



OBSERVATIONS EN TIERCE INTERVENTION

soumises à la

Cour européenne des droits de l'homme

dans les affaires

Orlandi et autres c. Italie (n^{os} 26431/12...)

et

***Oliari et A. c. Italie et Felicetti et autres c. Italie
(n^o 36030/11 18766/11)***

Strasbourg, le 31 mars 2014

Grégor Puppinck, Directeur
Claire de La Hougue, avocate
Andreea Popescu, juriste

Tout couple menant une vie familiale doit-il, sans discrimination basée sur sa composition sexuelle, avoir la faculté d'obtenir une reconnaissance officielle de sa relation dès lors qu'une reconnaissance est proposée à certains couples par le mariage ? Répondre positivement implique que soit établie une double similitude : d'une part entre le mariage et le partenariat civil, et d'autre part entre les couples homme-femme et les relations homosexuelles.

Le constat d'une discrimination obligerait les pays européens qui ne permettent pas le mariage homosexuel à proposer aux couples de même sexe une forme de statut alternatif et similaire au mariage, tel que l'union civile. Si la Cour établit un tel droit pour les couples et une telle obligation pour les Etats, l'étape suivante sera alors le rehaussement des droits attachés à ce partenariat au niveau de ceux attachés au mariage, notamment en matière de procréation. Au final, ces deux statuts se distingueront moins par les droits que par les devoirs qui demeureront peut-être plus importants dans le mariage (notamment au regard de l'absence de droit au divorce).

Avant d'aborder la question de l'existence d'une obligation conventionnelle d'accorder un statut légal ou de reconnaître publiquement les couples de fait (II), ces observations porteront d'abord, plus brièvement sur la revendication d'un droit au mariage (I).

I. Absence de droit conventionnel au mariage pour les couples de même sexe (article 12)

L'absence de droit conventionnel au mariage pour les couples de même sexe est clairement établie et ne peut pas faire raisonnablement débat (A). De même, le « mariage entre personne de même sexe » ne fait pas partie de l'ordre public européen, l'Italie ne peut donc pas être contrainte de donner effet aux mariages légalement conclus à l'étranger et contraires à son ordre public (B)

A. La non-applicabilité du droit de se marier et de fonder une famille aux couples de même-sexe.

La situation des requérants n'entrent pas dans le champ de l'article 12. Le fait que la garantie conventionnelle du « droit de se marier et de fonder une famille » soit réservée seulement aux couples formés d'un homme et d'une femme exclut les requérants du champ de cet article. Le fait en outre que la Convention prévoie explicitement que l'exercice de ce droit soit régi par les lois nationales dispense l'Italie de devoir justifier son choix de ne pas s'écarter de la définition du mariage contenue dans la Convention elle-même et dans les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

Il convient néanmoins de rappeler, car cela est parfois perdu de vue, que « *l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille* »¹. Le droit de se marier n'a pas été conçu comme un droit autonome et subjectif, comme une liberté individuelle. Le droit de se marier est presque un accessoire à celui de fonder une famille : il est un instrument à son service. Cela apparaît dans toutes les déclarations de droits dans lesquelles se marier et fonder une famille est un unique et même droit. Ainsi l'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme indique que « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille* ». Il en est de même de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit à l'homme et la femme « le droit de se marier et de fonder une famille » (et non pas les droits) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui pose, à l'article 23.2 que le « *droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.* ».

¹ *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 22985/93 et 23390/94, [GC] arrêt du 30 juillet 1998 § 66.

On voit à travers ces formulations que le mariage est « *une institution qui s'inscrit dans le cadre de la société* »² au service de la famille : le mariage est un instrument au service de la finalité qu'est la famille. Ainsi, les conditions et empêchements au mariage ne sont pas arbitraires, mais sont des conséquences de la finalité du mariage. Ces conditions sont avant tout naturelles : elles visent l'âge nubile, c'est-à-dire l'aptitude à procréer, la différence des sexes des époux, qui est aussi une condition à la procréation, les liens de consanguinité, qui font obstacles à une saine procréation.

B. L'absence d'obligation conventionnelle de donner effet aux mariages légalement conclus à l'étranger et contraires à l'ordre public italien.

Le mariage entre personnes de même sexe est incompatible avec l'ordre juridique italien. L'existence même d'un tel mariage est impossible en droit italien. L'application d'une loi étrangère, à travers l'enregistrement de mariages conclus à l'étranger entre personnes de même sexe est donc inadmissible car le contenu d'une telle loi est en désaccord absolu avec la conception italienne fondamentale de l'ordre juridique. Le juge national peut invoquer l'ordre public international, puisque celui-ci « *suppose un défaut de communauté juridique entre la loi normalement compétente et la loi du for* »³. Il est donc légitime pour le juge italien d'écarter les règles habituelles du droit international privé en invoquant l'ordre public, pour refuser l'enregistrement de tels mariages.

