



HAL
open science

LE DROIT À UNE VIE FAMILIALE “ GAY ” EN EUROPE LE RÔLE DE LA CEDH ET DES COURS NATIONALES DANS LA RECONNAISSANCE DES UNIONS DE MÊME SEXE

Sabrina Ragone, Valentina Volpe

► **To cite this version:**

Sabrina Ragone, Valentina Volpe. LE DROIT À UNE VIE FAMILIALE “ GAY ” EN EUROPE LE RÔLE DE LA CEDH ET DES COURS NATIONALES DANS LA RECONNAISSANCE DES UNIONS DE MÊME SEXE. B. Schramm. Queer(s) et Droit International, Études du Réseau OLYMPE, Droit comparé et européen (Vol. 36), Société de législation comparée, pp. 375 - 426, 2021. hal-04577900

HAL Id: hal-04577900

<https://univ-catholille.hal.science/hal-04577900v1>

Submitted on 23 May 2024

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.

LE DROIT À UNE VIE FAMILIALE « GAY » EN EUROPE LE RÔLE DE LA CEDH ET DES COURS NATIONALES DANS LA RECONNAISSANCE DES UNIONS DE MÊME SEXE

Sabrina RAGONE et Valentina VOLPE*

INTRODUCTION

La jurisprudence en matière de reconnaissance des couples de personnes de même sexe, inaugurée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en 2015 avec l'affaire *Oliari et autres c. Italie (Oliari)*, représente un développement significatif pour la Cour de Strasbourg. Avec cette décision, la Cour a affirmé que le défaut d'une reconnaissance juridique pour les couples de même sexe peut constituer une violation des obligations positives des États au titre de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH ou Convention). En l'espèce, la CEDH a condamné à l'unanimité l'Italie pour une violation de l'article 8 de la Convention en considérant que le pays n'avait pas garanti « un cadre

* Ce chapitre est le résultat d'une réflexion commune ; néanmoins, les sections I et III sont attribuables à S. Ragone et les sections II et IV à V. Volpe. L'introduction et l'épilogue ont été écrits de concert. Le chapitre est une traduction et mise à jour de « An Emerging Right to a "Gay" Family Life? The Case *Oliari v. Italy* in a Comparative Perspective », *German Law Journal*, 17/3 (2016), p. 451. Les auteures souhaitent exprimer leur gratitude à Paul Lorentz et à Léa Boudet pour leur contribution à sa traduction française et pour la recherche nécessaire à sa mise à jour ainsi qu'à Trevor Krayer et à Mathilde Dicalou pour leur révision et pour la recherche supplémentaire. Lorsqu'une version officielle n'était pas disponible, la traduction française des extraits de jugements et des différentes sources utilisés a été réalisée par les auteures.

juridique spécifique prévoyant la reconnaissance des [...] unions de même sexe »¹.

Pour la première fois, la CEDH a reconnu la mise en place d'un « cadre juridique » pour assurer la reconnaissance sociale et la protection juridique des couples homosexuels comme une obligation positive pour un État membre du Conseil de l'Europe (CdE)². La Cour a estimé en particulier que l'Italie avait violé le droit au respect de la vie familiale protégé par la Convention. Ce faisant, elle a contribué à différents débats nationaux sur la reconnaissance juridique des unions de même sexe dans lesquels les cours et tribunaux nationaux de toute l'Europe se sont engagés ces dernières années. Le prologue de l'affaire a eu lieu au niveau national avec l'arrêt 138/2010 de la Cour constitutionnelle italienne rejetant les demandes visant à étendre le champ d'application du mariage aux couples de même sexe. Néanmoins, la Cour constitutionnelle italienne a jugé que ces unions représentent des groupes sociaux protégés par l'article 2 de la Constitution et a exhorté le législateur à leur offrir une forme de reconnaissance juridique (section I). Afin de mesurer l'influence de l'affaire *Oliari* dans la jurisprudence antérieure et postérieure de la CEDH, la section II du présent chapitre propose d'examiner les faits essentiels de l'affaire et les principales étapes argumentatives dans le raisonnement de la Cour.

