaté lors de ce débat que la disposition de cet article n'interdit en aucun cas la régulation juridique des autres types d'unions qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles. Par conséquent, à la lumière de la Constitution, l'institutionnalisation des unions civiles est possible. Comme l'a souligné le professeur Miroslaw Wyrzykowski, il est important qu'un mariage et une union civile puissent avoir les mêmes caractéristiques « *car dans le cas contraire, la raison de création d'une forme alternative d'union pour ceux qui ne peuvent ou ne veulent pas conclure un acte de mariage aurait perdu son intérêt*<sup>9</sup> ».

Un autre élément évoqué lors de ce débat concernait la légalisation ou non de l'union civile en tant que forme de famille au sens de la Constitution. En vertu du droit polonais, il est pourtant particulièrement difficile de préciser qui compose la famille. Comme l'a fait remarquer le professeur Letowska, pour une partie de la doctrine le mariage devient famille à la naissance des descendants<sup>10</sup>.

Les personnes souhaitant présenter leurs revendications en matière de conclusion d'une union civile ne le feront certainement pas en vertu de l'article 18 de la Constitution. En revanche, ils pourront les fonder en s'appuyant sur d'autres dispositions constitutionnelles relatives au respect de la dignité humaine<sup>11</sup>, au droit à la liberté<sup>12</sup>, au droit à l'égalité<sup>13</sup>, au droit au respect de la vie privée et familiale<sup>14,15</sup>.

## 2.- Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination

Le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination sont placés dans le Titre II de la Constitution consacré aux libertés, droits et obligations de l'Homme et du citoyen. La Constitution énonce le droit à l'égalité à l'article 32 selon lequel

6 Art. 71 de la Constitution.

7 Le site de la Fondation disponible en polonais, anglais et russe : <http://www.hfhr.pl/> .

8 Parmi lesquels des anciens juges constitutionnels, notamment les professeurs Ewa Letowska et Miroslaw Wyrzykowski.

9 J. JAGURA, D. PUDZIANOWSKA, « Sprawozdanie z debaty « Związki partnerskie a Konstytucja RP – wykluczone, możliwe czy konieczne ? » (15 marca 2015) » (« Le compte rendu du débat « Unions civiles et la Constitution de la République de Pologne – exclues, possibles ou nécessaires ? » (Le 15 mars 2015) », *Kwartalnik o Prawach Człowieka – Helsińska Fundacja Praw Człowieka*, n° 3 (7), 2013, p. 37.

10 *Ibidem*.

11 Art. 30 de la Constitution.

12 Art. 31 de la Constitution.

13 Art. 32 de la Constitution.

14 Art. 47 de la Constitution.

15 C'est le constat du professeur Wyrzykowski in J. JAGURA, D. PUDZIANOWSKA, *op. cit.*, p. 38.

« *Tous sont égaux devant la loi. Tous ont droit à un traitement égal par les pouvoirs publics*<sup>16</sup>. *Nul ne peut être discriminé dans la vie politique, sociale ou économique pour quelque raison que ce soit*<sup>17</sup> ». Ce qui caractérise cette disposition c'est le fait de placer le droit à l'égalité et l'interdiction de la discrimination dans le même article. Ils sont complétés par le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans la vie familiale, politique, sociale et économique<sup>18</sup>.

Le droit à l'égalité comprend les composantes suivantes : « *l'égalité des droits, l'égalité à l'égard du droit (dont l'égalité de protection juridique) ainsi que l'égalité de traitement par les pouvoirs publics*<sup>19</sup> ». Le terme d'égalité ne peut pas être interprété comme le synonyme d'identique. Les autorités étatiques sont tenues d'atténuer les différences objectives entre les individus afin d'atteindre l'égalité réelle<sup>20</sup>.

L'interdiction de la discrimination est quant à elle interprétée comme le traitement différencié des personnes se trouvant objectivement dans la même situation ou dans une situation ressemblante. Conformément aux standards européens, les clauses antidiscriminatoires prévoient de nombreux critères en raison desquels la discrimination est interdite, par exemple le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (cas de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>21</sup>). Une clause antidiscriminatoire plus large est prévue par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle ajoute de nouveaux critères tels que le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle<sup>22</sup>.

Contrairement aux actes évoqués, la disposition constitutionnelle polonaise relative à l'interdiction de la discrimination n'a pas de caractère énumératif. Elle se limite à préciser que « *nul ne peut être discriminé pour quelque raison que ce soit* ». Nous pouvons ainsi supposer que le constituant est favorable à une interprétation large des critères de discrimination en favorisant la clause ouverte. De même, la doctrine souligne que du point de vue juridique cette clause est « *plus vaste*<sup>23</sup> » par rapport aux clauses énumératives. Par conséquent, même si la Constitution ne fait pas directement référence à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle, celle-ci peut être évoquée.

La Constitution met en exergue l'interdiction de la discrimination des minorités (l'article 35 § 1). Cependant, cette interdiction vise exclusivement les minorités nationales et ethniques. Ainsi, d'autres minorités, notamment homosexuelles peuvent se prévaloir uniquement la clause de discrimination telle que prévue à l'article 32 (*supra*).

16 Art. 32 § 1 de la Constitution.

17 Art. 32 § 2 de la Constitution.

18 Art. 33 § 1 de la Constitution, § 2 du même article ajoute que « *La femme et l'homme ont notamment les droits égaux dans le domaine de la formation, de l'emploi et de l'avancement ; ils ont droit à une rémunération égale pour un travail de valeur égale, à la sécurité sociale et à l'accès aux emplois, aux fonctions, aux dignités et aux distinctions* ».

19 Z. WITKOWSKI (dir.), *Prawo konstytucyjne (Droit constitutionnel)*, Wyd. « Dom Organizatora », 13<sup>e</sup> éd., Torun, 2011, p. 162.

20 Voir aussi B. BANASZAK, *Prawo konstytucyjne (Droit constitutionnel)*, C.H. Beck, 3<sup>e</sup> éd., Warszawa 2004, p. 481-486.

21 Art. 14 de la CEDH de 1950.

22 Art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2000 C 364/3.

23 Z. WITKOWSKI (dir.), *op. cit.*, p. 163.

### B.- La spécificité polonaise – la même valeur juridique des mariages civils et canoniques

Le Concordat, signé après la chute du communisme, a constitué un geste symbolique à l'égard du pape Jean Paul II, d'origine polonaise ainsi que de l'Église catholique, engagée dans la lutte contre le régime communiste<sup>24</sup>. Le préambule du Concordat l'énonce « *en soulignant la mission de l'Église catholique, le rôle qu'elle jouait au cours de l'existence millénaire de l'État polonais ainsi que la signification du pontificat de Sa Sainteté Jean Paul II pour l'histoire contemporaine de la Pologne* ».

Les dispositions du Concordat prévoient que le mariage canonique conclu devant un prêtre catholique produit les mêmes effets que le mariage conclu en vertu du droit polonais<sup>25</sup>. Par conséquent, les personnes souhaitant conclure un acte de mariage ont le choix entre une de ces deux procédures. Le fait de choisir le premier type de mariage ne les oblige pas à conclure le second pour que cet acte produise les effets en droit.

Cependant, un certain nombre de conditions doivent être respectées pour que le mariage canonique produise les mêmes effets que le mariage civil. Ainsi, il doit être conclu entre les personnes pour lesquelles les empêchements prévus par le droit polonais n'existent pas. Lors de la célébration du mariage, les personnes concernées présentent une déclaration commune de volonté. Enfin, le fait de conclure le mariage canonique doit être enregistré dans les actes de l'état civil et la demande transmise à l'Office de l'État civil dans un délai de cinq jours à compter la conclusion de celui-ci.

Le législateur polonais, soucieux de traiter toutes les religions sur un pied d'égalité, a prévu la possibilité de conclure des mariages religieux dans le cadre d'autres confessions, en accordant à ces mariages les mêmes conséquences juridiques qu'aux mariages civils. C'est le cas, entre autres, de la religion juive<sup>26</sup>, orthodoxe<sup>27</sup> ou protestante<sup>28</sup>. Le nombre de mariages religieux dépasse celui des mariages civils. Conformément aux données présentées par l'Office central des statistiques, pendant la période allant de 2000 à 2011 « *presque 70 % des mariages enregistrés à l'Office de l'État civil conclus en Pologne appartenaient à la première catégorie*<sup>29</sup> ». Ceci constitue un

24 Ce Concordat perpétuait une tradition datant d'avant la Seconde Guerre mondiale étant donné que le 10 février 1925, la Pologne a signé le Concordat avec la Sainte Siège, *JO* 1925, n° 72, texte 501.

25 Art. 10 § 1 du Concordat.

26 Art. 9 a) de la Loi du 20 février 1997 sur le rapport de l'État au regard des communautés confessionnelles juives en République de Pologne, *JO* 1997, n° 41, texte 251 avec modifications postérieures (*Ustawa z dnia 20 lutego 1997 r. o stosunku Państwa do gmin wyznaniowych żydowskich w Rzeczypospolitej Polskiej*).

27 Art. 12 a) de la Loi du 4 juillet 1991 sur le rapport de l'État au regard de l'Église orthodoxe autocéphale polonaise, *JO* 1991, n° 66, texte 287 avec modifications postérieures (*Ustawa z dnia 4 lipca 1991 r. o stosunku Państwa do Polskiego Autokefalicznego Kościoła Prawosławnego*).

28 Art. 12 a) de la Loi du 13 mai 1994 sur le rapport de l'État au regard de l'Église luthérienne en République de Pologne, *JO* 1994, n° 73, texte 323 avec modifications postérieures (*Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Augsburskiego w Rzeczypospolitej Polskiej*); Art. 8 a) de la Loi du 13 mai 1994 sur le rapport de l'État au regard de l'Église évangélique réformée en République de Pologne, *JO* 1994, n° 73, texte 324 avec modifications postérieures (*Ustawa z dnia 13 maja 1994 r. o stosunku Państwa do Kościoła Ewangelicko-Reformowanego w Rzeczypospolitej Polskiej*); Art. 10 a) de la Loi du 30 juin 1995 sur le rapport de l'État au regard de l'Église des chrétiens baptistes en République de Pologne, *JO* 1995, n° 97, texte 480 avec modifications postérieures (*Ustawa z dnia 30 czerwca 1995 r. o stosunku Państwa do Kościoła Chrześcijan Baptystów w Rzeczypospolitej Polskiej*).

29 Département de recherches démographiques de l'Office Central des statistiques, « Podstawowe informacje o rozwoju demograficznym Polski w latach 2000-2011 » (« Les informations fondamentales sur le développement démographique de la Pologne au cours des années 2000-2011 »), note préparée pour la conférence de presse du 28 janvier 2011, p. 6, disponible sur le site

taux relativement élevé, témoignant de l'attachement des Polonais au mariage religieux.

## II.- LA NÉCESSITÉ DE RÉGULARISER EN DROIT LES UNIONS CIVILES COMME CONSÉQUENCE DE L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

Les tentatives d'encadrer par la loi les unions civiles ont été nombreuses en Pologne. Ceci est argumenté par le constat selon lequel l'absence d'institutionnalisation de ce type d'union constitue « *une forme de discrimination d'une partie de la société par le législateur*<sup>30</sup> ». La légalisation des différentes formes de famille et de mariage devrait refléter une égalité entre elles. En outre, un phénomène relativement nouveau a fait son apparition, à savoir les mariages conclus par des citoyens polonais à l'étranger, dans des États autorisant le mariage pour tous (A). La présente analyse de la situation en Pologne devrait être accompagnée par la réflexion sur les différents points de vue en faveur et contre le mariage pour tous (B).

### A.- Les tentatives de légalisation des unions civiles

Le premier projet de loi relative aux unions civiles enregistrées date de 2004. Il a été présenté par la sénatrice Maria Szyszkowska. Cependant, il n'a pas été mis à l'ordre du jour par le Maréchal de la Diète. Il a fallu attendre 2013 pour que d'autres projets de loi soient présentés. Cette fois-ci, les députés ont rejeté trois projets de loi<sup>31</sup> concernant les unions civiles lors de la première lecture le 25 janvier 2013<sup>32</sup>.

Ces projets prévoyaient deux formes de conclusion d'une union civile, soit en tant qu'un acte notarial soit par consentement commun déposé par écrit devant l'officier d'État civil. Les unions civiles auraient pu être conclues par des personnes homosexuelles ou hétérosexuelles. Les projets prévoyaient la modification de plus de cent cinquante lois en vigueur afin d'y introduire des droits correspondants, notamment le droit d'obtenir des informations sur l'état de santé du partenaire, la possibilité d'entreprendre des formalités pour enterrer son partenaire en cas de décès. Il avait été également prévu de modifier la législation relative à l'établissement d'un testament ou à l'exercice de certaines fonctions au sein du même établissement d'État en cas d'existence d'un rapport de subordination entre les deux partenaires. En revanche, aucun des trois projets n'avait prévu la possibilité d'adopter des enfants par les personnes ayant conclu une union civile<sup>33</sup>. En mai 2015, la Diète a refusé d'examiner le projet de loi sur les unions civiles déposé par l'Union de la Gauche Démocratique (en polonais : *SLD - Sojusz Lewicy Demokratycznej*). Ainsi, cette tentative législative s'est avérée également un échec.

Concernant la discrimination des personnes homosexuelles ou transsexuelles, un groupe de députés issus de l'Union de la Gauche Démocratique a présenté, en

---

de l'Office Central des statistiques : [http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/L\\_podst\\_inf\\_o\\_rozwoju\\_dem\\_pl.pdf](http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/L_podst_inf_o_rozwoju_dem_pl.pdf). (30/05/2015).

30 M. BARTOSZEWICZ, « Priorytet równości i niedyskryminacji jako tendencja ustawodawcza. Szkic do rozważań » (« La priorité d'égalité et de non-discrimination comme une tendance législative. Croquis de réflexion »), *Przegląd Sejmowy*, n° 6 (119) 2013, p. 29.

31 Les deux projets ont été présentés par les partis — l'Union de la gauche démocratique (SLD, en polonais : *Sojusz Lewicy Demokratycznej*) et le Mouvement de Palikot (RP, en polonais : *Ruch Palikota*), (les imprimés n° 552 et 554). La Plateforme civique (PO, en polonais : *Platforma obywatelska*), au pouvoir à l'époque, était l'auteur du troisième projet (l'imprimé n° 825).

32 M. BARTOSZEWICZ, *op. cit.*, p. 29.

33 « Poselskie projekty dotyczące związków partnerskich » (« Les projets concernant les unions civiles présentés par les députés »), *Kronika Sejmowa*, n° 31 (756), 31/01/2013, p. 15-18.

mars 2014, un projet de la loi modifiant le Code pénal<sup>34</sup>. Le but de cette modification visait à assurer une protection juridique efficace contre les crimes de haine commis, entre autres, en raison de l'identité de genre et de l'orientation sexuelle. Dans la motivation du présent projet, il est souligné que la Pologne constitue une exception au sein de l'Union européenne car ni sa législation ni sa jurisprudence en matière pénale ne prévoient une protection juridique efficace<sup>35</sup> contre les crimes commis pour ces raisons<sup>36</sup>.