« En principe, le contenu de l'ordre public est fixé librement par l'Etat dans lequel l'efficacité de la norme étrangère est en question. C'est lui, et lui seul, qui déterminera les valeurs fondamentales qu'il n'est pas prêt à voir remises en cause par la loi étrangère désignée ».⁴ Ce n'est donc pas à un autre Etat de prétendre lui imposer sa norme, même si quelques Etats, ayant décidé de changer la définition et la nature du mariage, ont entrepris de promouvoir leur nouvelle conception en bouleversant les règles du droit international privé. Alors que c'est la loi nationale des époux qui s'applique en principe au mariage, ils ont décidé unilatéralement qu'ils pouvaient unir des étrangers de même sexe, ou un de leurs ressortissants avec un étranger, même si c'était contraire à leur loi nationale. Ils veulent par ce moyen imposer leur conception aux autres Etats. Pourtant, « *les règles de droit international privé ne sont pas des outils pour exporter les choix politiques internes sur le plan international* »⁵.

Même si c'est à chaque Etat de déterminer son ordre public, il existe des normes qui font partie de l'ordre public européen et qui soit s'imposent directement aux Etats, soit servent de crible pour vérifier que, dans leur invocation de l'ordre public, ces Etats respectent bien leurs engagements internationaux. La Cour de Luxembourg a ainsi affirmé que « *s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'un autre Etat contractant* »⁶. Le principal instrument de l'ordre public européen est assurément la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, il est manifeste que le texte de l'article 12 n'envisage le mariage que comme l'union d'un homme avec une femme, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*. Même si la Convention n'empêche pas les Etats qui le souhaitent de changer la définition du mariage, la Cour a

² *Jolie c. Belgique*, n° 11418/85, décision de la Commission, 14 mai 1986

³ Loussouarn, Bourel et Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz 10^e édition 2013 p. 363 (Précis Dalloz)

⁴ Précis Dalloz p. 370

⁵ A. BOICHE, « Aspects de droit international privé », *AJ Famille*, 2013, p. 362) cité par Gaëtan Escudey, « Le mariage homosexuel et le « nouvel ordre public international » : un surprenant changement de paradigme ! A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013 », *Revue des droits et libertés fondamentaux* <http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4612>

⁶ CJCE, 11 mai 2000, *Régie Nationale des Usines Renault AA c. Maxicar Spa*, aff. C-38/98

rappelé fermement dans l'arrêt *Schalk et Kopf* « que la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres. Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation » (§ 101).

Puisqu'il n'existe pas de droit au mariage entre personnes de même sexe dans la Convention, il est certain que le mariage entre personnes de même sexe ne fait pas partie de l'ordre public européen. Rien n'empêche donc le juge italien d'invoquer l'ordre public italien pour refuser d'enregistrer des mariages incompatibles avec son ordre juridique.

Obliger un Etat à reconnaître un mariage contraire à son ordre public conclu à l'étranger reviendrait à l'obliger à reconnaître ces mariages dans son ordre juridique. Il suffirait à ses ressortissants de franchir la frontière pour se marier et de placer ainsi les autorités devant le fait accompli. La brièveté des séjours à l'étranger de certains requérants semble indiquer qu'ils ont agi en ce sens, dans une forme de « tourisme matrimonial ». Obliger un Etat à donner effet à ces mariages serait contraire à la lettre et à l'esprit de la Convention, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour. Si la Cour adoptait une telle position, elle outrepasserait sa compétence et fragiliserait gravement son autorité.

L'ordre public manifeste les valeurs fondamentales auquel un pays est attaché, qui fondent sa civilisation, et le mariage entre un homme et une femme en fait partie dans la majorité des pays d'Europe. Bien que le mariage soit régi par la loi nationale des époux, l'Italie accepte en général de reconnaître les unions de ses ressortissants contractées à l'étranger. Encore faut-il que ces unions ne soient pas fondamentalement incompatibles avec l'ordre juridique italien. Ainsi, un Italien qui irait dans un pays acceptant la polygamie épouser plusieurs femmes ne pourrait pas faire enregistrer ces mariages, pas plus qu'un frère et une sœur qui se seraient mariés à l'étranger, à supposer qu'un pays admette les mariages incestueux. Un mariage avec un enfant, ou entre deux enfants, fût-il légal à l'étranger, ne serait pas reconnu non plus. L'ordre public serait invoqué pour écarter la loi étrangère car de tels mariages seraient incompatibles avec l'ordre juridique italien. Il en va de même pour le mariage entre personnes de même sexe.

Ces affaires ne posent pas de difficulté sous l'angle de l'article 12. Elles peuvent en poser davantage sous l'angle des articles 8 et 14 au regard de l'invocation d'un droit à la reconnaissance officielle des relations entre personnes homosexuelles.

II. L'absence d'obligation conventionnelle d'accorder un statut légal ou de reconnaître publiquement les couples de fait

Dans le récent arrêt *Vallianatos*, la Cour a reconnu l'intérêt des couples de même sexe à bénéficier « d'une reconnaissance officielle de leur relation par l'Etat » (§ 81). Pour juger ainsi, la Cour a estimé que « les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables » qu'ils ont « les mêmes besoins de soutien et d'aide mutuels que ceux des couples de sexe opposé » (§ 81). Par suite, l'intérêt de ces couples à « revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi » (§90) est une composante de leur vie privée et familiale garantie par l'article 8 de la Convention.