En vue de mieux comprendre le contexte juridique dans lequel la reconnaissance des couples de même sexe se développe en Europe, ce chapitre fournit une analyse comparative d'une série de jugements rendus par plusieurs juridictions constitutionnelles européennes, y compris la France, le Portugal et l'Espagne. Ces juridictions ont adopté des positions similaires ou comparables au cas italien, niant l'existence de toute obligation constitutionnelle de reconnaître le mariage homosexuel, tout en

¹ CEDH, *Oliari et autres c. Italie*, 21 juil. 2015, § 185 [ci-après le jugement]. Dans cette affaire, ainsi que dans les autres jugements cités dans ce texte, l'hypothèse analysée est celle de couples composés de deux individus dont le sexe, selon les documents officiels, est le même.

² V. entre autres, les commentaires de F. ALICINO, « Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, pp. 1-11 ; P. JOHNSON, « Ground-breaking judgment of the European Court of Human Rights in *Oliari* and *Others v. Italy*: same-sex couples in Italy must have access to civil unions/registered partnerships », *ECHR Sexual Orientation Blog*, 21 juil. 2015, <http://echrso.blogspot.de/2015/07/ground-breaking-judgment-of-european.html> ; L. PONZETTA, « La sentenza *Oliari* e altri Vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, pp. 1-5 ; G. ZAGO, « A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on *Oliari v Italy* », *Articolo 29*, 2015, <http://www.articolo29.it/2015/victory-for-italian-same-sex-couples-victory-for-european-homosexuals-commentary-on-oliari-v-italy/> ; V. J. MARZANO, « *Oliari* and the European Court of Human Rights: Where the Court Failed », *Pace International Law Review*, 29 (2017), p. 241.

encourageant simultanément une action législative pour créer un cadre juridique de protection aux couples de même sexe (section III).

Dans la section IV, nous porterons notre attention au niveau supranational, en suggérant des réflexions, d'une part, sur l'actualité de la jurisprudence inaugurée en 2015 et, d'autre part, sur le rôle croissant de la Cour de Strasbourg en faveur des droits des minorités sexuelles en Europe. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence antérieure et postérieure à l'affaire *Oliari* met en exergue : (1) l'existence d'éléments à la fois de continuité et d'innovation dans la jurisprudence de la CEDH concernant la reconnaissance juridique des unions de même sexe ; (2) un modèle de dialogue horizontal au niveau global et d'intégration verticale entre acteurs supranationaux et nationaux ; et (3) le potentiel de transformation et les paradoxes du « consensus européen » en matière de droits de l'homme des minorités.

En conclusion, le chapitre suggère un épilogue ouvert pour la jurisprudence *Oliari* et pour les questions qu'elle suscite, en particulier concernant son applicabilité aux États membres du CdE qui n'assurent toujours pas « la reconnaissance et la protection des [...] unions de même sexe »³. Les futurs scénarios possibles pour le droit à une vie de famille « gay » dans le cadre du Conseil de l'Europe y seront également exposés (section V).

I. LE PROLOGUE : L'ARRÊT 138/2010 DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

A. – *Le cas et l'approche*

Le premier épisode de l'affaire *Oliari* s'est déroulé au niveau national. En 2010, la Cour constitutionnelle italienne a été appelée à juger certaines dispositions du Code civil national régissant le mariage pour décider si le paradigme hétérosexuel était compatible avec la Constitution italienne. Il s'agissait d'un « contrôle concret » (correspondant à un examen lié à une procédure en cours), car deux tribunaux avaient soulevé deux questions différentes devant la Cour concernant la même question juridique⁴. Dans

³ § 185 du jugement.