Les auteurs de ce projet ont souligné le fait que la législation pénale en vigueur ne prenait pas en compte de nouvelles menaces telles que l'homophobie ou la transphobie. La première est décrite comme « *une forme de peur irrationnelle, non fondée mais culturellement ancrée, à l'égard des personnes homosexuelles et bisexuelles revêtant différentes formes et responsables de leur discrimination sociale, exclusion, haine et une agression à leur égard*<sup>37</sup> ». Concernant la transphobie, elle vise les personnes transsexuelles qui se distinguent non par leur orientation sexuelle mais par leur identité de genre biologique. À ce jour, les modifications proposées n'ont pas été introduites dans le texte du Code pénal.

Un autre élément qui doit être mis en exergue concerne les situations déjà existantes, à savoir les mariages entre personnes de même sexe conclus par des citoyens polonais dans des États autorisant le mariage pour tous. Ce cas de figure provoque de nombreuses conséquences, souvent négatives, pour les personnes concernées. À titre d'exemple, la personne ayant adopté le nom de son partenaire lors du mariage célébré à l'étranger ne peut pas le porter en Pologne.

En outre, les autorités polonaises refusaient systématiquement d'émettre un extrait d'état civil aux citoyens polonais souhaitant conclure un contrat d'union civile ou le mariage avec une personne du même sexe dans un autre État membre de l'Union européenne (ci-après, l'UE). Cette position stricte empêchait les intéressés d'exercer leur droit de respect de la vie privée et familiale en raison de leur orientation sexuelle. En effet, l'extrait exigeait d'indiquer l'identité du futur marié (ou mariée), et s'il s'agissait de deux personnes de même sexe, les officiers d'État civil refusaient de délivrer l'extrait.

Ce refus a fait l'objet d'une pétition<sup>38</sup> devant le Parlement européen, présentée par Robert Biedron, premier député, élu à la Diète ayant ouvertement déclaré son homosexualité, au nom de la Campagne contre l'homophobie (en polonais : *Kampania przeciwko Homofobii*<sup>39</sup>). La Commission de pétition a décidé de

34 Loi du 6 juin 1997 Code pénal, *JO* 1997, n° 88, texte 553 avec les modifications postérieures (*Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. – Kodeks karny*).

35 A. GLISZCZYŃSKA GRABIAS, D. BYCHAWSKA SINIARSKA, « Jak traktujemy osoby LGBT ? Raport Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej » (« Comment nous traitons les personnes LGBT ? Le Rapport de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne »), *Kwartalnik o Prawach Człowieka – Helsińska Fundacja Praw Człowieka*, n° 3 (7), 2013, p. 7-9.

36 Concernant d'autres États d'Europe centrale, c'est le cas notamment du droit pénal en Estonie, Lituanie, Roumanie ou Slovénie. Quant à la Hongrie même si les dispositions légales ne prévoient pas cette catégorie des crimes, elle a été distinguée par la jurisprudence in *Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny* (Projet de la loi sur la modification de la loi Code pénal), Warszawa 7/03/2014, p. 43. De même, dans le cadre du Conseil de l'Europe, peut être évoqué la Recommandation CM/Rec (2010) 5 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre adoptée le 31 mars 2010, lors de la 1081<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres, disponible sur le site du Comité des Ministres : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606657> (20/05/2015).

37 *Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, op. cit.*, p. 4.

38 Pétition 632/2008, examinée lors de la réunion de la Commission des pétitions du Parlement européen le 31 mai 2010, [PÉTI\\_PV \(2010\) 06\\_01-05\\_31](https://www.europarl.europa.eu/press/index.do).

39 Il s'agit d'une organisation d'utilité publique défendant, depuis 2001, les droits des LGBT, site de l'organisation disponible en polonais, anglais et russe : <http://www.kph.org.pl/>.

laisser la pétition ouverte et a demandé à la Commission européenne d'examiner l'adéquation de la politique mise en place en Pologne au droit de l'UE<sup>40</sup>.

Suite à cette pétition, le législateur polonais a procédé à l'abrogation de l'ancienne loi sur les actes d'état civil de 1986<sup>41</sup>. Depuis le 1er mars 2015 est entrée en vigueur une nouvelle loi<sup>42</sup> qui prévoit notamment l'obligation d'obtenir un certificat d'état civil pour un citoyen polonais souhaitant conclure un mariage en dehors des frontières de la Pologne. Dans le certificat actuel doivent figurer les données des deux mariés (mariées<sup>43</sup>). Les organisations qui représentent les LGTB considèrent que la nouvelle loi ne modifiera pas leur situation puisqu'elle viole le droit au respect de la vie privée.

### B.- Les influences doctrinales étrangères

Nous pouvons nous interroger sur les sources d'inspiration au niveau juridique en matière de reconnaissance des couples homosexuels. Concernant la doctrine polonaise de droit, elle s'intéresse de près à la législation d'autres États membres de l'Union européenne, notamment belge<sup>44</sup> et française<sup>45</sup>. Dans le même temps, elle se réfère aux systèmes juridiques des États qui refusent d'adopter une législation libérale en la matière, comme c'est le cas de la Lettonie ou de la Hongrie.

En outre, l'influence de la jurisprudence américaine est très présente et doit être soulignée. À ce titre, peut être évoqué l'intérêt porté à l'affaire désormais historique *United States v. Windsor*<sup>46</sup>, largement commentée en Pologne. Dans cet arrêt rendu en 2013, la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique a prononcé l'inconstitutionnalité de la section 3 de la loi fédérale sur la Défense du mariage (en anglais : *Defense of Marriage Act*<sup>47</sup>) relative à la définition du mariage<sup>48</sup>. Cette loi excluait la reconnaissance, au niveau fédéral, des mariages des couples homosexuels même si cela était autorisé au niveau de certains États fédérés<sup>49</sup>.

40 Voir aussi : *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, ILGA-Europe, 15 May 2012, Brussels, p. 129.

41 La loi du 29 septembre 1986 – le droit sur les actes de l'état civil (*Ustawa z dnia 29 września 1986 – Prawo o aktach stanu cywilnego*), JO 2011, n° 212 ; texte 1264 et JO 2012 n° 1529.

42 La loi du 28 novembre 2014 – le droit sur les actes de l'état civil (*Ustawa z dnia 28 listopada 2014 – Prawo o aktach stanu cywilnego*), JO 2014, texte 1741.

43 Concernant le citoyen polonais, doivent figurer dans le certificat les éléments suivants : nom (nom de jeune fille), prénoms, sexe, état civil, lieu et date de naissance, nationalité, noms (nom de jeune fille) et prénoms des parents (art. 83, al. 5, point 1). Quant à l'autre marié (mariée), le législateur exige l'indication des informations suivantes : nom, prénoms, sexe, date et lieu de naissance, nationalité, nom de jeune fille s'il est possible de l'établir (art. 83, al. 5 point 2).

44 La loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, promulguée le 13 février 2003, publiée le 28 février 2003, p. 9880-9883.

45 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* n° 0114. Une attention particulière a été accordée en Pologne aux affaires *Mennesson et Labassée/c France* concernant la gestation pour autrui. De plus, les membres de la Fondation des droits de l'Homme d'Helsinki ont participé dans la formation organisée en 2014, à Paris, par le RAVAD (Réseau d'assistance aux victimes d'agressions et discriminations).

46 12-307 US, 26 juin 2013.

47 110 STAT. 2420, Public Law 104-199 SEPT. 21, 1996, H.R. 3396. Cette loi est entrée en vigueur le 21 septembre 1996 après la signature du Président Bill Clinton.

48 Conformément à cette définition, «... the word « marriage » means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word « spouse » refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife ».

49 A. BODNAR, « W poszukiwaniu szczęścia dla par tej samej płci », (« Dans l'attente du bonheur pour les couples du même sexe », *Kultura Liberalna*, 9/07/2013, n° 235, disponible sur le site : <http://kulturaliberalna.pl/2013/07/09/bodnar-sears-legierski-lisicki-malzenstwa-par-jednoplciowych-nowy-etap/#1> (28/04/2014).

Les juges suprêmes, faisant référence au cinquième amendement de la Constitution<sup>50</sup>, qui garantit la liberté personnelle, estimaient qu'il était possible d'effectuer le choix de la forme de mariage. Par ailleurs, le mariage ne pouvait pas être limité aux seules unions hétérosexuelles<sup>51</sup>. Cette sentence a été interprétée comme un signal fort de la Cour Suprême pour que les personnes homosexuelles puissent obtenir la protection de leurs droits en vertu de la Constitution américaine.

Les opposants à la légalisation du mariage pour tous en Pologne évoquent, quant à eux, l'imitation inquiétante de l'Occident par les groupes de libéraux, considérant que « *l'association du progrès de civilisation [...] au progrès en matière des mœurs est une erreur*<sup>52</sup> ». Ainsi, pour renforcer leur point de vue, ils rappellent qu'il existe bien d'autres États de l'UE qui refusent la reconnaissance des couples homosexuels.

L'issue du débat en Pologne dépendra certainement « *du degré d'attachement de la société polonaise à la tradition chrétienne et à l'Église. Aussi longtemps que le processus de laïcisation et de déchristianisation n'avance pas (...), des modifications majeures relatives à la reconnaissance des couples de même sexe n'auront pas lieu*<sup>53</sup> ». Dans l'attente d'une législation relative aux unions civiles ouvertes à des personnes homosexuelles, nous pouvons constater que « *la société incapable de régler les transformations survenues en son sein est incapable de fonctionner normalement*<sup>54</sup> ».

---

50 La Constitution américaine du 17 septembre 1787 trad. par J.-P. LASSALE dans *Les institutions des États-Unis*, documents réunis et commentés par Jean-Pierre Lassale, coll. Documents d'études, La Documentation française, Paris, 2001, disponible sur le site : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/election-presidentielle-americaine-2008/constitution-americaine.shtml> (15/04/2015).

51 W. BURLETTE CARTER, « The Federal Law of Marriage : Deference, Deviation, and DOMA », *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 2013, vol. 2, p. 791-794.

52 P. LISICKI, « Polskie związki imitacyjne » (« Les unions imitatives polonaises »), *Kultura Liberalna*, 9/07/2013, n° 235, disponible sur le site : <http://kulturaliberalna.pl/2013/07/09/bodnar-sears-legierski-lisicki-malzenstwa-par-jednoplciowych-nowy-etap/#1> (28/04/2014).

53 *Ibidem*.

54 K. LEGIERSKI, « Kolejna czesc swiata pomalowana na teczowo » (« La partie suivante du monde peinte en couleurs d'arc-en-ciel »), *Kultura Liberalna*, 9/07/2013, n° 235, disponible sur le site : <http://kulturaliberalna.pl/2013/07/09/bodnar-sears-legierski-lisicki-malzenstwa-par-jednoplciowych-nowy-etap/#1> (28/04/2014).



## ROUMANIE

*par Elena Simina TANACESCU\**

## I.- LES NORMES CONSTITUTIONNELLES

L'art. 26 paragraphe (1) de la Constitution roumaine (adoptée le 8 décembre 1991 et révisée en 2003) protège le droit à la vie intime, familiale et privée. La notion « relations de famille » étant complexe, l'art. 48 confère protection juridique aux relations de famille résultant du mariage, et à celles résultant des rapports entre les parents et leurs enfants. Ainsi, l'art. 48 de la Constitution garantit la liberté du mariage, l'égalité des époux, et le fait que les exigences concernant la conclusion, la dissolution et la nullité du mariage sont établies par la loi. En même temps, la disposition constitutionnelle prévoit aussi que les droits et les obligations parentales, quoiqu'étroitement liés au mariage, ne peuvent pas s'y limiter. Par conséquent, la Constitution garantit l'égalité devant la loi entre les enfants nés hors mariage et ceux issus du mariage.

On peut déduire des dispositions constitutionnelles que le but principal du mariage n'est pas le fondement d'une famille dans la mesure où la Constitution n'utilise pas ce concept et traite uniquement du mariage et des enfants. Par ailleurs, nombre d'autres actes normatifs traitent des relations de famille dans un sens très large (e.g. le Code fiscal considère comme « famille » toutes les personnes qui habitent sous un même toit et gèrent leur argent ensemble, ou l'ancien Code civil et l'ancien Code de la famille emploie le vocable « famille monoparentale » ou encore « relations de famille » pour désigner les relations qui s'établissent non seulement entre les époux, mais aussi entre les enfants et leurs parents ou encore entre les petits-enfants et leurs grands parents). En revanche, la Constitution établit les principes sur lesquels repose la famille, notion beaucoup plus complexe.<sup>1</sup> La norme constitutionnelle est bien large, ce qui pourrait laisser libre voie pour le mariage de toutes les personnes quel que soit leur sexe. Un appui pour cette interprétation peut être trouvé dans la rédaction de l'art. 9 de la Charte des droits et des libertés fondamentales, qui ne se réfère pas au mariage entre un homme et une femme,

---

\* Professeur à l'Université de Bucarest.

<sup>1</sup> Pour les différents sens de la notion de famille, voir M. AVRAM, *Drept civil, Familia*, Editions Hamangiu, Bucarest, 2013, p. 8-11. La famille représente le groupe de personnes liées par des droits et des obligations découlant du mariage, de la parenté, de l'adoption, ainsi que des rapports assimilés par la loi, sous certains aspects, aux rapports familiaux.

laissant l'exercice de ce droit ouvert à toutes les personnes, quel que soit leur sexe. Ainsi, le droit de l'UE permet, actuellement, dans certains États membres, la reconnaissance par la loi de la possibilité de conclure un mariage entre personnes de même sexe, alors que dans d'autres États membres cette possibilité n'est pas reconnue par la loi, tout en laissant aux États membres la compétence pour réglementer cet aspect et, surtout – et plus difficile encore de solutionner en pratique – les modalités de reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe qui ont été conclus dans d'autres États. Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour de Strasbourg a retenu d'ailleurs que, vu le stade actuel d'évolution sociale et culturelle différent entre les États parties, la décision concernant la possibilité de mariage entre personnes de même sexe devrait appartenir à chaque État contractant.

Le législateur constituant utilise le syntagme 'époux' sans préciser de manière expresse que le mariage est conclu entre un homme et une femme. Même si le texte constitutionnel ne prévoit pas la conclusion du mariage entre un homme et une femme, la doctrine a considéré que l'une des conditions nécessaires lors de la conclusion du mariage, dérivant du principe de la liberté du mariage<sup>2</sup>, est celle de la différence de sexe au moment du mariage qui, traditionnellement, est considérée une condition de fond lors de la conclusion du mariage<sup>3</sup>. Concernant le principe d'égalité des époux, la doctrine du droit de la famille soutient aussi que l'égalité en droits entre un homme et une femme représente un principe du droit de la famille<sup>4</sup>.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des propositions de révision de la Constitution, réalisé d'office, la Cour Constitutionnelle, en analysant la suppression dans l'art. 26 paragraphe (2) de la Constitution de la référence aux bonnes mœurs devant être respectées dans le contexte du droit de la personne de disposer d'elle-même, a indiqué ce qui suit :

« La Cour retient que la liberté, en tant que principe fondamental de l'État de droit, est la base de tous les principes moraux, et suppose l'élaboration de normes juridiques qui garantissent à toutes les personnes la possibilité de se développer conformément à leurs options personnelles dans les relations qu'ils entretiennent avec les autres membres de la collectivité. Une telle conception découle du côté actif du développement libre de la personnalité humaine, étant l'expression de la liberté d'action de la personne physique. Pourtant, la liberté d'action de celle-ci en ce qui concerne sa vie intime, familiale et privée ne peut pas être et n'est pas absolue, elle doit s'intégrer et respecter les valeurs de la société et de la collectivité ; c'est pourquoi la personne physique ne peut pas utiliser de manière abusive et antisociale son droit de disposer d'elle-même, ce qui justifie l'établissement de certaines limites concernant ce droit, dont les bonnes mœurs. » Suite à une décision de la Cour Constitutionnelle qui a constaté inconstitutionnelle un nombre assez important de modifications souhaitées, le projet de révision constitutionnelle a été abandonné.