Dans l'arrêt *Vallianatos*, la Cour n'a pas jugé que l'Etat a une obligation positive au titre de l'article 8 de proposer une reconnaissance officielle aux couples homosexuels (§ 74), mais qu'il a une

obligation particulière au regard du principe de non-discrimination (art. 14), dès lors qu'il propose une telle reconnaissance autre que le mariage aux couples de sexe différents.

Si la Cour maintient sa jurisprudence *Vallianatos*, elle ne peut pas condamner l'Italie.

Pour condamner l'Italie, deux options se présentent à la Cour :

- Soit elle estime que l'article 8 contient en lui-même un droit conventionnel autonome à la reconnaissance officielle des personnes menant une vie familiale (A) ;
- Soit elle rejette ou ne se prononce pas sur l'existence d'une telle obligation conventionnelle autonome, mais estime que néanmoins l'article 14 trouve à s'appliquer en combinaison avec l'article 8 (B).

Cette seconde option, qui semble la moins éloignée de *Vallianatos*, est soumise à une double condition :

1. Que la Cour maintienne son point de vue selon lequel c'est la stabilité de la relation affective qui, aux yeux de l'Etat, doit être le critère constitutif de l'existence d'un couple et d'une vie familiale ;
2. Que la Cour estime que le mariage et le partenariat civils sont équivalents ou similaires.

A. Absence d'obligation positive de reconnaître publiquement les couples non-mariés

L'article 8 protège la vie familiale déjà existante, mais n'oblige pas l'Etat à offrir à la vie familiale un cadre juridique institutionnel autre que le mariage. La *protection de la vie familiale* porte essentiellement sur les relations entre les enfants et leurs parents. Le droit au respect de la vie familiale « *présuppose l'existence d'une famille* » (*Marckx c. Belgique*, n°6833/74, 13.06.1979, §31) ou, à tout le moins, l'existence d'une relation potentielle pouvant se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande*, déc., n°27110/95). Jusqu'à l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (n°30141/04, 24.06.2010), la Cour estimait qu'à défaut de mariage, c'est l'existence d'un enfant qui était constitutive d'une vie familiale (*Johnston c. Irlande*, n°9697/82, 18.12.1986). Un couple non marié et sans enfant ne pouvait donc prétendre bénéficier de la protection accordée aux familles (*Elsholz c. Allemagne* [GC], n°25735/94, 13.07.2000).

Cette jurisprudence était conforme au droit international et à l'esprit de la Convention. En effet, le mariage sert de cadre légal favorable à la fondation d'une famille. Comme l'indique l'énoncé de l'article 12, le mariage et la famille sont intimement liés, puisque le droit de fonder une famille s'inscrit dans le droit au mariage et n'est pas un droit distinct du droit au mariage.

Tel que cela a été solennellement énoncé dans divers instruments internationaux, la famille est reconnue et protégée en tant qu'« *unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants* » (préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant). La protection ne vise pas le couple mais la famille qui « *a droit à la protection de la société et de l'État* » (articles 16§3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et 23§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) « *aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge* » (article 10§1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). La reconnaissance accordée par la société au couple résulte en fait de sa contribution au bien commun par la fondation d'une famille, et non pas de l'existence, entre les personnes constituant le couple, de sentiments, ceux-ci relevant normalement de la vie privée. Ainsi par exemple, le régime fiscal des couples mariés est une contrepartie de leur investissement, notamment financier, pour l'avenir de la société.

L'existence reconnue par la Cour (et même aussi par les autorités nationales) d'une « vie familiale » entraîne l'obligation pour l'Etat de respecter cette vie familiale, dans les limites pouvant découler de l'article 8§2. Ces limites justifient le refus de l'Etat d'accorder une reconnaissance publique à

certaines modalités de « vie familiale », telles que celle menée au sein de familles polygames ou incestueuses. Jusqu'à l'arrêt *Schlak et Kopf*, une relation homosexuelle, parce qu'elle ne permet pas de fonder naturellement une famille, relevaient de l'article 8 sous l'angle de la vie privée, et non pas de la vie familiale.

Cela étant, il est excessif d'interpréter la notion de « respect » comme allant jusqu'à obliger la société à changer son fondement, sa cellule fondamentale, qu'est la famille. L'article 8 ne comporte pas de droit à ce qu'une relation stable soit reconnue par l'Etat. Il n'est « pas possible de dégager de l'article 8 l'obligation... de doter les couples non mariés d'un statut analogue à celui des couples mariés »⁷. Dans les pays qui ne permettent pas aux couples de même sexe de se marier, la Convention n'offre pas de droit à ces couples d'accéder à un statut légal. Seul le législateur interne peut décider de le faire. La Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres *sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre* ne recommande pas une telle solution. Il est donc impossible de dire que les Hautes Parties contractantes auraient exprimé leur consentement à cette obligation par l'adoption de cette recommandation. Au contraire, durant les travaux de la Commission d'experts rédacteurs du projet de recommandation les Etats ont refusé volontairement de recommander l'adoption d'un statut légal pour les couples non mariés. La Recommandation se contente de cette invitation : « 25. Lorsque la législation nationale ne reconnaît ni confère de droit ou d'obligation aux partenariats enregistrés entre personnes de même sexe et aux couples non mariés, les Etats membres sont invités à considérer la possibilité de fournir, sans aucune discrimination, y compris vis-à-vis de couples de sexes différents, aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent. »