⁴ Cour constitutionnelle italienne, jugement 138, 14 avr. 2010. Les juridictions de renvoi étaient le Tribunal de Venise et la Cour d'appel de Trente. Par la suite, la Cour d'appel de Florence et le Tribunal de Ferrare ont soulevé des questions similaires, v. les décisions 276/2010 et 4/2010 de la Cour constitutionnelle italienne.

chacun des deux cas renvoyés, les tribunaux ont été amenés à examiner le refus d'un officier de l'état civil de publier les bans de mariage pour deux couples de même sexe en raison de la loi italienne qui ne permettait pas, et ne permet toujours pas, le mariage homosexuel. Les tribunaux qui ont contesté la validité de la réglementation civile (Venise et Cour d'appel de Trente) étaient conscients que le droit italien était clairement fondé sur la présomption que les conjoints doivent être de sexe opposé et qu'il est donc impossible d'étendre l'institution du mariage aux couples de même sexe. En même temps, ils ont également déclaré qu'il n'était pas possible non plus :

« D'ignorer la transformation rapide de la société et des coutumes au cours des dernières décennies, qui ont vu la fin du monopole détenu par le modèle de la famille traditionnelle et l'émergence spontanée et parallèle de différentes formes de cohabitation, quoique minoritaires, qui nécessitent une protection. Celles-ci s'inspirent du modèle traditionnel et, en tant que tel, visent à être reconnues et réglementées. Les nouveaux besoins, associés aussi à l'évolution de la culture et de la civilisation, nécessitent une protection qui exige une attention particulière pour être conciliable avec l'interprétation traditionnelle et les principes constitutionnels de référence »⁵. À la lumière de cette situation, les juges du renvoi ont soutenu que seule la Cour constitutionnelle italienne pouvait reconnaître une protection aux couples de même sexe⁶. En d'autres termes, les juges qui se sont adressés à la Cour constitutionnelle ont tenté d'obtenir un « jugement créatif » consistant en une modification du système juridique. La Cour constitutionnelle italienne a répondu qu'elle n'avait pas la compétence pour combler les lacunes laissées par le législateur⁷, en particulier dans les cas où

⁵ Il s'agit de la transcription des arguments présentés dans les faits du jugement, qui a été traduite en anglais et est disponible à l'adresse www.cortecostituzionale.it. Pour une reconstruction claire du contexte italien, également dans une perspective comparative, v. A. SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, coll. « Studi Superiori », Rome, Carocci, 2014 ; F. ALICINO, « The Road to Equality. Same-Sex Relationships within the European Context : The Case of Italy », *SOG Working Papers*, 25 (2015), pp. 1-38.

⁶ V. le § 1 de l'arrêt 138/2010. Il n'était pas possible pour eux d'appliquer la soi-disant « *interpretazione conforme* » (interprétation conforme à la Constitution) pour interpréter automatiquement la régulation du mariage et l'ouvrir aux couples de même sexe au regard de la Constitution. Sur l'importance du rôle de l'interprétation constitutionnelle, v. 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, pp. 1629-1634.

⁷ V. § 7 de l'arrêt 138/2010. Pour une perspective plus large sur la relation entre le Parlement et les Cours sur ce sujet sensible, v. S. RAGONE, « El matrimonio homosexual en Europa entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente Jurisprudencia comparada », *Foro N°16, Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época* 2, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 16/ 1 (2013,) pp. 241-261. Une approche similaire est adoptée dans T. FIDALGO DE FREITAS, D. TEGA, « Judicial Restraint and Political Responsibility : A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts

la Constitution s'en remet à la discrétion du législateur⁸. De l'avis de la Cour, seul le Parlement peut - et devrait - assurer la protection appropriée.

B. – *Les arguments*

L'arrêt 138/2010 représente la prémisse et le contrepoint à l'affaire *Oliari*, bien que la manière dont la Cour constitutionnelle italienne a abordé la question soit plus nuancée que la manière dont elle est présentée dans la décision de la CEDH, qui, en fait, s'est servie de l'arrêt 138/2010 pour pousser le législateur italien à agir.

Ensemble, les deux juridictions de renvoi ont utilisé plusieurs articles de la Constitution comme fondement pour affirmer que les dispositions du Code civil italien étaient inconstitutionnelles. Les articles mentionnés étaient, dans l'ordre, l'article 2 (protection des droits des individus au sein des groupes sociaux), l'article 29 (protection de la famille), l'article 30 (protection des mineurs) l'article 3 (principe d'égalité) et l'article 117.1 (obligation pour les législateurs nationaux et régionaux de se conformer à la Constitution et aux obligations européennes et internationales)⁹.