De la jurisprudence de la Cour concernant les syntagmes « les bonnes mœurs » ou « la morale publique » on dégage l'idée que ce sont des concepts évolutifs, visant par principe des normes de convivialité et de conduite dans la société. Celles-ci sont identifiées et doivent être entendues « sous l'aspect des normes de conduite sociale de l'individu dans ses manifestations et expressions sous n'importe quelle forme », tout en trouvant, entre autres, son expression dans « le

2 Par le principe de la liberté du mariage le législateur et la doctrine roumaine entendent la libre possibilité de la personne de recourir à cette institution juridique ou non. En droit roumain il n'y a pas d'obligation au mariage, alors que les effets juridique du mariage n'introduisent pas de discriminations entre les personnes mariées et celles non-mariées.

3 Coord. I. MURARU, E.S. TĂNĂSESCU, *Constituția României, comentariu pe articole*, Editions C.H. Beck, Bucarest, 2008, p. 485-486.

4 I.P. FLIPESCU, A.I. FLIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2006, p. 30

sentiment public de pudeur et de décence, dont l'ignorance ne peut pas être tolérée par la collectivité concernée. Les manifestations contraires à la morale publique sont dangereuses du point de vue social, parce qu'elles nient l'une des conditions d'existence de la société et parce qu'elles entravent l'éducation des jeunes générations dans le respect envers les valeurs morales de la société. La morale publique et les bonnes mœurs sont des valeurs fondamentales, consacrées par la Constitution. Les droits et les libertés fondamentales que celle-ci prévoit ne peuvent pas être exercés d'une manière contraire aux bonnes mœurs ou portant atteinte à la morale publique » (décision n° 80/2014). Par ailleurs, le caractère évolutif du concept de bonnes mœurs a été consacré par la décision n° 108/1995.

En même temps, il faut mentionner qu'une autre vision était également défendue par la Cour Constitutionnelle, toujours en 1995. Ainsi, saisie par un (présomptif) père naturel de l'inconstitutionnalité (et, éventuellement, de son abrogation tacite du fait de la succession dans le temps de la Constitution adoptée en 1991) de l'article du Code de la famille qui rendait possible l'introduction d'une action en contestation de la présomption de paternité uniquement par le mari de la mère, la Cour Constitutionnelle déclare : « le Code de la famille ne connaît pas une action « en contestation de la paternité présumée », mais uniquement une action en contestation de la paternité établie vis-à-vis de l'enfant né hors mariage. Il s'ensuit que, selon le Code de la famille, il n'existe pas la possibilité pour quelqu'un d'autre de contester la paternité de l'enfant né du mariage sauf le mari de la mère. De l'analyse des arguments formulés par le requérant il résulte que ce qu'il estime être inconstitutionnel est le caractère absolu de la présomption de paternité. Mais on ne peut pas soutenir que cette présomption aurait un caractère relatif, car toute l'économie des articles 53 [présomption de paternité] et 54 [action en contestation] du Code de la famille le contredit. Cette présomption, avec un caractère absolu, est connue par toutes les législations comme un des piliers sur lequel s'appuie la famille et la stabilité conjugale dans la société moderne. Admettre le caractère relatif de cette présomption serait favoriser la déstabilisation de la famille et du mariage, promouvoir un climat inadmissible d'immoralité et d'instabilité dans la société, léser les intérêts des enfants. La Constitution de la Roumanie promeut les valeurs fondamentales de la famille, institution de base de la société [...]. Dans ce contexte, reconnaître à tout homme la possibilité de renverser la présomption de paternité en affirmant que c'est lui le vrai père de l'enfant contredirait les impératifs constitutionnels. [...] Le requérant ne peut pas invoquer l'article 26 non plus, car sa demande, loin de conduire à la protection de la vie familiale, protégée par ce texte, mène indiscutablement vers sa dissolution. Le requérant se fonde précisément sur l'immoralité de son action, sur les relations d'adultère qu'il prétend avoir entretenues avec la mère de l'enfant, ce qui rend le texte constitutionnel inapplicable. » (décision n° 78/1995) Cette condamnation de l'immoralité allait rester un cas isolé dans la jurisprudence constitutionnelle.

En guise de conclusion, le droit au mariage et le droit de fonder une famille doivent être circonscrits à l'évolution du concept de bonnes mœurs et de morale publique, raison pour laquelle, en parallèle avec l'évolution de la société, l'évolution des deux concepts est également possible, dans le sens qu'à un moment donné les normes de conduite sociale pourraient permettre le mariage entre deux personnes de même sexe. En plus, le texte constitutionnel de l'art. 48 n'interdit pas de manière expresse le mariage entre personnes de même sexe, le législateur roumain pouvant accepter, avec l'évolution sociale et culturelle de la société, le mariage entre personnes de même sexe.

## II.- LES NORMES LÉGALES

### A.- Le Code de la famille (abrogé)

Conformément à l'art. 1 paragraphes (3) et (4) du Code de la Famille (Loi n° 4/1953, actuellement abrogée), la base de la famille est le mariage librement consenti entre les époux. Dans les relations entre les époux, ainsi que dans l'exercice des droits envers les enfants, l'homme et la femme ont des droits égaux.

Dans la doctrine<sup>5</sup> le mariage a été défini comme l'union librement consentie entre un homme et une femme, conclue conformément aux dispositions légales, afin de fonder une famille, et réglémentée par les normes impératives de la loi. Ainsi, parmi les conditions de fond qui doivent être remplies lors de la conclusion du mariage, on compte aussi celle concernant la différence de sexe. Bien que cette condition ne soit pas prévue expressément par le législateur, il résulte des dispositions encadrant les relations de famille (articles 1, 4, 5, 25, 47-52, 53-60 du Code de la Famille)<sup>6</sup>, qu'un mariage peut être conclu seulement entre personnes de sexe différent. Ainsi, dans la doctrine on a admis de manière unanime que la différenciation sexuelle des époux, même si elle ne fut pas prévue de façon expresse par la loi, était une condition de fond pour la conclusion valable du mariage.

Dans la doctrine on a considéré que cette condition peut être importante dans le cas des personnes dont le sexe n'est pas suffisamment différencié, par exemple dans le cas des personnes de sexe incertain ou si ultérieurement à l'enregistrement du sexe ont lieu des modifications importantes sur le plan de la sexuation – le transsexualisme<sup>7</sup> par exemple. Dans la situation où l'on ne pouvait pas établir la différence de sexe, le mariage ne pouvait pas être conclu.

### B.- Le nouveau Code civil

Conformément à l'art. 258 paragraphe (1) du Code civil, la famille est fondée sur le mariage librement consenti entre les époux, sur l'égalité de ceux-ci, ainsi que sur le droit et l'obligation des parents à assurer l'éducation de leurs enfants. Conformément au paragraphe (4) du même acte normatif, par époux on entend l'homme et la femme unis par le mariage. Conformément à l'art. 259 paragraphe (1) du Code civil, le mariage est l'union librement consentie entre un homme et une femme, conclue dans les conditions de la loi, et conformément au paragraphe (2), l'homme et la femme ont le droit de se marier dans le but de fonder une famille. Conformément à l'art. 271, le mariage est conclu entre un homme et une femme par leur consentement libre et personnel.

Plus encore, les dispositions légales concernant les fiançailles (266-270) prévoient aussi que la conclusion de celles-ci se réalise entre un homme et une femme. Bien que ce soit une promesse réciproque de mariage, la conclusion des fiançailles n'est pas conditionnée par la conclusion du mariage.

La conception du législateur national concernant la conclusion du mariage entre un homme et une femme afin de fonder une famille semble être en concordance

5 I. P. FILIPESCU, A. I. FILIPESCU, *Tratat de dreptul familiei*, VIII<sup>e</sup> édition, Editions Universul Juridic, Bucarest, 2006, p. 25.

6 Art. 4 (la forme initiale) – L'homme peut se marier uniquement s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, et la femme si elle est âgée d'au moins seize ans.  
Art. 5 – Est interdit le mariage de l'homme marié ou de la femme mariée. Art. 25 – L'homme et la femme ont des droits et des obligations égales dans le mariage.

7 V. CIORBEA, « Probleme juridice privind stabilirea și schimbarea stării civile a persoanei în situații speciale », *Studii și cercetări juridice* nr. 3/1987, p. 236-242.

avec les dispositions de l'art. 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Mais, à la différence de l'art. 12 de la CEDH, le Code civil roumain consacre le droit de conclure un mariage dans le but de fonder une famille. Ainsi, le fondement d'une famille constitue la cause déterminante du mariage. Le fait que le but du mariage est le fondement d'une famille résulte aussi de l'art. 295 du Code civil, qui consacre la nullité absolue du mariage conclu à d'autres fins que celles de fonder une famille. De ces dispositions légales résultent aussi les caractères juridiques du mariage : le mariage est l'union entre un homme et une femme, le mariage est librement consenti par les futurs époux, le mariage est monogame, le mariage est solennel, le mariage est laïque, le mariage est fondé sur l'égalité de droits et d'obligations entre les époux.

Par conséquent, le législateur roumain a consacré une conception traditionnelle concernant le mariage conclu entre un homme et une femme comme étant la seule forme d'union reconnue par la loi. D'ailleurs, l'art. 277 du Code civil interdit le mariage entre personnes de même sexe. En plus, les mariages de ce type conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie. Aucune autre relation de couple (partenariat civil) entre personnes de sexe opposé ou de même sexe conclue ou contractée à l'étranger, soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, n'est pas non plus reconnue en Roumanie. Toutes ces unions sont, par conséquent, dépourvues d'effets juridiques. Ainsi, le caractère hétérosexuel du mariage est d'ordre public.

Dans la doctrine<sup>8</sup>, selon une opinion, on a considéré qu'en l'absence de démarches législatives pour la conservation de la tradition chrétienne en matière de mariage, la libéralisation des rapports sexuels entre personnes de même sexe constituait le prélude de la légalisation expresse des mariages entre ces personnes.

Mais<sup>9</sup>, un autre auteur estime que, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH dans la matière, la disposition de l'art. 277 est excessive et contraire à l'art. 8 (le droit à la vie familiale) et à l'art. 14 (l'interdiction de la discrimination) de la Convention européenne, puisque la jurisprudence européenne ne place plus le couple entre personnes de même sexe seulement dans la sphère de la protection de la vie privée, intime, mais étend l'effet de la protection par le prisme de la vie familiale. Ainsi, les États se voient obligés d'instituer des mesures positives de protection de la vie familiale du couple constitué par des personnes de même sexe, et pas seulement de s'abstenir de toute immixtion dans la vie privée et intime.

D'autres auteurs<sup>10</sup> avancent que, à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, la condition de la différence de sexe des futurs époux ne contrevient pas à l'art. 12 de la Convention, tout en précisant que la réglementation de l'exercice concret de ce droit fondamental relève des prérogatives de chaque État contractant. Les évolutions enregistrées dans la législation des autres États, soit par l'ouverture envers le mariage des personnes de même sexe (Pays-Bas, Belgique, Espagne, France et Portugal), soit par l'institutionnalisation de formes d'union proches du mariage du point de vue de ses effets (France, Royaume-Uni, Allemagne, Hongrie), ne justifient pas l'abandon de la conception classique du mariage, ni l'extension de la protection de l'art. 12 de la Convention aux couples homosexuels. Bien que la loi roumaine ne reconnaisse pas sur le territoire de la Roumanie le mariage conclu à

8 T. BODOAȘCĂ, A. DRĂGHICI, I. PUIE, I. Maftei, *Dreptul familiei*, Editions Universul Juridic, Bucarest, 2013, p. 42.

9 M. AVRAM, *op. cit.*, p. 40.

10 C. BĂRSAN, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, 2005, C.H. Beck, Bucarest, p. 907.

l'étranger entre personnes de même sexe, ni le partenariat enregistré, la qualité d'époux ou de partenaire acquise en conformité avec la loi étrangère confère la qualité de membre de famille dans le sens de l'OUG n° 102/2005 concernant la libre circulation sur le territoire de la Roumanie des citoyens des États membres de l'Union Européenne et de l'Espace Economique Européen et peut servir de fondement pour l'obtention du droit de résidence et de résidence permanente en Roumanie.

Lors de la conclusion du mariage, les époux doivent respecter l'ordre juridique et les bonnes mœurs, en tant que limites générales de l'exercice de tout droit et de toute obligation par les personnes physiques. Conformément à l'art. 14 paragraphe (1) du Code civil, toute personne physique ou juridique doit exercer ses droits et exécuter ses obligations civiles de bonne foi, en accord avec l'ordre public et les bonnes mœurs.

### III.- INITIATIVES ET RÉACTIONS PAR RAPPORT À CETTE PROBLÉMATIQUE DANS LA SOCIÉTÉ ROUMAINE

Il y a eu quelques propositions législatives concernant la reconnaissance de certains droits pour les couples de même sexe. Aucune n'a été couronnée de succès.

- En 2008, proposition concernant la légalisation des partenariats civils<sup>11</sup> : le partenariat civil est défini comme étant un contrat conclu entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, vivant ensemble sur la base du respect et du soutien réciproque, de l'affection et de l'égalité des droits ;

- En 2011, proposition législative concernant le partenariat civil<sup>12</sup> : le partenariat civil défini comme un contrat conclu sans aucune discrimination entre deux personnes vivant ensemble sur la base du respect et du soutien réciproque, de l'affection et de l'égalité des droits ;

- En 2013, proposition législative concernant le partenariat civil<sup>13</sup> : le partenariat civil défini comme un contrat conclu entre deux personnes décidant de vivre ensemble sur la base de l'affection, du respect et du soutien réciproque et de l'égalité des droits ;

Quelle est la position de l'Eglise Orthodoxe Roumaine ? Le Saint Synode réaffirme la position de l'Eglise Orthodoxe concernant le projet de modification de la Constitution, tout en affirmant qu'il souhaite « la définition dans la loi fondamentale de la famille fondée sur le mariage librement consenti entre un homme et une femme, sur leur égalité et sur les droits et les obligations des parents d'assurer la garde, l'éducation et l'instruction des enfants »<sup>14</sup>.

À la suite d'une campagne de sensibilisation tenue en 2001 par l'Association Accept, l'art. 2000 concernant l'incrimination des relations entre les personnes de même sexe a été abrogé, l'homosexualité étant ainsi légalisée.

Certaines ONG soutiennent le mariage entre les personnes de même sexe depuis 2007<sup>15</sup>.