Interpréter une Convention n'est pas suivre le vent dominant

La mission de la Cour est « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles » (article 19). Elle est une juridiction internationale veillant au respect d'un traité. Même s'il convient d'interpréter la Convention à la lumière des conditions actuelles, ces conditions ne donnent qu'un éclairage et ne peuvent pas se substituer à la Convention comme référence principale. Autrement, la mission de la Cour se transformerait, en particulier sur les sujets de société, en instrument d'actualisation idéologique des législations nationales ; cela l'amènerait bien au-delà de sa compétence.

Dans *Vallianatos*, la Cour a affirmé que lorsqu'un Etat européen légifère en matière de famille, il « doit choisir les mesures (...) en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et celles d'ordre relationnel, notamment de l'idée selon laquelle il y a plus d'une voie ou d'un choix possibles en ce qui concerne la façon de mener une vie privée et familiale » (*Vallianatos* § 84). La Cour veille ainsi à ce que les Etats européens adaptent leur législation à l'évolution des mœurs, telle que la majorité des juges la perçoit. Est-ce respectueux de la souveraineté des Etats, et plus encore, est-ce prudent ? Interpréter la Convention dans le respect du droit des traités est aussi une sécurité pour la Cour elle-même. La mission de la CEDH est en grande partie de contrôler que les juridictions suprêmes nationales respectent la Convention, car les juridictions suprêmes nationales sont souvent influencées par des facteurs politiques. Mais si la Cour en vient à se comporter elle-même comme une simple cour constitutionnelle, les garanties de la Convention ne seront pas plus assurées que celles contenues dans les constitutions nationales. La protection des droits de l'homme en Europe dépendra moins du texte de la Convention et de ses protocoles que de la composition contingente de la Cour ;. Peut-on vraiment croire que ce serait un progrès ? Le progrès immédiat d'une cause ne devrait pas être réalisé au détriment des instruments de protection des droits de l'homme. Des arrêts tels que *X et autres contre Autriche* ou *Gross contre Suisse* (sur le suicide assisté) adoptés respectivement par 10 voix contre 7 et par 4 voix contre 3 sur des sujets et

⁷ *Johnston et a. c. Royaume-Uni*, 18 déc. 1986, § 68

par des interprétations hautement controversés réjouissent certainement une partie de l'opinion publique occidentale mais ont affaibli le système de protection des droits de l'homme en Europe.

Cette approche manque en outre de cohérence, et la Cour pourra être accusée de manquer de sincérité. En effet, si le législateur doit agir en *tenant compte de l'évolution de la société*, les législateurs européens devraient aussi tenir compte des demandes de légalisation de la polygamie et de mariage de filles mineures. En Turquie, mais aussi en Suisse, en Belgique ou au Royaume-Uni, il y a bien plus de musulmans pratiquants que de couples de même sexe, et cette tendance va en s'accroissant. Au nom de quoi l'homosexualité consentie serait-elle plus acceptable que la polygamie consentie ? La Cour a déjà reconnu qu'une famille polygame mène une vie familiale (*Serife Yigit c. Turquie*, n°3976/05, 2.11.2010, §90). Pourquoi refuser aux uns ce que l'on accorde aux autres, dès lors que l'on a rejeté toute référence à la famille conjugale comme norme sociale ?

Plus généralement, la prudence n'est certainement pas de forcer les Etats au prix d'une interprétation extensive et *ultra vires* de la Convention. Tout comme la Cour ne doit pas se substituer aux autorités nationales quand elle apprécie une affaire, elle ne doit pas davantage se substituer aux Hautes Parties contractantes. Il faut garder à l'esprit qu'il est loisible aux Hautes Parties contractantes de rédiger un protocole additionnel à la Convention sur l'orientation sexuelle dans l'esprit de la Recommandation CM/Rec(2010)5. L'abolition de la peine de mort en Europe a été réalisée par la voie conventionnelle.

Droit comparé

Jusqu'à une époque récente, il n'était pas nécessaire de préciser que le droit au mariage bénéficie exclusivement aux couples composés d'un homme et d'une femme. Cela est néanmoins précisé explicitement dans la Convention européenne des droits de l'homme, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966. Un grand nombre de traités internationaux vise également les relations de l'homme et de la femme comme époux, telle que la Convention sur la nationalité de la femme mariée de 1957.