Premièrement, l'article 2 reconnaît les droits inviolables des individus au sein des groupes sociaux où ils expriment leur personnalité et, parmi ces groupes sociaux, la famille est considérée comme l'un des droits les plus pertinents, sinon le principal. La Cour a affirmé que le concept constitutionnel de groupe social comprend toutes formes de « communautés simples ou complexes qui sont capables de permettre et de favoriser le libre développement de la personne par le biais des relations humaines, dans un contexte qui promeut un modèle pluraliste »¹⁰. Par conséquent, ce concept

on Same-Sex Couples », *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (dir.), Heidelberg, Springer, 2014, p. 287.

⁸ V. en particulier le § 5 du jugement 138/2010 (« The question raised by the two referral orders in relation to Article 2 of the constitution must be ruled inadmissible because it seeks to obtain a substantive judgment that is not mandated under constitutional law ») et le § 9 (« This meaning of the constitutional rule cannot be set aside through interpretation, because to do so would not involve a simple re-reading of the system or the abandonment of a mere interpretative practice, but rather the implementation of a creative interpretation »).

⁹ La Cour a rejeté la question en ce qui concerne l'article 3 et l'article 29 et l'a déclarée irrecevable en ce qui concerne les articles 2 et 117. V. P. A. CAPOTOSTI, « Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010 », *Quaderni Costituzionali*, 2 (2010), p. 361 ; A. PUGIOTTO, « Una lettura non reticente della sent. n° 138/2010 : il monopolio eterosessuale del matrimonio », *Scritti in onore di Franco Modugno*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, p. 269 ; F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Naples, Editoriale scientifica, 2013.

¹⁰ V. § 8 de l'arrêt 138/2010.

large doit également inclure les unions homosexuelles, considérées par la Cour comme une cohabitation stable¹¹ de deux personnes de même sexe qui se voient accorder le droit fondamental de vivre librement en tant que couple et d'être sujets de droits et de devoirs conformément à la loi. Deuxièmement, l'article 29 définit la famille comme l'« union naturelle » fondée sur le mariage. La Cour s'est référée à l'intention originelle des rédacteurs de la Constitution pour soutenir qu'ils avaient certainement à l'esprit la famille traditionnelle telle que réglementée par le Code civil de 1942¹², et a également ajouté que la plus grande réforme du droit de la famille, adoptée en 1975, ne tenait compte d'aucun type de « nouvelles » familles¹³. Suite à cette interprétation, un dilemme demeure : est-ce que cela signifie que le concept de famille ne saurait jamais être amené à changer ? La Cour a donné une réponse contradictoire à cette question. D'une part, dans la mesure où il est nécessaire d'interpréter les principes constitutionnels en tenant compte des transformations du système juridique, mais aussi de l'évolution de la société et des coutumes, la Cour a affirmé que les concepts de famille et de mariage ne pouvaient être figés dans la signification qu'on leur avait attribuée au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution. D'autre part, elle a déclaré que l'interprétation d'un tribunal ne pouvait pas affecter « l'essence même de la disposition, en la modifiant de manière à englober des situations et des problèmes qui n'ont pas du tout été pris en considération au moment de son adoption »¹⁴. Par conséquent, la Cour a décidé qu'elle ne pouvait pas adopter une interprétation créative qui inclurait les couples de même sexe dans la portée du mariage. Troisièmement, dans la même partie de l'arrêt, la Cour a fait référence à la protection des enfants dans l'article 30, ce qui a soulevé la question complexe du potentiel de procréation comme prémisses au mariage. Cet élément a également été utilisé pour écarter l'argument lié à l'article 3, savoir la violation du principe d'égalité. La Cour a élaboré un court

¹¹ Pour plus d'information sur le renversement de ce critère spécifique dans la jurisprudence européenne, v. *infra*.