11 <http://www.senat.ro/legis/PDF/2008/08L646FG.pdf> (proposition législative classée)

12 <http://www.senat.ro/legis/lista.aspx> (proposition législative retirée par l'émetteur)

13 [http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl\\_pck.proiect?cam=2&idp=13901](http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?cam=2&idp=13901) (proposition rejetée par les deux chambres)

14 [http://activenews.ro/bor-se-teme-ca-noua-constitutie-va-permite-legalizarea-casatoriilor-gay-sfantul-sinod-doreste-definirea-explicita-casatoriei-drept-uniunea-intre-un-barbat-si-o-femeie\\_1820247.html](http://activenews.ro/bor-se-teme-ca-noua-constitutie-va-permite-legalizarea-casatoriilor-gay-sfantul-sinod-doreste-definirea-explicita-casatoriei-drept-uniunea-intre-un-barbat-si-o-femeie_1820247.html) ; <http://basilica.ro/sfantul-sinod-reitereaza-pozitia-privind-definirea-in-constituia-romaniei-a-familiei-intemeiate-pe-casatoria-dintre-un-barbat-si-o-femeie-13948.html>.

15 [http://accept-romania.ro/images/stories/intrebari\\_cu\\_verdana\\_2.pdf](http://accept-romania.ro/images/stories/intrebari_cu_verdana_2.pdf).

## ROYAUME-UNI

*par John McELDOWNEY\**

### INTRODUCTION

The United Kingdom's arrangements for same-sex marriage are rather complicated and reflect differences in culture religious belief and in the constitutional arrangements for each of the devolved regions. Legislation introduced in 2013 in England and Wales, the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, and in Scotland the Civil Partnership (Scotland) Act 2014 provides marriage for same-sex couples. Northern Ireland does not have this legislation and the Northern Ireland Assembly has consistently rejected private members Bills to introduce similar legislation.

The disparity of legislation is mainly a reflection of religious, cultural and social norms in different parts of the United Kingdom. The Church of England is the established religion of the state and the Queen is Head of the Church of England. Even in England and Wales the introduction of same – sex marriage proved controversial and brought about strong opposition from the main Christian Churches. In many instances such criticism was addressed by the decision to include an opt out in the legislation that would not require a minister of religion to perform a marriage ceremony in Church or for the religious bodies to perform such a marriage. The legislation for each region has its own identity and characteristics. This is also a reflection of the consultation process and of the political and moral pressures that applied in each region. Same-sex marriage had also to take account of previous legislation that allowed civil partnerships. The legislation allows for the conversion of civil partnerships into same-sex marriage. It also allows trans-sexual people to change their legal gender without having to end their existing marriage.

### THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

At the outset it is necessary to set out an overview of the UK's devolution arrangements in Scotland, Wales and Northern Ireland. Devolution preserves the sovereignty or legislative supremacy of the UK Parliament but provides considerable

---

\* Professeur à l'Université de Warwick.

autonomy within the devolved region.<sup>1</sup> While the UK Parliament has “exclusive cognisance” of its own proceedings and its members enjoy various parliamentary privileges,<sup>2</sup> the devolved bodies, being creatures of statute, do not enjoy such inherent privileges and immunities:<sup>3</sup> their powers to regulate their proceedings are set out in the devolution Acts.<sup>4</sup> And the allocation of public money to the devolved bodies is made by the UK Treasury on the basis of the non-statutory Barnett Formula of 1976<sup>5</sup> under which those sums are set by reference to public expenditure in England.<sup>6</sup>

The Scotland Act 1998 created a Scottish Parliament with 129 members, the first Parliament in Scotland since 1707. Elections to the Parliament are by a mixture of first past the post for 73 constituency members and an additional member system for 56 regional list members. The Parliament chooses the First Minister, who then chooses the Cabinet. From the start it was clear that the electoral system might result in coalition or minority government. In 1999 and 2003 the elections in Scotland led to a Coalition executive between Labour and the Liberal Democrats. The election in 2007 led to the formation of a minority Scottish National Party executive. The SNP won a majority in the 2011 election and rules since then as a single party majority government.<sup>7</sup>

The Scotland Act 1998 granted the Scottish Parliament “residual powers”<sup>8</sup> entitling it to legislate on all matters except those listed as reserved powers in Schedules 4 and 5: these remained under the control of the UK. The list of reserved powers includes the Crown, foreign affairs, including the European Union, defence and macro-economic policy. Specific reservations were also made across a wide range of central government departments that included social security, immigration and nationality, misuse of drugs, energy and employment. The Scottish Parliament does not have power to legislate contrary to EU law or to the European Convention on Human Rights. Section 30(2) of the Scotland Act 1998 provides for the possibility of expanding the devolved responsibilities and altering the allocation of responsibilities between the UK and Scotland: it is this section that devolved power to the Scottish Executive to hold a referendum on Scottish independence in 2014

---

1 See *Scotland Act 1998*, section 29, *Northern Ireland Act 1998*, section 5(6), and the *Government of Wales Act 2006*, section 93. On sovereignty, see discussion in chapter 12 below; see also: H.M. Cabinet Office, *Devolution: Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements* Cm 7864 (March, 2010); House of Commons Library, *The UK devolved legislatures: some comparisons between their powers and work* SN/PC/04505 ( 9<sup>th</sup> November 2007).

2 See chapters 1, 2 and 3 above

3 On immunities: see the discussion in HL Select Committee on the Constitution 2002-03 *Devolution: Inter-Institutional Relations in the United Kingdom* HL Paper 28 ( 17<sup>th</sup> December 2002); see also Cabinet Office *Devolution: Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements* March, 2010; N. Ireland Assembly Library: Research Papers *Parliamentary Privilege* NIAR 639-11 28<sup>th</sup> January 2011. In relation to Scotland see for example: *The International Organisations (Immunities and Privileges) (Scotland) Amendment Order 2010* ( SSI 2010); in relation to Wales see Welsh Assembly: *The Privileges of the Assembly* October 2012. And generally see: HM Government, *Parliamentary Privilege* Cm 8318 ( April, 2012).

4 See *Scotland Act 1998*, Part I, *Northern Ireland Act 1998*, Part IV, *Government of Wales Act 2006*, *passim*.

5 See House of Lords *Select Committee on the Barnett Formula* HL Paper 139.

6 See J. MCELDFORNEY, “Public expenditure and the control of public finance” in J. Jowell and D. Oliver, eds, *The Changing Constitution*, 7<sup>th</sup> edn, 2011, 351-353. See also discussion in Part III of this chapter.

7 The term “executive” was altered to “government” in the *Scotland Act 2012*.

8 These include agriculture and fisheries, the arts, education, the environment, health, home affairs, housing, law and justice, local government, planning, the police service, social work, sport and most areas covered by transport within Scotland.

## WALES

While the Scottish Parliament has residual legislative powers with specific powers reserved to the UK Parliament, the opposite is the case for the Welsh Assembly – devolved matters are defined by statute. The pressure for devolution in Wales has been weaker than in Scotland. There was a resounding ‘no’ to devolution in the 1979 referendum on the then Wales Act 1978 (which was subsequently repealed). The result in the 1997 referendum, held a week after the Scottish devolution referendum, was just sufficient to indicate support for devolution (a majority of 6,721 votes), and the Government of Wales Act 1998 was passed thereafter. There had been significant administrative devolution in Wales since the 1960s, and in the 1980s and 1990s there was significant difference in legislation in Wales (even though it was made in Westminster), especially in the fields of education and the Welsh language.

## THE GOVERNMENT OF WALES ACTS 1998 AND 2006

The Government of Wales Act 1998 provided for a 60 member National Assembly for Wales, elected under the same system as that used in Scotland – an Additional Member System. The National Assembly is the first bilingual legislative forum in the United Kingdom. It was granted delegated legislative powers, and the 1998 Act made no distinction between the Assembly and the government, which was formed from its members: it was a form of corporate governance.

Transfers of functions were effected by Orders in Council approved by the UK Parliament under section 22 of the 1998 Act. The National Assembly for Wales (Transfer of Functions) Order 1999 provided for the devolution of power previously exercised by the Secretary of State for Wales to the Welsh Assembly. The transfers were categorised into 18 specified fields and later raised to 20 specified fields by Schedule 5 of the Government of Wales Act 2006. None of them granted the Assembly primary legislative powers. Thus the National Assembly for Wales was confined to delegated legislative powers only within its specified fields of competences,<sup>9</sup> as compared with the devolution of “residual” powers to legislate on any matter except those reserved to the UK Parliament, to the Scottish Parliament under the Scotland Act 1998. There is lively discussion in Wales about whether the National Assembly for Wales, like the Scottish Parliament, should enjoy such residual powers. Significantly, financial autonomy through tax raising powers was not included in the 1998 or 2006 Acts.<sup>10</sup>

---

9 The specified fields of competences are agriculture, fisheries, forestry and rural development, ancient monuments and historic buildings, culture, economic development, education and training, environment, fire and rescue, and fire safety, sport and recreation, food, health and health services, highways and transport, housing and local government, public administration, the National assembly itself town and country planning, water and flood defence, tourism and the Welsh language.

10 There was subsequent discussion of this following the recommendations of the Holtham Commission, and the issue was actively considered by the Silk Commission. Both are discussed below. See also the announcement made by Danny ALEXANDER on 24 October 2012 re: borrowing powers for the NAW. Written Answers: Hansard, Col. 53WS (24<sup>th</sup> October 2012).

## NORTHERN IRELAND

Northern Ireland's constitutional status and history are closely intertwined.<sup>11</sup> This is reflected in the special circumstances of the need to provide arrangements for power sharing between Nationalists and Unionists. The form of devolution in Northern Ireland is a reflection of the past but also a commitment to a power sharing government for the future. The Government of Ireland Act 1920 was the first effort at a devolved government and Parliament within the United Kingdom, and the arrangements endured until 1972. From March 1972 to January 1974 devolution was suspended and then abolished, leading to a long period of "direct rule" from the United Kingdom which lasted until the implementation of the Northern Ireland Act 1998. During that period laws for Northern Ireland were made as UK Acts of Parliament passed at Westminster. The Belfast Agreement 1998 and the Northern Ireland Act 1998 were the results of agreement between the British and Irish Governments

### THE NORTHERN IRELAND ACT 1998

The Northern Ireland Act 1998 established an elected Assembly of 108 members, elected by Single Transferrable Vote (STV), and an Executive. Northern Ireland, with a population of 1.8 million, has a disproportionately large Assembly when compared to the population sizes of Wales (3 million) and Scotland (5.1 million). This reflects the fact that the devolution arrangements are designed to address past sectarian problems there, as well as to provide a forum for passing and debating legislation. Sufficient representation from all parts of the community is required for its public legitimacy. The Assembly has an extensive list of devolved legislative powers,<sup>12</sup> which, since 2010, include justice and policing. Arrangements for allocating a minister for justice and policing are to be reviewed, with legislation to make permanent the transfer. Northern Ireland has no autonomous tax raising powers. As in Scotland, Acts of the Northern Ireland Assembly must be compatible with EU law and the European Convention on Human Rights (ECHR).

The Northern Ireland Assembly's legislative programme has been relatively modest. By the end of the 2010-11 session seventeen Bills had received Royal Assent, with a further eight Bills under scrutiny. In May 2011 the Executive announced that they had introduced a further 11 Bills with four becoming law. There remains frustration at the slow pace of legislation.<sup>13</sup>

The Northern Ireland government is composed of First and Deputy First Ministers and other Ministers: its composition must meet the need for "power sharing" between Nationalists and Unionists. Under the Northern Ireland Act 1998 Cabinet members are elected according to the d'Hondt system in order to secure the proportionate allocation of posts, with the exception of the Department of Justice.<sup>14</sup>

11 House of Commons Library; Political Developments in Northern Ireland since October 2008. SN/PC/05029 ( 23<sup>rd</sup> March, 2009)

12 These include: agriculture, sea fisheries, forestry and rural development, culture and arts including leisure, language and diversity, education , employment and learning including higher and further education, enterprise, trade and investment, the environment, planning, pollution and local government, health, social services and public safety, including child protection mental health and hospitals, regional development, transport and social issues including housing and urban development.

13 *The Belfast Telegraph* 7<sup>th</sup> November 2012.

14 See *Northern Ireland Act 2009* Schedule 1 section 4(3). The 2009 Act inserts a new Part 1A into schedule 4A of the *Northern Ireland Act 1998* . Section 3C of part 1A excludes the policing and justice ministry from the D. Hondt system.

There are also operational means to secure consensus within the Assembly: the 12 departmental ministries and statutory shadowing Committees are all required to work on a strictly proportional basis. In effect this is a form of coalition “power sharing” government, between Nationalists and Unionists, with five different political parties representing different shades of opinion. The overarching framework prescribed by the Northern Ireland Act 1998 builds flexibility into the arrangements. However, overall the Assembly is weak as most parties are in the government and hence there is no equivalent to the Opposition in the UK Parliament.

#### CIVIL PARTNERSHIPS IN THE UK

Religious beliefs vary throughout the UK.<sup>15</sup> There is an established Church in England, Scotland and Northern Ireland. Religious practice varies and various non-Christian faiths are increasingly seen as important and are recognised more fully in law than in the past. In the 1990s there was an important shift in attitudes. Multi-culturalism has become more broadly recognised and the pluralistic nature of the British state increasingly accepted. One reason is that after the Gulf war attempts to redress the concerns of British Muslims were intensified. The Salmon Rushdie affair from 1988 highlighted racial sensitivities over religious beliefs and this drew attention to the potential for violence and civil unrest. These factors combined with the need to understand different groups and a growing acceptance that a more pluralistic society had evolved. The government set up a Government Envoy to Faith Communities in 2001. In terms of same sex couples, the previous Labour Government took the first step under the Civil Partnerships Act 2004 to recognising same sex relationships.<sup>16</sup> The idea of a civil partnership is similar to marriage but it is not identical, although there are many common rights and responsibilities shared by both couples. A major difference was that civil partnerships were prohibited from taking place on religious premises. They could take place at Register Offices or approved premises including hotels. In 2011 there was a further change in the law that civil partnerships could be registered in religious offices where religious institutions approved this to take place. Even when such ceremonies take place in religious places of worship they are deemed to be civil partnerships and not religious ones. In the case of Northern Ireland, civil partnerships were finally agreed but prohibited from taking place within a religious premises in Northern Ireland. The Civil Partnership Act 2004 for Northern Ireland is worded differently than the legislation for England and Wales. In Scotland, there are separate provisions within the Civil Partnership Act 2004 and no civil partnerships may take place in religious premises.

It is important to highlight some of the differences between civil partnerships and marriage. In England Wales, the procedure is civil and not religious. Adultery is not the basis for a dissolution of a civil partnership whereas it is a ground for divorce in marriage. Infidelity, however, may be regarded as an unreasonable behaviour and the grounds for dissolution of a civil partnership. There are also procedural differences in the format of the ceremony whereas marriage is solemnised by reciting a prescribed form of words.

15 Clive D. FIELD, *British Religion in Numbers* BRIN Discussion Series on Religious Statistics November 2009.

16 House of Commons Library: Marriage of Same Sex Couples Across the UK Research Paper 14/29 (14th May 2014). There is also some useful analysis in the background to the Marriage (Same-Sex Couples) Bill, Bill n° 126 of 2012-13. Research paper 13/08 (31<sup>st</sup> January 2013).

**SAME-SEX MARRIAGE**

The first same-sex marriages were carried out in England and Wales on 29<sup>th</sup> March 2014 and in Scotland in November 2014. There are important differences in the application and content of the legislation. In the case of England and Wales it is possible for some religious bodies to “opt in” and undertake same sex marriage and in such cases carry out the ceremony in a religious building registered for that purpose. This opt in does not apply to the Church of England. In most cases same sex marriage will be carried out in a building registered for the purpose but not necessarily a religious building. There are many differences between opposite sex couples and same sex couples. The former have more options including the use of religious building and also in the case of the Church of England under a common law duty to marry their parishioners. This duty does not apply to divorced couples where the spouse is still alive. Opposite sex couples may marry in naval, military and air force chapels under licence from the Register General.