Le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies a estimé que le droit de se marier et de fonder une famille garanti à l'article 23 § 2 du PIDCP doit être compris comme volontairement et exclusivement réservé à l'homme et à la femme, car il s'agit de « *la seule disposition de fond qui définit un droit en employant les termes 'l'homme et la femme', plutôt que 'tout être humain', 'chacun' et 'toutes les personnes'* »⁸. En outre, cet article « *a été régulièrement et uniformément interprété comme signifiant que l'obligation incombant aux Etats parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 23 du Pacte se limite à reconnaître comme constituant un mariage l'union entre un homme et une femme qui souhaitent se marier* »⁹.

S'agissant de la Charte des droits fondamentaux, bien qu'elle garantisse le droit de se marier « selon les lois nationales » (article 9), sans référence au sexe des époux, le juge de Luxembourg a maintenu la définition du mariage en rappelant que « *il est constant que le terme de 'mariage', selon la définition communément admise par les Etats membres, désigne une union entre deux personnes de sexe différent* »¹⁰.

A ce jour, au sein du Conseil de l'Europe, dix-sept Etats membres (l'Allemagne, l'Andorre, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Islande, l'Irlande, le Liechtenstein, le Luxembourg, les Pays-Bas, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie et la Suisse) autorisent des formes de partenariats civils pour les couples de même sexe. Neuf Etats (la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Islande, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal, et la

⁸ *Ms Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214, 17 juillet 2002.

⁹ *Ms Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, U.N. Doc. A/57/40 at 214, 17 juillet 2002, § 8.2.

¹⁰ C.J.C.E., D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne, 31 mai 2001, pt 34, Aff. C-122/99 et C-125/99, Rec. I, p. 4342 (Rev. trim. dr. h. 2002, p. 663, obs. C. Maubernard)

Suède) reconnaissent le mariage entre personnes de même sexe ; parmi lesquels quatre n'ont pas institué de partenariat civil. C'est donc 21 sur 47 Etats membres, soit moins de la moitié, qui prévoient la possibilité pour les couples de même sexe de se marier et/ou de contracter un partenariat civil.

Par ailleurs, dans plusieurs Etats européens, la définition du mariage, comme union d'un homme et d'une femme, figure explicitement dans leur constitution. Ainsi en est-il par exemple de la Bulgarie, la Croatie, la Lituanie, la Hongrie, la Moldavie, la Pologne. Dans la plupart des autres Etats, les Constitutions protègent également le mariage et la famille, mais les constituants n'avaient pas alors jugé nécessaire de préciser que le mariage est l'union entre un homme et une femme. En raison des circonstances actuelles, la Hongrie et la Croatie ont donné une valeur constitutionnelle à la définition du mariage, tandis que la Slovaquie et la Roumanie se préparent actuellement à faire de même. En mars 2012, en Slovénie un référendum favorable à la reconnaissance des unions entre homosexuels a été rejeté par la majorité des électeurs. Il en a été de même en Irlande du Nord.

Le droit italien permet de répondre à certains besoins de soutien et d'aide mutuels des couples de même sexe

A supposer que la majorité des juges estime que l'article 8 implique dorénavant une obligation pour l'Etat de faciliter l'organisation de la vie en commun des couples de fait qui ne veulent pas, ou ne peuvent pas se marier, se pose alors la question de l'étendue de cette obligation. En d'autres termes, quelle est la mesure de cette obligation, quelle est la nature de cette *reconnaissance officielle* autre que le mariage ? Deux mesures sont possibles : soit l'étendue de cette obligation se mesure par rapport aux besoins concrets des couples et aux intérêts de la société, le législateur conservant une marge d'appréciation (comme l'indique la Recommandation CM du 2010) ; soit cette obligation se mesure par rapport au mariage et elle finira alors par s'y confondre.

Si elle se mesure par rapport aux besoins concrets des couples et aux intérêts de la société, il convient de rechercher non pas s'il existe une « institution » du type partenariat civil, mais si le droit interne et la pratique offrent des solutions aux besoins des couples de fait, y compris de même sexe. Or, le droit italien offre de telles solutions par la voie légale et contractuelle :

En vertu de la liberté contractuelle, les couples de fait peuvent donner un caractère juridique à leur vie commune en concluant des contrats civils appelés communément pacte ou contrat de vie commune. Ainsi, ils peuvent établir communément des règles relatives à l'habitation commune, aux dépens communs (rien n'empêche un couple de fait d'ouvrir un compte en commun, par exemple), à la cessation de la vie commune (et de prévoir même qu'une indemnisation pourra être payée à l'un des partenaires), au droit d'habitation de l'un des partenaires dans l'immeuble qui était précédemment le domicile commun, à la possibilité d'acquérir en copropriété un immeuble. Enfin, à l'initiative du mouvement LGBT, des registres d'unions civiles entre les personnes de même sexe ont été créés depuis 1993 dans certaines villes italiennes (1993 à Empoli, en 1996 à Pise, en 2012 à Cagliari, Milan, Florence, Turin, Naples et en 2013 à Palerme). Ces registres visent à donner une dimension symbolique et sociale à la signature des contrats de vie commune. Toujours en vertu de la liberté contractuelle, les partenaires peuvent hériter par voie testamentaire.

Les juridictions ont aussi prévu des droits pour les partenaires non-mariés. Par la décision n° 404/1988, la Cour Constitutionnelle italienne a établi qu'en cas du décès du titulaire d'un contrat de bail, le partenaire en vie a le droit de succéder à son partenaire. La loi n° 6/2004 prévoit la possibilité pour un partenaire de nommer l'autre partenaire comme personne de confiance, en cas d'une future incapacité. Par la décision du 17 septembre 2009 du *Garante de la privacy*, a été reconnu le droit du partenaire de recevoir des informations sur l'état de santé de l'autre partenaire défunt, malgré l'opposition de la famille de ce dernier. Par les décisions n°^{os} 8976/2005 et 12278/2011, la Cour de Cassation a décidé que si un des partenaires est victime des lésions ou décède à cause d'un fait illicite d'un tiers, l'autre partenaire peut réclamer le préjudice causé par le fait illicite.

Enfin, la loi prévoit aussi des droits pour les partenaires non-mariés. La première disposition légale remonte à 1918 et permet au partenaire d'obtenir une pension de guerre¹¹. Les partenaires ont aussi un droit de visite mutuelle lorsque l'un est en prison, le détenu pouvant aussi sortir de prison pour rendre visite à son partenaire malade. Enfin, le Code civil permet au juge de prononcer l'éloignement d'un partenaire violent du domicile du couple de fait.

Une telle obligation de reconnaissance, à supposer qu'elle existe, n'implique pas que l'Etat institue un statut de vie commune alternatif au mariage, mais que l'Etat donne les « *moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle [les couples non-mariés] vivent* », selon les termes de la Recommandation CM de 2010. L'Etat peut choisir de conserver au mariage son monopole comme statut et institution de vie commune reconnue publiquement dotée de droits et d'obligations spécifiques, ainsi que d'une dimension sociale et symbolique forte. Comme la Cour l'a rappelé dans l'affaire *X et autres contre Autriche*, elle « *reconnait que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement* » (§ 138). Les droits et obligations propres au mariage peuvent justifier des différences de traitement en matière notamment de prestation sociale (notamment *Estevez c. Espagne*, n°56501/00, déc. 10 mai 2001).

La marge d'appréciation

La marge d'appréciation ne s'applique que dans le cadre d'une obligation conventionnelle, ou à titre conditionnel, dans le cadre d'un droit accordé seulement en droit interne et entrant dans le champ de la Convention.

En l'espèce, il y aurait lieu d'appliquer la doctrine de la marge d'appréciation soit s'il existait une obligation conventionnelle d'accorder un statut juridique aux couples non mariés, ce qui n'est pas le cas, soit si l'Italie avait choisi volontairement d'accorder un tel statut, ce qui n'est pas le cas non plus. Dans ce second cas, la marge d'appréciation se serait appliquée dans le cadre de l'appréciation de ce cadre juridique au regard des exigences conventionnelles.

Il y a lieu de constater qu'en l'espèce, en l'absence d'obligation, la marge d'appréciation ne s'applique pas.

B. Absence de discrimination

Deux conditions sont nécessaires pour pouvoir raisonnablement estimer que la situation des requérants est similaire à celle de couples hétérosexuels mariés :

- Confondre l'*orientation* et l'*identité* sexuelles ;
- Estimer que la vie familiale est constituée par les sentiments.

La confusion entre orientation et identité sexuelle

Un couple composé de deux personnes de même sexe, et un couple composé d'un homme et d'une femme ne sont pas identiques, ni similaires. Ils ne sont pas dans la même situation, tant d'un point de vue privé que public car leur relation n'est pas naturellement procréatrice.

Ce qui les distingue n'est pas une différence *d'orientation*, mais *d'identité* sexuelle. C'est commettre un déni de réalité et une erreur de raisonnement que de considérer que la différence entre couple homme-femme et couple de même sexe est seulement une différence *d'orientation sexuelle*. C'est

¹¹ Le décret loi n° 1726 du 27 octobre 1918 ;

appliquer une logique égalitaire abstraite qui ramène les différences biologiques (objectives) entre un couple de même sexe et un couple homme-femme à une simple différence (subjective) d'orientation sexuelle insusceptible de justifier à elle-seule une différence de traitement. Dès lors, la *réalité de l'identité* sexuelle est absorbée dans la subjectivité de la *notion d'orientation* sexuelle. Il devient alors impossible de justifier une différence de traitement fondée sur l'identité sexuelle, car les motifs objectifs, biologiques, de différence de traitement sont présentés abusivement comme des motifs subjectifs liés à un point de vue sur l'homosexualité. Le principe de non-discrimination selon l'orientation sexuelle emporterait interdiction de distinguer selon l'identité sexuelle des membres du couple. Or en matière de famille comme de filiation, c'est l'identité sexuelle qui importe, et non pas l'orientation.