The principles of same-sex marriage are similar to marriage between opposite sex couples. A civil ceremony is possible at a Register Office or approved premises. Marriage may also take place elsewhere under a licence from the Register’s Office if one of the parties is ill and not expected to recover.

The Church of England or the Church in Wales are not required to solemnise a same sex couples’ marriage. There is provision for the Church in Wales requesting reforming legislation to give such powers to the Church in the future. It is also possible for a religion or religious group to “opt in” and allow a same-sex couple to marry through a religious ceremony. In such cases a religious building maybe registered for the purpose of undertaking a religious ceremony.

In Scotland arrangements are more restrictive. A religious body or a belief body has to make a request to opt in and Ministers in the Scottish government have to be willing to approve such a request before such a ceremony may take place and this requires their consideration of various qualifying requirements set out in special regulations.

The main underlying principles are that individuals or religious groups cannot be compelled to attend, solemnise, participate or consent to the conduct of marriage of same sex couples. There are a variety of “opt in” provisions but these require a positive action on behalf of participants. It is also possible for a civil partnership to be converted into marriage in both Scotland, England and Wales but not Northern Ireland. There are additional rights granted to married applicants to apply for gender recognition and this is recognised in the legislation.

One remarkable feature of the reforms is that the pressure for change became a matter from within the Government rather than a public campaign waged by activists to achieve this outcome. Strong reactions to the Bill came from the Church of England and Roman Catholic Bishops who were opposed on the basis that the Bill purported to change the law of marriage and objections on moral grounds. There was also concern that the human rights aspects of the subject might result in legal challenges that would require same sex couples to be married in church. Despite strong objections and a campaign waged against the Bill, the Bill was passed in Parliament without much difficulty. However, the new law fell short of giving total equality between same sex and different sex couples. Liberty, the civil liberties group, viewed the Bill as a step in the right direction of “true equality”.

There are also some pension issues relating to the rights of survivors of same-sex marriage that have still to be fully resolved. The Equality Act 2010 provided protection for same sex couples when it came to occupational pension schemes but this protection only applies to schemes entered into from 5<sup>th</sup> December 2005 after

the introduction of civil partnerships. The Government is currently reviewing this aspect of the law.<sup>17</sup>

## CONCLUSIONS

Same –sex marriage is a highly contentious subject amongst many religious groupings including the Roman Catholic Church and the Church of England, which oppose same-sex marriage. In each of the devolved administrations there are differences in the law that were intended to address concerns made by religious groups that same-sex marriage is abhorrent and morally unacceptable. Despite strong objections the Government persevered and the legislation was passed with support from all the political parties. It remains to be seen whether the law will be changed throughout the UK to harmonise different attitudes to same-sex marriages.

The UK system shows remarkable flexibility and instead of attempting to reconcile religious groups with same sex marriage, the legislation excluded religious groups from the law. This came about through wide ranging consultations that identified the basis of many of the objections. It created the necessary way forward and resulted in an agreed “opt out” for religious groups. The legislation then sought to “protect” religious groups from any requirement to engage in same-sex marriage. This proved an important strategy in allowing the legislation to receive overall acceptance and support amongst MPs, many of whom would have objected to any religious requirements within the legislation. Once religious groups came within the protection afforded by the legislation it was possible for the legislation to be passed into law.

The UK example of consultation and then legislation is one of the strengths of the parliamentary system that in the final analysis decisions on legislation are for Parliament and elected MPs. Public opinion polls have indicated general support for the changes in the law, although the law remains opposed by many religious groups.

---

17 House of Commons, *Pensions: Civil partnerships and same sex marriages* SN 03035 ( 10<sup>th</sup> July 2014).



## SUISSE

*par Michel HOTTELIER\**

### Introduction

1. Débat sociétal devenu majeur, le mariage entre personnes de même sexe se pose avec acuité depuis plusieurs années en Suisse, sur le terrain à la fois politique, juridique et judiciaire.

2. L'adoption en 2004 par l'Assemblée fédérale, Parlement de la Confédération suisse, d'une loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe a permis d'aborder les enjeux juridiques propres à cette thématique. Sur le plan spécifiquement constitutionnel, elle soulève quatre questions centrales : la structure fédérale, la démocratie directe, la portée du droit fondamental au mariage et la juridiction constitutionnelle.

### I.- LA STRUCTURE FÉDÉRALE

3. La Suisse étant constituée en État fédéral depuis 1848, la première question que pose la réglementation d'une forme de vie en commun comme le mariage entre personnes de même sexe consiste à déterminer qui, de la Confédération ou des cantons, bénéficie de la compétence pour légiférer. La Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>1</sup> permet de répondre à cette question à travers deux dispositions : les articles 3 et 122.

#### A.- L'article 3 Cst.

4. À teneur de l'article 3 Cst. féd., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale. Ils exercent, à ce titre, tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. La disposition énonce une clé de répartition des compétences entre autorités fédérales et cantonales. Celle-ci est explicitement fondée sur le texte de la Constitution : soit la Charte fondamentale place une compétence dans le giron des autorités fédérales et les cantons en sont dépourvus. Soit la compétence en cause ne relève pas des autorités

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

<sup>1</sup> *Recueil systématique du droit fédéral suisse* (ci-après : *RS*) 101. Le *RS* peut être consulté en ligne sur le site Internet [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

fédérales, et alors ce sont les cantons qui sont habilités à légiférer. L'article 42 Cst. féd. souligne, positivement, cette caractéristique en précisant que la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution<sup>2</sup>.

5. L'attribution d'une compétence à la Confédération via la révision de la Constitution n'a en principe pas pour effet de déposséder d'emblée les cantons de tout pouvoir. Pour que tel soit le cas, encore faut-il que la Confédération ait fait usage, en l'actualisant comme on dit, du pouvoir que lui accorde la Constitution fédérale. Ce processus passe généralement par l'adoption d'une loi par l'Assemblée fédérale.

6. L'article 164 Cst. dispose à cet égard que les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous forme de loi fédérale. Relèvent en particulier du domaine de la loi les dispositions fondamentales relatives aux droits et aux obligations des personnes, de même que celles qui touchent aux tâches et aux prestations de la Confédération. Le partenariat enregistré entre personnes de même sexe entre dans cette catégorie de dispositions fondamentales. Aussi, son introduction a-t-elle passé par l'adoption d'une loi fédérale sur la base en particulier de la compétence dont dispose la Confédération en matière de droit civil sur la base de l'article 122 Cst.

#### B.- L'article 122 Cst.

7. À teneur de l'article 122 alinéa 1 Cst. féd., la législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération. Cette disposition fonde, depuis 1898, une compétence générale en faveur de l'Assemblée fédérale pour légiférer dans tous les domaines qui relèvent du droit privé. Le statut du mariage est ainsi régi sur le plan fédéral par le Code civil<sup>3</sup>. *De lege lata*, le mariage est toutefois exclusivement réservé aux personnes de sexe différent<sup>4</sup>.

8. L'adoption du partenariat enregistré résulte de l'évolution qu'a connue la Suisse au sujet de la perception de l'homosexualité à partir des années 1990<sup>5</sup>. Cette importante réforme procède d'un double mouvement : la reconnaissance de formes de vie autres que l'union conjugale, d'une part, la volonté d'éradiquer les discriminations à l'égard des personnes homosexuelles, d'autre part<sup>6</sup>. Le mouvement a trouvé son expression institutionnelle avec le dépôt, le 29 novembre 2002, d'un projet de loi émanant du Conseil fédéral visant à instituer, parallèlement à la réglementation du mariage résultant du Code civil, un partenariat enregistré entre personnes de même sexe<sup>7</sup>.

9. La loi fédérale sur le partenariat a ainsi d'emblée été conçue dans la perspective de consacrer une notion nouvelle, parallèle au mariage, en vue de reconnaître une autre forme de vie en commun, tout en séparant cette dernière des

2 Sur l'ensemble, v. Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, p. 345 ss.

3 Le Code civil suisse (ci-après : CC) a été adopté le 10 décembre 1907 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1912.

4 L'article 94 CC dispose que « pour pouvoir contracter mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement ». Selon l'article 102 alinéa 2 CC, « l'officier de l'état civil demande séparément à la fiancée et au fiancé s'ils veulent s'unir par les liens du mariage ».

5 V. sur le sujet l'ouvrage fondateur de Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, Bâle 2002. V. également Bernhard PULVER, *Unverbeiratete Paare. Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge*, Bâle 2000, p. 124 et 140 et les références citées.

6 Michel HOTTELIER, « La loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe », *Revue française de droit constitutionnel* 2007, p. 40 ss.

7 *Feuille fédérale de la Confédération suisse* (ci-après : FF) 2003, p. 1195. La FF peut être consultée en ligne sur le site [www.admin.ch](http://www.admin.ch).

liens conjugaux *stricto sensu*. Sur le plan de la systématique, le partenariat entre personnes de même sexe repose sur une loi organiquement distincte du Code civil<sup>8</sup>. Pour le surplus, le Conseil fédéral a considéré que les différences de traitement subsistant entre les couples mariés et les partenaires enregistrés, à l'image de l'interdiction faite à ces derniers d'adopter, procèdent de motifs objectifs, qui les rendent compatibles avec l'interdiction de la discrimination prévue à l'article 8 alinéa 2 Cst. féd.<sup>9</sup>.

## II.- LA DÉMOCRATIE DIRECTE

10. Les lois adoptées par l'Assemblée fédérale peuvent être soumises au référendum populaire si elles sont frappées d'une demande émanant de 50'000 citoyens ou de huit cantons dans les cent jours qui suivent leur adoption (art. 141 Cst. féd.). La loi fédérale sur le partenariat entre personnes de même sexe a été adoptée par l'Assemblée fédérale le 18 juin 2004. Frappée d'une demande de référendum, elle a été acceptée en votation populaire lors du scrutin du 5 juin 2005, pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>10</sup>.

11. Ces éléments mettent en exergue l'un des caractères fondateurs du système constitutionnel helvétique : la présence d'un appareil de droits politiques extrêmement développé qui, à travers l'exercice du droit de référendum, ménage de larges possibilités de participation de la population.

12. La consultation populaire est elle-même toujours précédée de l'adoption formelle d'une loi fédérale, à travers le filtre des voix des représentants du peuple et des cantons qui siègent au Conseil national (200 membres), respectivement au Conseil des États (46 membres). Les prérogatives des deux Conseils sont par ailleurs rigoureusement identiques. Le bicamérisme, strictement égalitaire, que connaît la Suisse depuis 1848 suppose en effet l'accord impératif de chacune des deux Chambres de l'Assemblée fédérale pour toute loi fédérale<sup>11</sup>.

## III.- LE DROIT FONDAMENTAL AU MARIAGE

13. Le catalogue de droits fondamentaux qui figure dans la Constitution fédérale contient une disposition consacrée au mariage. À teneur de l'article 14 Cst. féd., « *le droit au mariage et à la famille est garanti* ». Le droit de se marier a été intégré en 1874 à la Constitution fédérale dans la perspective de soustraire, à l'époque, cette institution à l'influence religieuse en la plaçant sous la protection de la Confédération<sup>12</sup>.

14. La garantie constitutionnelle du mariage est dotée en Suisse d'une dimension institutionnelle, qui lui confère une protection particulière par rapport aux autres formes de vie en commun<sup>13</sup>. L'article 14 Cst. féd. repose par ailleurs sur une conception historique selon laquelle l'institution est réputée ne s'appliquer qu'aux personnes de sexe opposé, sans pouvoir être invoquée par les couples de même

8 RS 211.231. Le Code civil est pour sa part publié au RS 210.

9 FF 2003 I 1269.

10 Pour une analyse du scrutin du 5 juin 2005, v. HOTTELIER (note 6), p. 52 ss.

11 Pour un exemple intéressant, voir l'avant-projet de loi visant à permettre aux étrangers vivant sous le régime du partenariat enregistré de bénéficier du même statut de naturalisation que les étrangers vivant sous le régime du mariage, FF 2015, p. 2820.

12 Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, « Le droit au mariage et à la famille. Contours et implications en droit civil », *La pratique du droit de la famille* 2011, p. 325 et les références citées.

13 Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013, p. 203 ; PAPAUX VAN DELDEN (note 12), p. 327.

sexe<sup>14</sup>. Le Conseil fédéral a souligné cette approche lors des travaux qui ont conduit à l'adoption de la Constitution actuelle<sup>15</sup>, de même que lors de la présentation du projet de loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe<sup>16</sup>.

15. Dans la préface qu'il a rédigée à l'occasion de la parution d'un ouvrage de référence consacré aux droits des personnes homosexuelles, le Professeur Jean-François Aubert a souligné qu'une majorité de juristes, considérant le sujet comme tabou par excellence, a érigé le mariage hétérosexuel en un principe constitutionnel. Aussi, conformément à une opinion communément répandue, l'instauration du mariage en faveur des personnes de même sexe nécessiterait-elle une révision préalable de la Constitution<sup>17</sup>.

16. Il sied toutefois de relever que les termes employés par l'article 14 Cst. féd. ne contiennent nullement l'obligation d'institutionnaliser le mariage traditionnel en tant qu'union monogame entre un homme et une femme. La disposition ne consacre en effet, sous l'angle de son objet, que la garantie générique du droit de se marier et d'avoir une famille, sans aucunement citer ses titulaires<sup>18</sup>. Aussi, la vision restrictive dominante fait-elle l'objet de fortes critiques en doctrine. Certains auteurs soulignent en effet que, face à l'évolution des mœurs et de la société, l'article 14 Cst. féd. pourrait parfaitement recevoir une interprétation actualisée, contemporaine intégrant, sans modification formelle du texte de la disposition, le mariage entre personnes de même sexe<sup>19</sup>. Si les arguments évoqués s'avèrent certes pertinents, cette approche demeure toutefois minoritaire pour l'heure.

17. Il est vrai que la perception de l'homosexualité au sein de la société a considérablement évolué depuis l'adoption de la loi fédérale sur le partenariat enregistré, il y a plus de dix ans. La diversification des modèles familiaux que la Suisse a connue<sup>20</sup> a conduit le Conseil fédéral à adopter, au mois de mars 2015, un rapport fort intéressant consacré à la modernisation du droit de la famille<sup>21</sup>. Ce document relève que, depuis l'introduction du partenariat enregistré, les partenaires peuvent choisir un nom commun. Sur le plan patrimonial, ils sont soumis à un régime similaire à celui de la séparation des biens<sup>22</sup>. La possibilité d'adopter l'enfant du partenaire, proposée par le Conseil fédéral, marquera sans doute l'étape suivante.

14 Pascal MAHON, *Droit constitutionnel*, vol. II, *Droits fondamentaux*, 3<sup>e</sup> éd., Neuchâtel 2015, p. 121 ; AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 13), p. 206 ; Andreas R. ZIEGLER, « La protection constitutionnelle des gays et des lesbiennes », in Andreas R. ZIEGLER, Martin BERTSCHI, Alexandre CURCHOD, NADJA HERZ, Michel MONTINI (éd.), *Droit des gays et lesbiennes en Suisse*, Berne 2007, p. 27 ; Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 133 et les autres références citées.