Il est vrai que l'Etat ne devrait pas porter d'intérêt quant à l'orientation sexuelle des gens. En matière de vie familiale, l'intérêt de l'Etat porte avant tout sur les enfants, leur naissance et leur bien-être qui sont conditionnés notamment par le cadre protecteur qu'offrent la famille et le mariage. Les enfants sont le bien commun des parents et de la société. Il est vrai que si la Cour et à sa suite les autorités publiques renoncent à placer les enfants au cœur de la famille et de la protection accordée par l'Etat, alors c'est une toute autre conception – non plus de famille – mais de relations interpersonnelles qui s'y substitue : une conception volontariste et individualiste. Cette conception est pleine de bons sentiments, elle estime que ce qui compte et doit être reconnu par la société, ce sont avant tout les sentiments que des individus se portent. Les sentiments ne sont qu'un mode d'expression de la volonté individuelle.

La vie familiale n'est pas affaire de sentiments ni de stabilité

Par l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (n°30141/04, 24.06.2010) la Cour a estimé que les relations homosexuelles excédaient le cadre de la vie privée et justifiaient une reconnaissance publique en tant que mode légitime de vie familiale. Eu égard à l'évolution législative en Europe, la Cour a jugé que la relation qu'entretient un « *couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable* » relevait « *de la notion de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation* (§94) ». Une telle affirmation est de nature politique, et non pas juridique, elle ne découle pas de la Convention mais de l'évolution des mentalités à un moment donné de l'histoire de la Cour.

Depuis l'arrêt *Schalk et Kopf*, la cohabitation stable des membres du couple suffisait à constituer une vie familiale, le mariage ou la présence d'enfant n'étant plus nécessaire. Avec l'arrêt *Vallianatos*, la cohabitation n'est même plus nécessaire à l'existence d'une vie familiale puisque selon la Cour des « *personnes physiques adultes (...) qui entretiennent des relations homosexuelles (...) en dehors d'une cohabitation* » mènent également une vie familiale (§49).

Quel est alors le contenu de la *vie familiale* au sens de l'article 8 ? Le sait-on encore, dès lors que, désormais, la vie familiale ne requiert pour exister ni engagement public, ni présence d'enfant, ni même cohabitation. Est-ce l'existence de sentiments qui permet de caractériser la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention ? Mais le droit a toujours ignoré les sentiments, considérant que ceux-ci relèvent de la vie privée, et non pas de la vie familiale, tout comme la sexualité consentie entre adultes (sauf cas particuliers). Est-ce alors la stabilité de la relation (*Vallianatos*, §73) ? Mais il s'agit-là d'un critère fort relatif (qui n'a pas été appliqué dans les affaires *Burden* et *Strübing*). Les affaires *Burden c. Royaume-Uni* (n°13378/05, 29.04.2008) et *Stübing c. Allemagne* (n°43547/08, 12.04.2012) renforcent le constat de perte de définition objective de la famille et de la vie familiale. La famille qui était pour les rédacteurs de la Convention une *réalité* biologique et institutionnelle extérieure au droit est devenue une *notion* extensible jusqu'à l'incohérence définie arbitrairement par le juge ou le législateur.¹² Finalement, dès lors que l'on a renoncé au mariage ou à la présence

¹² Exemple d'incohérence à laquelle conduit le déni de la réalité biologique : en garantissant le droit de se marier aux couples transsexuels, à l'exclusion des couples homosexuels, la Cour introduit, entre couples de même sexe biologique, une différence de traitement selon leur orientation sexuelle et identité de genre ...

d'enfant comme critère de la vie familiale, il apparaît fort difficile d'établir d'autres critères objectifs, et donc non arbitraires. Plusieurs juges dissidents ont en substance reproché à l'arrêt *Burden* d'être arbitraire car purement positiviste. Mais qui décide de l'existence d'une vie familiale si les faits ne sont pas déterminants ? Est-ce le juge, la loi ou les personnes engagées dans la relation ? Si la décision appartient au juge et à la loi, elle sera alors contingente et relative à l'évolution culturelle. Toute personne affirmant mener une vie familiale peut estimer arbitraire son impossibilité de contracter une union civile.

La Cour, parce qu'elle a rejeté la définition de la famille, se trouve à présent dans la délicate situation de devoir dire au cas par cas ce qui est, ou n'est pas une famille, et si tel mode de vie familiale mérite ou non la protection et la reconnaissance de la société. Selon quels critères ?

La jurisprudence de la Cour serait frappée de romantisme si elle persistait à faire du « sentiment » et de sa « stabilité » le véritable critère de la vie familiale : la vie familiale n'est pas affaire de sentiments ni de stabilité. Une famille éclatée et déchirée demeure une famille dès lors qu'existent des liens du sang. Ce n'est pas l'affection, ni la stabilité, ni la capacité éducative des adultes qui créent la vie familiale : il est seulement souhaitable que ces qualités soient présentes dans les familles, tout comme dans les orphelinats et les institutions éducatives. La famille est d'abord et avant tout créée par la conjugalité, par la transmission de la vie, par l'enfant. C'est la naissance d'un enfant qui crée véritablement une famille, même si cet enfant est né d'une relation brève. La naissance, et par extension l'adoption, réalisent la famille. C'est par destination, en vertu de sa finalité familiale, que le mariage est constitutif d'une vie familiale ; la rédaction de l'article 12 et la souffrance des couples stériles suffisent à le démontrer.