15 Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, *FF* 1997 I 157, où il est relevé que « l'institution du mariage a toujours visé les couples traditionnels » et qu'un « élargissement à toutes les autres formes de vie en commun dénaturerait l'institution du mariage ». V. également les développements de Suzette SANDOZ, « Quelques thèses sur le mariage et autres formes de ménage commun », *La pratique du droit de la famille* 2014, p. 809 ss.

16 *FF* 2003 I 1206 et 1270.

17 Jean-François AUBERT, « Préface », in ZIEGLER et al. (note 14), p. VI.

18 PAPAUX VAN DELDEN (note 12), p. 329.

19 V. Andreas J. ZIEGLER, « Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung », *Pratique juridique actuelle* 2013, p. 654 ; PAPAUX VAN DELDEN (note 12), p. 624 ; PULVER (note 5), p. 148.

20 Sur l'évolution de la notion de famille en droit constitutionnel suisse, v. le rapport présenté à l'occasion de la XXIV<sup>e</sup> Table ronde internationale de justice constitutionnelle organisée à Aix-en-Provence les 12 et 13 septembre 2008, *AJJC XXIV-2008*, p. 341 ss.

21 Le rapport du Conseil fédéral est disponible en ligne sur le site [www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf).

22 Sur la question, v. Christiana FOUNTOLAKIS, Adrien GABELLON, « Le régime des biens des partenaires enregistrés », *La pratique du droit de la famille* 2013, p. 909 – 932.

18. Le rapport relève que si l'on se réfère à l'évolution à l'étranger, la pression politique va s'accroître pour conférer au partenariat enregistré un rang égal au mariage. Selon le Conseil fédéral, le plus simple serait alors d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Compte tenu de cette évolution, il ne serait, dans cette perspective, plus nécessaire d'avoir une loi à part et, de plus, les états civils seraient simplifiés, ce qui représenterait un allègement de la législation. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donné suite, le 20 février 2015, à une initiative parlementaire allant en ce sens en proposant, en particulier, une révision de l'article 14 Cst. féd.<sup>23</sup>.

#### IV.- LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

19. Un arrêt rendu le 25 août 2000 a permis au Tribunal fédéral d'aborder la problématique du statut des personnes de même sexe sous l'angle, en l'occurrence, du droit de la migration<sup>24</sup>. L'affaire concernait une ressortissante suisse qui souhaitait s'installer dans le canton de Zurich avec une ressortissante étrangère. La demande de permis de séjour concernant l'accueil et l'installation de cette dernière en Suisse fut toutefois rejetée par les autorités zurichoises responsables de la police des étrangers.

20. Saisi d'un recours, le Tribunal fédéral considéra que les partenaires d'une relation homosexuelle bénéficient de la protection offerte par le droit au respect de la vie privée. Considérant que les changements survenus dans la société justifient une approche plus libérale des relations entre personnes du même sexe, les juges fédéraux ont souligné que, selon la conception alors dominante en droit constitutionnel suisse, ces relations ne pouvaient être assimilées à une communauté de vie identique au mariage et à la vie familiale qui en découle, lesquels sont traditionnellement réservés exclusivement aux personnes de sexe différent<sup>25</sup>.

21. La Haute Cour a finalement rejeté le recours, après avoir retenu que le refus de l'autorisation de séjour représentait une restriction justifiée au droit au respect de la vie privée, sous l'angle en particulier de l'intérêt public et du principe de la proportionnalité. L'arrêt relève en définitive qu'il devait revenir au législateur fédéral, à l'occasion d'un débat démocratique et pluraliste portant sur la politique suisse d'immigration, de décider de l'opportunité d'introduire un droit à l'autorisation de séjour en faveur des personnes de même sexe désirant vivre ensemble. Le juge constitutionnel ne devait dès lors pas anticiper ces travaux, mais se contenter, en l'état, d'assurer une solution dépourvue de discrimination.

22. L'approche strictement juridique liée au schéma de la juridiction constitutionnelle repose sur des considérations largement imprégnées du principe de la séparation des pouvoirs. L'introduction et la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ne relèvent pas, selon l'arrêt du 25 août 2000, de la province du juge, mais bien d'une question de nature politique, qui appelle une solution démocratique.

23. Telle est la conception qui prévaut aujourd'hui au sujet du mariage entre personnes du même sexe. Comme indiqué ci-dessus, une révision de la Constitution fédérale, suivie de l'adoption d'une loi fédérale elle-même passible du référendum facultatif, sont considérées comme des étapes indispensables avant d'élargir

23 Le texte de l'initiative parlementaire est disponible sur le site [www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20130468](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130468). Présentée par le groupe Vert'libéral, l'initiative a été votée par 12 voix contre 9 et 1 abstention par la Commission des affaires juridiques du Conseil national.

24 *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* (ci-après : ATF) 126 II 425 P. und C. Les arrêts du Tribunal fédéral suisse peuvent être consultés en ligne sur le site [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

25 V. déjà ATF 119 II 264 X., prononcé le 3 mars 1993.

l'institution du mariage aux unions entre personnes de même sexe. La Suisse se rattache par conséquent à un modèle institutionnellement rigide, en vertu duquel la Constitution fédérale fait obstacle à la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe sans révision formelle explicite en ce sens<sup>26</sup>.

24. Sur ce point également, on pourra objecter que l'évolution de la conception et de la compréhension des droits fondamentaux, particulièrement dans le domaine de l'égalité et de la lutte contre la discrimination, peut aussi bien relever de l'analyse jurisprudentielle, sans nécessairement passer par le canal, spécifiquement politique, des arbitrages parlementaires entre majorité et minorité<sup>27</sup>. La notion de famille, par exemple, a connu une évolution spectaculaire sous l'égide de la jurisprudence, en raison précisément de l'évolution des conditions sociales et des mœurs pour s'ouvrir à des formes de vie en commun telles que le concubinage<sup>28</sup> ou à la relation stable qu'entretient un couple homosexuel<sup>29</sup>. Pourquoi ne pourrait-il, finalement, en aller de même s'agissant de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe

### Conclusion

25. L'examen du mariage entre personnes de même sexe permet de révéler plusieurs caractéristiques propres au système constitutionnel helvétique. En premier lieu, conformément à la structure fédérale suisse, la compétence pour légiférer sur le sujet revient à la Confédération. Le statut juridique du mariage est en effet une compétence qui, conformément à l'article 122 alinéa 1 Cst. féd., ressortit aux autorités fédérales.

26. En deuxième lieu, la forme que devrait revêtir l'introduction du mariage pour tous serait celle d'une loi fédérale au sens de l'article 164 Cst. féd. Le statut du mariage portant sur l'exercice d'une compétence fédérale et mettant en cause des aspects fondamentaux des droits et des obligations des personnes, la disposition prescrit l'adoption d'une loi formelle par l'Assemblée fédérale. Conformément au caractère démocratique qui entoure les travaux du Parlement fédéral, une législation de ce genre serait passible du référendum facultatif, déclenché à la demande soit de huit cantons, soit de 50'000 milles citoyens dans un délai de cent jours suivant son adoption comme ce fut le cas lors de l'adoption de la loi fédérale instituant le partenariat enregistré entre personnes de même sexe.

27. Les éléments qui précèdent démontrent, en troisième lieu, que l'introduction du mariage entre personnes de même sexe en Suisse ne saurait, en l'état, résulter uniquement d'un arrêt rendu par le Tribunal fédéral. D'une part, l'interprétation de la notion de mariage telle qu'elle figure traditionnellement dans la Constitution fédérale s'épuise dans l'union de personnes de sexe différent. En sorte que, préalablement à l'adoption éventuelle d'une loi fédérale, une révision formelle

26 Sur les modèles de juridiction constitutionnelle appliqués au mariage entre personnes de même sexe, v. l'étude de Maria Daniela POLI, « Le mariage homosexuel dans les jurisprudences constitutionnelles », *Revue internationale de droit comparé* 2014, p. 843 – 856.

27 Pour un exemple historique, v. l'arrêt *Theresa Robner und Mitbeteiligte*, ATF 116 Ia 359, où le Tribunal fédéral impose le suffrage féminin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures en procédant à une interprétation contemporaine de la notion de corps électoral sur la base du principe constitutionnel de l'égalité des droits entre hommes et femmes. Plus généralement, v. AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 13), p. 475 ss.

28 ACEDH *Emonet et autres c. Suisse*, du 13 décembre 2007, par. 70.

29 ACEDH *Vallianatos et autres c. Grèce*, du 7 novembre 2013, par. 73 ; ACEDH *X. et autres c. Autriche*, du 19 février 2013, par. 95 et les références citées. V. également GEOFFREY WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 CEDH : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2013, p. 65 – 96.

de la Constitution devrait, selon l'opinion dominante, être entreprise. D'autre part, le Tribunal fédéral a lui-même précisé qu'un débat de ce genre ne saurait limiter son emprise au seul cénacle judiciaire, mais qu'il devrait procéder au contraire d'un débat démocratique et conduire à l'adoption d'une loi fédérale.

28. Enfin, l'état de la jurisprudence européenne relative à l'article 12 CEDH révèle que la question du mariage entre personnes de même sexe ne fait pas l'objet d'un consensus européen, le mariage reposant sur des conceptions sociales et culturelles profondément ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme<sup>30</sup>. Aussi, les lois nationales peuvent-elles opter pour une vision excluant les couples du même sexe de l'institution du mariage sans contrevenir à la Convention<sup>31</sup>. Par conséquent, les États parties à la Convention de Rome restent, pour l'heure du moins, compétents pour statuer à leur guise sur le sujet.

---

30 ACEDH *Schalk et Kopf c. Autriche*, du 24 juin 2010, en particulier par. 58 – 60.

31 L'interprétation de l'article 12 CEDH par la Cour de Strasbourg est elle aussi discutée. V. l'intéressante étude du Professeur Paul JOHNSON, « « The Choice of Wording must be Regarded as Deliberate » : Same-sex Marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights », *European Law Review* 2015, p. 207-224.



**LE « MARIAGE POUR TOUS »  
DANS L'ORDRE INTERNATIONAL :  
ENTRE ARTICULATION  
ET CONFRONTATION DES NORMES**

*par Hugues FULCHIRON \**

Même si de plus en plus de pays ouvrent le mariage aux personnes de même sexe, ils restent cependant une minorité, y compris en Europe. Certains États ont même inscrit dans leur constitution le caractère hétérosexuel du mariage<sup>1</sup>. Cette diversité suscite de délicates questions lorsque le mariage en cause revêt une dimension internationale, en raison de la nationalité ou de la résidence de l'un des époux.

Ainsi, le mariage peut-il être célébré dans un pays dont le droit interne admet le « mariage pour tous », mais qui soumet les conditions de fond du mariage à la loi nationale ou à la loi du domicile des époux dans l'hypothèse où ladite loi interdit ce type d'union ? Soit par exemple un couple germano-polonais ayant sa résidence habituelle en France. L'officier français de l'état civil du lieu de domicile des époux est compétent pour célébrer le mariage. Mais le droit français soumet traditionnellement les conditions de fond du mariage à la loi nationale des époux ; plus précisément, la condition de différence de sexe intéressant le lien matrimonial lui-même, l'officier de l'état civil devrait en principe constater l'absence d'empêchement dans la ou les lois étrangères applicables<sup>2</sup>. Or le droit allemand comme le droit polonais rejettent le mariage entre personnes de même sexe. Par ailleurs, à supposer que le mariage ait pu être célébré, quel sera son sort à l'étranger ? Sera-t-il reconnu en Allemagne et en Pologne ?

Des problèmes du même ordre peuvent se poser en interne dans les États plurilégislatifs lorsque les différentes entités constitutives de cet État adoptent des

---

\* Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Directeur du Centre de droit de la famille, Institut universitaire de France.

1 Cf. par exemple l'article 24 de la Constitution polonaise ou l'article L de la Constitution hongroise.

2 Sur la règle de conflit de lois spécialement élaborée par la loi du 17 mai 2013 pour résoudre le problème, cf. *infra*.

points de vue opposés sur la question du mariage pour tous. On sait que le débat fait rage, notamment, aux États-Unis<sup>3</sup>.

Faute d'instrument international la solution de ces difficultés passe par des règles légales ou jurisprudentielles nationales. Or la diversité des réponses étatiques ne fait qu'accroître les incertitudes qui pèsent sur le mariage « international » entre personnes de même sexe.

Dans le double espace européen, celui du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne, ces questions prennent une dimension particulière en ce qu'elles témoignent jusqu'à l'extrême des tensions et, parfois, des contradictions entre l'idéal d'unité et les réalités de la diversité. On sait que sur le principe même de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, la Cour EDH fait preuve d'une grande prudence : dans l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>4</sup>, elle s'est gardée, en évitant de trancher directement le problème d'une éventuelle discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, d'imposer aux États l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Reste à savoir si, dans le prolongement des arrêts *Wagner c. Luxembourg*<sup>5</sup> et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*<sup>6</sup>, la cour ne pourrait pas imposer au nom du droit au respect de la vie privée et familiale, la reconnaissance, par les États parties à la convention des unions valablement célébrées au regard du pays d'origine<sup>7</sup>.

De même, l'Union européenne doit-elle prendre en compte la diversité des droits des États membres (et, en un sens, le fossé qui se creuse entre les pays qui, comme la France, ont rejoint le camp des États favorables au mariage entre personnes de même sexe, et ceux qui, comme la Pologne ou la Hongrie, ont inscrit dans leur constitution l'hétérosexualité du mariage<sup>8</sup>), tout en assurant la cohérence et l'efficacité des instruments de DIP qu'elle construit dans le cadre de l'ELSJ. Plus généralement, comment préserver la compétence des États membres en matière familiale tout en garantissant le respect des grandes libertés de l'Union (notamment la liberté de circulation et d'installation) comme celui des droits fondamentaux (notamment du principe de non-discrimination)<sup>9</sup> ? En s'abstenant d'utiliser les termes d'homme et de femme pour reconnaître le droit de se marier et le droit de fonder une famille, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 9) a reconnu aux États la liberté d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe<sup>10</sup>.

3 Le *Defense of Marriage Act (DOMA)* du 21 septembre 1996 autorisait les États fédérés à refuser de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe célébré dans un autre État et définit le mariage pour les matières de compétence fédérale comme l'union d'un homme et d'une femme. Dans une décision du 26 juin 2013, *US c/ Edith Windsor*, la Cour suprême des États-Unis a, par cinq voix contre quatre, partiellement invalidé la loi : il s'agissait en l'espèce du paiement d'une taxe fédérale par une femme new yorkaise à la suite du décès de son épouse, le couple n'étant pas considéré comme marié au sens fédéral du terme en vertu de la loi *DOMA*.

4 Conv. EDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, JCP 2010, 1013, note H. Fulchiron.

5 Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n°76240/01, Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. Kinsh, JDI 2008, note L. d'Avout, p. 183, D. 2007, p. 2700, note F. Marchadier.

6 Cour EDH 2 mai 2011, n° 56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, Rev. crit. DIP 2012, p. 817, note P. Kinsh, JDI 2012, comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse.

7 Cf. *infra*.

8 Cf. not. « Legal recognition of same-sex relationship in Europe : national cross-border and European perspectives », K. BOELE-WOELKI et A. FUCHS (dir.), *Intersentia*, 2012 et réf. cit.