IV. Les conséquences sociales du partenariat civil

Le goût pour l'égalité est lié à l'empathie. Pourquoi refuser le mariage ou un statut similaire à des personnes qui le demandent avec insistance, alors même que cette reconnaissance pourrait atténuer leur malaise et faciliter leur vie quotidienne ? Pourquoi maintenir la « famille traditionnelle » comme modèle alors qu'elle serait cause de souffrances et « ségrégationniste ». Ce modèle serait en outre aliénant, car lié à une conception biologique de l'humanité. Les motifs de l'opposition au « mariage homosexuel » ne sont pas à rechercher dans une prétendue homophobie, pas plus que l'article 12 de la Convention n'est « homophobe ».

D'autres motifs, liés aux conséquences de ce changement radical de conception de la famille, justifient le refus de considérer comme équivalents entre eux une famille conjugale et une relation homosexuelle stable.

Les conséquences en matière de procréation et de filiation

Si la Cour juge similaires la situation d'un couple homme-femme marié et celle dans de deux personnes de même sexe désireuses de se marier, alors non seulement elle pourra conclure que les couples de même sexe sont discriminés dès lors que la différence sexuelle est ramenée à une différence d'orientation sexuelle, mais au-delà, un tel jugement conduit nécessairement à l'alignement des régimes, notamment en matière de parentalité, par application de la jurisprudence *X et autres contre Autriche* (n° 19010/07, 19.02.2013). Si les deux situations sont similaires, tous les droits liés au mariage doivent bénéficier par principe aux couples non-mariés, les motifs de différence de traitement liés à l'identité/orientation sexuelles des couples non-mariés étant en outre exclus.

De plus, l'abandon de l'altérité sexuelle comme fondement de la famille conduit nécessairement à l'abandon (fictif) de cette altérité comme fondement de la procréation, ce qui implique d'accepter la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes et la gestation par autrui pour les couples d'hommes. Séparer le droit au mariage de celui de fonder une famille, c'est rendre le droit au mariage théorique et illusoire, car le fait de pouvoir fonder une famille sous la protection de la société constitue la substance même du droit au mariage. Peut-on dire à deux personnes : *vous*

avez le droit de vous marier, ou de vous unir officiellement, mais pas de fonder une famille ? Votre droit au mariage n'est que formel ? Cependant, les enfants conçus par PMA ou GPA pour des couples de même sexe auront volontairement été privés de leur père ou de leur mère. Ainsi s'opère un enchaînement de conséquences en matière de procréation et de filiation qui va bien au-delà de la reconnaissance sociale de nouvelles formes de « vie familiale ».

Le rapport entre la société et l'Etat

Au-delà, ce qui est en aussi jeu dans cette question, c'est le rapport entre l'Etat et la société.

Un Etat qui prétend définir ce qu'est la famille et ce que devrait être la société est un Etat totalitaire. C'est pourquoi les rédacteurs de la Convention voulaient protéger les familles contre l'Etat, et non pas confier à l'Etat le pouvoir de définir la famille. Selon la pensée originelle des rédacteurs de la Convention et des autres grands textes d'après-guerre, la famille constitue humainement la société dont émane l'Etat, elle précède donc l'Etat qui est au service de la société, tandis que selon la conception nouvelle, la famille procède de l'Etat : c'est l'Etat qui, par son emprise sur la société, redéfinit la famille conformément à la pensée dominante. Ce changement de perspective témoigne du détournement contemporain de la théorie des droits de l'homme : fondée initialement sur un humanisme jusnaturaliste, elle est devenue aujourd'hui un instrument privilégié de mise en œuvre de l'individualisme. Un individualisme qui, par un paradoxe ironique, renforce l'emprise de l'Etat sur la société en échange de la promesse d'une plus grande liberté individuelle¹³. La pensée dominante découle de la révolution individualiste, qui estime que c'est l'individu, et non plus la famille, qui constitue la cellule fondamentale de la société, une société atomisée dont l'unité dépend de l'action positive de l'Etat. Dans une « société » individualiste et égalitariste, c'est l'Etat qui constitue la société et la maintient en cohésion. C'est donc à lui que s'adressent les demandes de « reconnaissance officielle », notamment des relations homosexuelles ; comme si une reconnaissance officielle avait le pouvoir de transformer une relation homosexuelle en famille au sein d'une société qui demeure, malgré tout, un corps social vivant préexistant à la loi. C'est la vitalité générationnelle et culturelle des familles qui fait l'existence de la société, et non pas la volonté de l'Etat.

C'est cette vitalité générationnelle et l'unité organique de la société qui sont remis en cause par la rupture de la chaîne liant *complémentarité sexuelle – procréation – famille – société – Etat*.

¹³ G. Puppinc, "The dilution of the family in human rights: Comments on Vallianatos and other ECHR cases on "family life", *EJIL Talk*, 25 mars 2014.