9 Certes, il n'est pas certain que la CJUE raisonnerait en 2013 comme elle a pu raisonner en 2002 dans l'arrêt *D. et Royaume de Suède contre Conseil de l'Europe D. et Royaume de Suède contre Conseil*, 31 mai 2001, D. 2001, 3380, note C. Nourissat et A. Devers.

10 Selon l'article 9 de la Charte, « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». D'après les Explications données par les rédacteurs de la Charte (explications qui « n'ont pas de valeur juridique et sont simplement destinées à éclairer les dispositions de la Charte » : « Cet article se fonde sur l'article 12 de la CEDH qui se lit ainsi : "À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit". La rédaction de ce droit a été modernisée afin de recouvrir les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent

Mais si l'on s'intéresse aux règlements de l'Union, on ne peut que constater une grande réserve : aucun règlement ou projet de règlement ne se risque à donner une définition du mariage, y compris ceux qui lui sont le plus directement liés, *i. e.* le règlement Bruxelles 2 bis<sup>11</sup>, le règlement Rome 3<sup>12</sup> ou le projet de règlement sur les régimes matrimoniaux<sup>13</sup>. On peut cependant se demander si la dynamique induite en matière de statut personnel par les arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003<sup>14</sup>, *Grunkin-Paul* du 14 octobre 2008<sup>15</sup>, et *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010<sup>16</sup>, ne risque pas de faire du respect des droits et libertés reconnues au citoyen européen, un instrument au service de la reconnaissance des unions homosexuelles valablement célébrées dans un autre État membre, et donc, indirectement, de la reconnaissance du mariage homosexuel lui-même dans l'ordre international comme dans l'ordre interne<sup>17</sup>.

Qu'il s'agisse de sa célébration (I) ou de sa reconnaissance dans les autres États (II), le mariage « international » entre personnes de même sexe pose d'importantes difficultés qui dépassent largement les méthodes classiques du droit international privé et conduisent à croiser droits nationaux, droit international et droit européen.

#### I.- LA CÉLÉBRATION D'UN MARIAGE « INTERNATIONAL » ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

Lorsqu'un pays ouvre le mariage aux personnes de même sexe, se pose la question de savoir qui, des nationaux et/ou des étrangers, peut y avoir accès. Comme d'autres pays la France a souhaité assurer le plus large rayonnement possible aux choix qu'elle faisait en droit interne (A), ce qui a nécessairement une incidence sur le respect de ses engagements internationaux (B).

##### A.- L'accès au « mariage pour tous »

Partie intégrante du statut personnel, le mariage, dans ses conditions de fond, est soumis à la loi nationale ou à la loi du domicile des époux. *Quid*, si la loi personnelle des époux(es) ou de l'un(e) d'eux (elles), interdit une telle union ? Pour donner à l'ouverture du mariage son amplitude maximum, le législateur français,

---

d'autres voies que le mariage pour fonder une famille. Cet article n'interdit, ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe. Ce droit est donc semblable à celui prévu par la CEDH, mais sa portée peut être plus étendue lorsque la législation nationale le prévoit ».

- 11 Règlement (CE) n°2201/2003 du 27 novembre 2003 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.
- 12 Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps.
- 13 Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable et l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, COM (2011) 126/2. Le projet de règlement se déclare « gender neutral », sans que l'on sache vraiment quelles conséquences en tirer.
- 14 CJCE 2 octobre 2003, aff. C-148/02, *Garcia-Avello c. Belgique*, JDI 2004, p. 1225, note S. Poillot-Peruzzetto, D. 2004, p. 1476, note M. Audit, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 192, note P. Lagarde.
- 15 CJCE, *Grunkin-Paul*, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Rev. crit. DIP* 2009, 80, note P. Lagarde, JDI 2009, 203, note L. d'Avout.
- 16 CJUE 22 décembre 2010, aff. C-208/209, *Sayn-Wittgenstein c. Autriche*, RTDE 2011, p. 571, note E. Pataut.
- 17 Cf. H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen (l'exemple du mariage entre personnes de même sexe) », in *Mélanges offerts à B. Audit*, 2014, p. 0000.

s'inspirant du droit belge<sup>18</sup>, a inscrit dans le code civil une nouvelle règle de conflit de lois<sup>19</sup>. Après avoir réaffirmé que « *Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle* » (alinéa 1), l'article 202-1 alinéa 2 dispose que : « *Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'entre elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». La règle revient à instaurer, sans le dire, une véritable exception d'ordre public : la loi étrangère prohibitive sera écartée dès lors que la situation présente un lien avec un système juridique qui admet le mariage entre personnes de même sexe, système français ou système étranger<sup>20</sup>.

Peu importe par conséquent que la loi nationale de l'un ou de l'autre des futur(e)s époux(es), ou leurs deux lois nationales, prohibent une telle union ; peu importe que la loi du pays dans lequel ils ont leur domicile ou leur résidence habituelle l'interdise également : dès lors qu'un lien minimum permet la célébration du mariage sur le territoire français, le mariage pourra y être valablement contracté *more gallico*.

De telles dispositions, qui introduisent, au profit du mariage de personnes de même sexe, une règle de conflit de lois distincte de celle qui prévaut pour les mariages de personnes de sexe différent, ne méconnaissent-elles pas le principe d'égalité devant la loi ? La question fut posée par les auteurs du recours contre la loi sur le mariage pour tous devant le Conseil constitutionnel. Ils soutenaient également « *qu'elles auront pour effet d'inciter des étrangers à venir en France pour « contourner les empêchements de leur loi nationale », de favoriser des « mariages blancs » en fraude à la législation sur l'entrée et le séjour en France ainsi que la législation sur la nationalité, et entraîneront une augmentation du nombre de mariages valables dans un pays et nuls dans l'autre ; que serait ainsi méconnu le principe de sécurité juridique* ».

Dans sa décision du 17 mai 2013<sup>21</sup>, le Conseil constitutionnel affirme que, par les dispositions du second alinéa de l'article 202-1 du code civil, « *le législateur a entendu introduire un dispositif spécifique selon lequel « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet » ; qu'il était loisible*

18 Cf. J.-P. MICHEL, *Rapport sur le projet de loi*, Sénat, n° 437, 20 mars 2013, 2 vol.

19 Sur cette nouvelle règle, cf. not. H. Fulchiron, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *JDI* 2013, p. 1055 s., P. HAMMJE, « Mariage pour tous et droit international privé. Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 807, S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUMÉ, « La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, perspectives de DIP », *D.* 2013, p. 1756, A. PANET, « Le mariage homosexuel en France : célébration et reconnaissance », *Dr. fam.* 2013, dossier 29, adde D. BUREAU, « Le mariage pour tous à l'aune de la diversité. Les relations privées internationales », *Mél. en l'honneur du professeur B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 0000.

20 En pratique, le mariage pourra presque toujours être valablement célébré grâce à la combinaison de la nouvelle règle de conflit de lois et des règles de compétence de l'officier de l'état civil français. Dès lors en effet que celui-ci est compétent, la condition de l'article 202-1, selon laquelle le mariage est valablement célébré lorsque la loi de l'État sur le territoire duquel il est contracté le permet (la France par définition...), est respectée. Or les règles qui régissent cette compétence sont particulièrement larges. Selon l'article 74 du code civil, le mariage est célébré dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence, et la loi du 17 mai 2013 y a ajouté la commune où l'un des parents des futurs époux a son domicile ou sa résidence. De plus, l'IGREC (par. 392), invite les autorités compétentes à la plus grande mansuétude dans l'appréciation des notions de domicile et de résidence.

21 CC, décis. n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, sur laquelle, cf. not. B. MATHIEU, Les « questions de société » échappent au contrôle de constitutionnalité, *JCP G* 2013, act. 588, F. CHÉNEDÉ, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ Famille*, 2013, 332.

au législateur de permettre à deux personnes de même sexe de nationalité étrangère, dont la loi personnelle prohibe le mariage entre personnes de même sexe, de se marier en France dès lors que les autres conditions du mariage et notamment la condition de résidence sont remplies ; que le législateur, qui n'était pas tenu de retenir les mêmes règles pour les mariages contractés entre personnes de sexe différent, n'a pas traité différemment des personnes se trouvant dans des situations semblables ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité devant la loi doit être écarté » (par. 29). Quant au risque de fraude et d'insécurité juridique, il estime que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ; que le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté » (par. 30). L'article 202-1 reçoit donc son brevet de constitutionnalité.

Pour être bien sûr qu'aucun mariage entre personnes de même sexe n'échappe à ses bontés, le législateur a prévu à l'article 21 de la loi que « le mariage entre personnes de même sexe contracté avant l'entrée en vigueur de la présente loi est reconnu, dans ses effets à l'égard des époux et des enfants, en France, sous réserve des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 et 191 du code civil. Il peut faire l'objet d'une transcription dans les conditions prévues aux articles 171-5 et 171-7 du même code. À compter de la date de transcription, il produit effet à l'égard des tiers ». Sont ainsi réglées toutes les questions de conflit de lois dans le temps qui auraient pu éventuellement se poser : le mariage est reconnu dès lors qu'il remplit les conditions de fond minimum posées en droit français. La règle vaut que les époux soient étrangers ou, éventuellement, que l'un d'eux, voire les deux, soient français. Soit par exemple deux Français qui se sont mariés en Belgique en 2011 : le mariage y a été valablement célébré en vertu de la règle de conflit belge<sup>22</sup>. Il pourra être validé s'il remplit les conditions posées par l'article 21 de la loi du 17 mai 2013.

Déférée elle aussi au Conseil constitutionnel au motif qu'elle serait source d'insécurité juridique et qu'elles seraient contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, la règle a été validée (cf. § 83 s.).

Reste qu'en ouvrant aussi largement les portes du mariage pour tous, le législateur français a pris le risque de remettre en cause ses engagements internationaux.

## B.- Le respect par la France de ses engagements internationaux

Par le passé, la France a conclu plusieurs traités plaçant les ressortissants des pays signataires sous l'empire de leur loi nationale<sup>23</sup> : le respect des engagements internationaux de la France ne doit-il pas l'emporter sur la nouvelle règle inscrite dans le code civil ? La question fut posée dès le début des travaux législatifs. Dans sa version initiale, la loi réservait d'ailleurs expressément cette hypothèse, mais la précision fut abandonnée car, selon les rapporteurs du projet à l'Assemblée nationale et au Sénat, elle serait inutile : la hiérarchie des normes préserverait par définition le jeu des conventions internationales<sup>24</sup>. C'est cette « réserve diplomatique » que reprit la circulaire de présentation de la loi du 29 mai 2013<sup>25</sup>. L'interprétation ministérielle

22 Art. 46 alinéa 2 Loi portant code de DIP.

23 La circulaire du 29 mai 2013 cite la Pologne, le Maroc, la Bosnie-Herzégovine, le Monténégro, la Serbie, le Kosovo, la Slovénie, le Cambodge, le Laos, la Tunisie et l'Algérie.

24 H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous en droit international privé : le législateur français à la peine », *JCP G* 2012, I, 1317.

25 Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil) NOR : JUSC1312445. Selon la circulaire, « dans ce cas, en

fit l'objet de vifs débats<sup>26</sup>, d'autant que le problème se posa vite en pratique avec l'opposition formée par le Ministère public à la célébration d'un mariage entre un Français et un Marocain<sup>27</sup>.

On fit d'abord observer que pour une partie des pays concernés (Tunisie, Algérie, Laos, Cambodge) l'accord en cause se contentait de préciser que les personnes de nationalité française resteraient soumises à la loi française : pris dans le cadre du règlement de l'accès à l'indépendance, il s'agissait donc d'un engagement unilatéral du pays contractant ; la France elle ne s'engageait à rien. Pour les autres, il est constant que si nul ne songe à contester que la supériorité des conventions internationales sur les règles internes, il n'en reste pas moins que les conventions passées par la France en matière de statut personnel s'appliquent sous réserve que la loi étrangère applicable ne heurte pas l'ordre public français en matière internationale. La convention franco marocaine le prévoit expressément dans son article 4 et la jurisprudence française ne s'est pas privée d'utiliser cette exception pour écarter les dispositions de la loi marocaine qui lui paraissaient contraires à l'ordre public, notamment en matière de répudiation ; de même le Maroc pourrait-il utiliser cette clause pour interdire la célébration au Maroc d'un mariage entre deux Français (ses).

Toute la question est donc de savoir si le « mariage pour tous » est d'ordre public français en matière internationale. Certes, à la différence de certains législateurs étrangers<sup>28</sup>, le législateur de 2013 ne s'est pas fondé sur le principe de non-discrimination pour ouvrir le mariage aux personnes de même sexe : rendu quelques mois auparavant, l'arrêt *Schalk et Kopf* de la Cour EDH avait rejeté l'argument de la discrimination et estimé que les États demeuraient libres de leurs choix<sup>29</sup>. Ont cependant été invoqués au soutien de la loi les principes d'égalité entre les couples, de respect des choix individuels ou de justice sociale. De tels arguments donnent une dimension particulière aux règles sur le mariage « pour tous » : la liberté du mariage, principe fondamental du droit français, vaut désormais pour les couples hétérosexuels comme pour les couples homosexuels. On peut critiquer les choix effectués par le législateur, mais on voit mal comment, dans ces conditions, on pourrait interdire le mariage à certains étrangers, voire à certains Français, puisque l'interdiction de célébrer un mariage avec un étranger ressortissant d'un pays ayant signé une convention avec la France atteint l'époux(se) français(e) comme l'époux(se) étranger(e)<sup>30</sup>. La volonté du législateur de donner au mariage pour tous le statut de principe essentiel du droit français dans le cadre plus général de la liberté du mariage se traduit dans la règle inscrite à l'article 202-1 : pourquoi, sinon, écarter la loi étrangère prohibitive ? Certes, le mot « ordre public » n'apparaît pas dans le texte : contrairement au modèle belge dont il s'est inspiré, le législateur français n'a pas

---

*raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi, elles devront être appliquées dans le cas d'un mariage impliquant un ou deux ressortissant(s) des pays avec lesquels ces conventions ont été conclues. En l'état du droit et de la jurisprudence, la loi personnelle ne pourra être écartée pour les ressortissants de ces pays »* (par. 2.1.2).

- 26 H. FULCHIRON, « Le mariage pour tous... ou presque ? à propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, p. 1969.
- 27 Chambéry, 22 octobre 2013, *D.* 2013, 2576, obs. H. Fulchiron, 2014, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, *AJ Famille*, 2013, 720, obs. A. Boiché, *RTD civ.* 2014, 89, obs. J. Hauser.
- 28 Cf. not. les législateurs canadien ou sud africain, cf. H. FULCHIRON, « Mariage, couple et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Les concubinages, droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, LITEC, 2002, p. 29 s.
- 29 Cour EDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, préc.
- 30 Rappr. au titre du principe d'égalité l'arrêt rendu par le Conseil d'État au sujet des « Pacs mixtes » enregistrés par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises à l'étranger, CE, 18 déc. 2007, n° 310837, *Gisti et alii* : *JurisData* n° 2007-072930, *JCP G* 2008, II, 10013, note A. Devers.

expressément érigé l'éviction de la loi étrangère en exception d'ordre public<sup>31</sup>. Mais que l'on analyse le texte comme une exception d'ordre public déguisée, une loi de police ou une règle matérielle, le résultat est le même : le mariage pourra être célébré malgré la loi personnelle contraire des époux ou de l'un d'eux. Cette « inversion de l'ordre public<sup>32</sup> » ou, a-t-on dit, ce « changement de paradigme<sup>33</sup> », a pu dérouter. Il n'en traduit moins le fait que le mariage pour tous est devenu implicitement mais nécessairement un principe essentiel de notre droit.

Telle est la solution qu'a affirmée la cour la cassation dans un arrêt du 28 janvier 2015<sup>34</sup>, en s'appuyant notamment sur la règle de conflit inscrite à l'article 202-1. Ce renversement spectaculaire des principes d'ordre public, a été critiqué. Mais il suffit pour se convaincre de son bien-fondé de lire les travaux préparatoires de la loi du 2013. Au demeurant, on fera observer que si le problème était venu devant la Cour EDH, il eût été difficile de lui faire admettre que certains Français ne puissent pas se marier en France en raison de la nationalité de leur conjoint, alors que le droit français a fait le choix d'ouvrir le mariage à tous, qu'il a donné à ce choix le plus large rayonnement international possible et que le jeu de l'ordre public, qui fonde les règles dérogatoires édictées par le législateur français à l'article 202-1 al. 2, aurait permis d'éviter une telle différence de traitement...

Reste la question, du mariage consulaire entre Français ou, dans les pays qui le permettent<sup>35</sup>, entre un(e) Français(e) et un(e) étrangère(e) : peut-il être célébré par des agents diplomatiques ou consulaires français en poste dans un pays qui interdit les unions entre personnes de même sexe ? Invoquant les stipulations de la Convention de Vienne, la circulaire du 29 mai 2013 affirme que les autorités françaises devront s'abstenir si un tel mariage heurte l'ordre public local<sup>36</sup>. Une telle interprétation rejoint celle, prudente, que le Ministère français des affaires étrangères avait naguère retenue à propos du Pacs<sup>37</sup>. Or la circulaire qui la portait fut annulée par le Conseil d'État<sup>38</sup> au nom du principe d'égalité car elle distinguait selon que les intéressés étaient tous deux Français ou que l'un des partenaires était ressortissant du pays étranger concerné. La même mésaventure ne risque-t-elle pas d'arriver pour le mariage ? Il est vrai que la circulaire de 2013 se garde de distinguer selon les intéressé(e)s sont Français ou étrangers et que les exigences de la courtoisie internationale semblent, sur une question aussi sensible, devoir d'imposer<sup>39</sup>.

31 L'article 46, alinéa 1, de la loi belge de DIP reste fidèle à la compétence de principe de la loi nationale, mais, selon l'article 46, alinéa 2 : « *L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa précédent est écartée si cette disposition prohibe le mariage entre personnes de même sexe lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage* ».

32 S. GODECHOT-PATRIS et J. GUILLAUMÉ, art. préc.

33 D. SARCELET, avis sous Civ. 1<sup>re</sup> 28 janvier 2015, *Gaz. Pal.*, 4-5 février 2015, p. 11.

34 Civ. 1<sup>re</sup> 28 janvier 2015, D. 2015, 464, note H. Fulchiron, *Dr. fam.* 2015, n° 3 comm. 63, obs. A. Devers et M. Farge, *RJPF*, 2015, n° 2, obs. J. Dubarry, *AJ Famille*, 2015, n° 3, 172, note A. Boiché, *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig.

35 Cf. le décret du 26 octobre 1939 modifié par le décret du 15 décembre 1958, visant l'Afghanistan, l'Arabie saoudienne, le Cambodge, la Chine, l'Égypte, l'Irak, l'Iran, le Japon, le Laos, le Maroc (zone de Tanger), le sultanat d'Oman (Mascate), la Thaïlande et le Yémen.

36 Selon l'article 5 f de la Convention de Vienne, les fonctions consulaires des agents diplomatiques et consulaires consistent à « *agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et d'exercer des fonctions similaires* », « *pour autant que les lois et règlements de l'État de résidence ne s'y opposent pas* ».

37 Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 28 sept. 2007 relative au pacte civil de solidarité.

38 Conseil d'État, ord., 18 décembre 2007, n° 310837, *Gisti et alii*, JCP 2008, 10013, note A. Devers, annulant la Circ. min. Aff. étrangères et européennes, 28 sept. 2007 relative au pacte civil de solidarité citée *supra*.

39 Les intéressés seront invités à user du nouvel article 171-9 du code civil qui élargit la compétence de l'officier de l'état civil en France pour les époux résidant à l'étranger. Ce texte a été déferé au Conseil constitutionnel, au motif qu'il aurait pour effet d'inciter des étrangers à venir en France

Que le mariage puisse être célébré valablement en France est une chose. Qu'il soit reconnu dans les autres pays en est une autre.

## II.- LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE D'UN MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

En principe, la reconnaissance par un État d'une union entre deux personnes de même sexe célébrée dans un autre État dépend du seul État d'accueil, la diversité des réponses étatiques multipliant les hypothèses de mariages « boiteux », *i. e.* de mariages considérés comme valables dans un pays, nul (ou inexistant) dans un autre<sup>40</sup> (A). Il se pourrait cependant que dans l'espace européen, les progrès du principe de reconnaissance, viennent au secours de la libre circulation des personnes et de leur statut matrimonial (B).

### A.- La diversité des réponses étatiques

Même dans les pays « gay friendly », la reconnaissance d'une union homosexuelle célébrée dans un autre pays peut poser des difficultés. En particulier, certains pays restent attachés à la compétence de la loi personnelle des intéressés en matière familiale. *Quid*, si, grâce à une règle de conflit « militante » comme l'article 202-1, le mariage entre deux hommes ou deux femmes a pu être célébré en France alors que les lois nationales des intéressés interdisent une telle union ? *A priori*, le mariage ne devrait pas être reconnu, sauf jeu de telle ou telle règle nationale permettant de le sauver<sup>41</sup>.

La situation est plus délicate encore lorsque le pays d'accueil ne connaît pas en droit interne, le mariage entre personnes de même sexe. Plusieurs cas de figure peuvent être distingués.

Le premier, le plus radical, passe par le refus absolu de reconnaître et de laisser produire un quelconque effet au mariage entre personnes de même sexe au nom de l'ordre public du for. Telle sera sans doute la solution adoptée dans les pays qui rejettent radicalement l'idée même de mariage entre personnes de même sexe et qui, comme la Hongrie ou la Pologne<sup>42</sup>, ont inscrit l'hétérosexualité du mariage dans leur constitution. Il en ira de même des pays qui, comme la Roumanie, ont édicté une règle de conflit rejetant expressément les mariages homosexuels célébrés à l'étranger<sup>43</sup>.

Il se peut cependant que même si le pays étranger considéré refuse en droit interne d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe, il accepte d'accueillir, sous certaines conditions et dans une certaine mesure, une union homosexuelle célébrée à l'étranger. Tel serait le cas de pays qui disposent d'instruments comparables à ceux

---

pour contourner les empêchements de leur loi nationale, de favoriser des mariages blancs en fraude à la législation sur l'entrée et le séjour en France ainsi que la législation sur la nationalité, et qu'il entraînerait une augmentation du nombre de mariages valables dans un pays et nuls dans l'autre, en méconnaissance du principe de sécurité juridique. Dans sa décision du 17 mai 2013 (préc.), le Conseil affirme que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques ; que le grief tiré de l'atteinte à la sécurité juridique doit, en tout état de cause, être écarté » (Cons. 30).

40 Cf. D. BUREAU, art. préc.

41 Cf. H. FULCHIRON, « La reconnaissance du mariage homosexuel français à l'étranger : un monde incertain », *Dr. famille* 2013, dossier 30

42 Cf. *supra*.

43 Selon l'article 277 al. 1 du code civil, les mariages entre personnes de même sexe, conclus ou contractés à l'étranger soit par des citoyens roumains, soit par des citoyens étrangers, ne sont pas reconnus en Roumanie.

qu'utilisait le droit français avant la loi de 2013<sup>44</sup> : effet atténué de l'ordre public, jeu de l'ordre public de proximité (le mariage ne serait par exemple rejeté que si l'un des époux a la nationalité du pays en question ou y a sa résidence habituelle) etc. Reste à savoir quels seraient les effets que le droit étranger acceptera d'attacher à une telle union.

D'autres modes de raisonnement propres au pays étranger considéré peuvent conduire à l'accueil du mariage homosexuel dans un pays qui, en interne, le rejette et ce, alors même que la situation entretient des liens étroits avec ledit pays. Ainsi, le 21 décembre 2006, la *High court of Justice* israélienne a-t-elle admis que deux Israéliens de même sexe mariés au Canada pouvaient enregistrer leur mariage en Israël<sup>45</sup>.

La réaction du droit étranger qui refuse le mariage entre personnes de même sexe peut aussi passer par une requalification de l'union en partenariat. Le mariage étant défini comme l'union d'un homme et d'une femme, une union qui ne présente pas cette caractéristique ne peut entrer dans la catégorie « mariage » du pays d'accueil, quand bien même elle recevrait cette qualification dans le pays d'origine. Pour les États qui connaissent le partenariat enregistré, « l'objet conjugal » homosexuel étranger sera requalifié en partenariat. Telle est la solution retenue, *mutatis mutandis*, par la Suisse, l'Autriche ou (mais la solution est discutée) l'Allemagne<sup>46</sup>. En Angleterre, un raisonnement comparable a été tenu par les juges de la *High court* à propos d'un mariage célébré à Vancouver<sup>47</sup>.

Dans l'espace européen, certains principes communs pourraient cependant conduire, même dans cette hypothèse, à la reconnaissance en tant que tels des mariages entre personnes de même sexe.

### B.- L'impact des normes européennes

La promotion des droits fondamentaux garantis notamment par la Conv. EDH semble s'allier ici au respect des droits et libertés garantis par l'Union européenne.

Ainsi, la reconnaissance des situations valablement créées à l'étranger, en Europe ou dans le monde, semble portée par la jurisprudence *Wagner* de la Cour EDH. On sait que dans cet arrêt<sup>48</sup> il était question du refus de reconnaissance opposé par les juridictions luxembourgeoises à une adoption plénière prononcée au Pérou au profit d'une personne célibataire. Selon la cour, « le juge luxembourgeois ne pouvait raisonnablement passer outre un statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la convention ». Certes, on pouvait se demander si la prise ne compte de l'intérêt de l'enfant n'expliquait pas (et ne limitait pas *ipso facto*), cette jurisprudence. Les doutes ont été partiellement levés par l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* du le 3 mai 2011<sup>49</sup> : la cour condamne la Grèce pour avoir refusé de reconnaître, pour des motifs d'ordre public fondés sur la doctrine de l'église orthodoxe grecque, un jugement d'adoption prononcé aux États-Unis entre un moine grec et son neveu, majeur. Selon la cour, les raisons d'ordre public

44 Cf. H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit français : refus et/ou reconnaissance ? », *RIDC* 2010, p. 245, E. FONGARO, « Le mariage homosexuel à l'épreuve du DIP », *JDI* 2006, p. 477.

45 Cité par G. GOLDSTEIN, *La cohabitation hors mariage en droit international privé*, Rec. cours La Haye 2006, t. 320, p. 155.

46 Cf. not. D. MARTINY, *Private International Law Aspects of Same-sex Couples under German Law*, K. in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe*, *op. cit.*, p. 189 s.

47 *Sue Wilkinson c. Celia Kitzinger*, 31 juillet 2006.

48 Préc.

49 Préc.

invoquées ne répondent pas à un besoin social impérieux qui, seul, pourrait justifier objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, une telle ingérence dans la vie privée du neveu requérant. Certes, la cour fait référence à l'existence d'un consensus européen qui justifierait la mise à l'écart des motifs d'ordre public avancés par la Grèce, alors que l'absence de consensus sur la question du mariage entre personnes de même sexe pourrait au contraire jouer à l'encontre d'une obligation de reconnaissance. Il n'y en a pas moins vie familiale, comme l'a admis l'arrêt *Schalk et Kopf*<sup>50</sup>, et la cour pourrait bien décider quelque jour d'en assurer la protection, au motif que les raisons d'ordre public invoquées par tel ou tel État membre ne correspondraient plus à un « besoin social impérieux ».

Sur ce terrain, la Cour EDH pourrait d'ailleurs être dépassée par la CJUE.

Au sein de l'Union européenne, la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice à l'intérieur duquel les citoyens européens circulent librement, avec les droits, les libertés et le statut qui leur sont reconnus en tant que citoyens européens, est en train de bouleverser les solutions classiques de DIP. Dans les arrêts *Garcia Avello* du 3 octobre 2003<sup>51</sup>, *Grunkin-Paul* du 27 avril 2006<sup>52</sup>, et *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010<sup>53</sup>, la CJUE a affirmé que le refus de reconnaître une situation personnelle ou familiale valablement constituée dans un État membre, constitue au moins potentiellement une entrave à la liberté de circulation garantie à tout citoyen européen par le Traité UE (art. 21). Une telle entrave peut-elle se justifier par des raisons propres à tel ou tel État membre ?

Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, était en cause, la loi autrichienne d'abolition de la noblesse, prise en lendemain de la chute de l'Empire austro-hongrois et ayant rang de règle constitutionnelle. Selon la CJUE, « *il y a lieu d'admettre que, dans le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union* ». La cour rappelle que « *Des considérations objectives liées à l'ordre public sont susceptibles de justifier, dans un État membre, un refus de reconnaissance du nom patronymique de l'un de ses ressortissants, tel qu'il a été attribué dans un autre État membre (voir, en ce sens, arrêt Grunkin et Paul, précité, point 38)* » (par. 85). Pour autant, « *la notion d'ordre public en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement* » : se référant à l'arrêt *Oméga*<sup>54</sup>, la cour affirme que l'ordre public ne peut être invoqué « *qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » (par. 86)<sup>55</sup>.

Si l'on étend la jurisprudence de la cour à la question du mariage homosexuel, on serait tenté d'en déduire qu'un État membre ne peut refuser de reconnaître un mariage homosexuel valablement célébré dans un autre pays de l'Union, sauf à prouver que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe traduit, compte tenu de l'organisation politique et sociale et de l'identité de l'État considéré<sup>56</sup>, et en l'absence de consensus entre États membres, un « *intérêt fondamental*

50 Cour EDH, *Schalk et Kopf v. Austria*, préc.

51 Préc.

52 Préc.

53 Préc.

54 CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 30.

55 En l'espèce la cour valide le refus de l'Autriche

56 « La Cour a déjà précisé, à cet égard, qu'il n'est pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause et que, au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État (arrêt *Omega*, précité, points 37 et 38) » (par. 91). « Il

*de la société* ». La question pourrait se poser au regard par exemple de pays qui, comme la Hongrie ou la Pologne, ont inscrit dans leur Constitution l'hétérosexualité du mariage. La prise en compte d'une telle position pourrait être justifiée par le souci de l'Union de respecter l'identité, dans la diversité, des États membres<sup>57</sup>.

On le voit, la question du mariage homosexuel pourrait devenir la pierre de touche des rapports entre normes européennes et normes constitutionnelles...

---

convient également de rappeler que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État » (par. 92).

57 Rappr. CJUE, *Runevic-Vardyn c. Lituanie*, 12 mai 2011, C-391/09, *infra*.