¹² Sur les différentes perspectives des deux sources en ce qui concerne le mariage, v. P. VERONESI, « Matrimonio omosessuale, ovvero: "È sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose" », *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN *et alii.* (dir), Turin, Giappichelli, 2010, p. 377.

¹³ Sur le paradoxe qui consiste à interpréter la Constitution à la lumière du Code civil et non l'inverse, v. A. PUGIOTTO, « Una lettura non reticente della sent. n° 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio », *op. cit.* Sur l'importance excessive accordée à l'argument historique, v. F. DAL CANTO « Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza », *Rivista AIC*, 2010, pp. 1-21.

¹⁴ V. § 9 de l'arrêt 138/2010. Sur les différentes interprétations de l'article 29, v. C. FUSARO, « Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale », *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, op. cit.*, p. 151.

raisonnement à cet égard, déclarant qu'il n'y avait pas de violation dudit principe dans la mesure où les unions de même sexe et les couples hétérosexuels mariés n'étaient pas des situations équivalentes¹⁵. Enfin, en ce qui concerne l'article 117.1 et l'obligation de légiférer conformément aux obligations européennes et internationales, la Cour a souligné le rôle du législateur dans la protection des couples homosexuels. Utilisant des sources juridiques internationales et supranationales – en particulier, l'article 12 de la Conv. EDH et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – la Cour a encore une fois demandé au Parlement italien d'intervenir¹⁶.

C. – *Le résultat*

1. *Un appel au législateur*

La Cour n'a pas endossé le rôle du législateur en adoptant un « jugement créatif » ni une « *additiva di principio* »¹⁷ qui est une typologie de jugement utilisée par la Cour afin de fournir aux juges de renvoi – et au Parlement – des principes directeurs à appliquer en l'absence d'une réglementation expresse¹⁸. Un « jugement créatif » était considéré comme impossible en raison de l'absence de toute obligation constitutionnelle, tandis que la deuxième option, une décision énonçant les principes à suivre par le législateur, n'était pas compatible avec le cas présent en l'absence même d'une loi à contrôler. En effet, en Italie, il n'y a pas de contrôle constitutionnel sur les omissions législatives. Néanmoins, il est probable qu'aucune de ces options n'aurait vraiment été efficace pour étendre le mariage aux couples de même sexe. Dans les faits, une nouvelle réglementation exhaustive aurait été nécessaire. Comme démontré dans

¹⁵ Sur ce point, v. 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*, 1-2 (2010), pp. 471-494.

¹⁶ En faveur de l'existence d'une obligation européenne pour l'Italie, v. A. M. LECIS COCCO ORTU, « Same-sex unions in Italy: a European obligation? », *Current social and legal challenges for a changing Europe*, C. BENLLOCH DOMENECH, P. J. PEREZ ZAFRILLA, J. SARRIÓN ESTEVE (dir.), Grenade, Comares, 2013, p. 38.

¹⁷ Sur les techniques mises en œuvre par la Cour, v. V. BARSOTTI, P. G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian constitutional justice in global context*, Oxford, OUP, 2015, p. 67.

¹⁸ Sur la possibilité d'adopter ce type de jugement, v. R. PINARDI, « La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione », *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 11 (2010), p. 527, A. D'ALOIA, « Omossessualità e Costituzione, La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale », *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, op. cit. p. 104.

l'aperçu comparatif présenté dans la section III – compte tenu à la fois du cadre constitutionnel et de l'état de l'art de la jurisprudence supranationale – le résultat obtenu était celui escompté. Néanmoins, l'initiative prise par les juges de renvoi était très opportune et a contribué à promouvoir le débat social et politique sur ce sujet dans le pays¹⁹.

2. Pour protéger les couples de même sexe en tant que groupes sociaux reconnus par la Constitution

De l'avis de la Cour, les couples de même sexe doivent être considérés comme dignes de protection en vertu de l'article 2, puisqu'il s'agit de groupes sociaux ayant une valeur constitutionnelle, et tant que les couples en question constituent un environnement propice au développement de la personnalité de leurs partenaires. Néanmoins, cette déclaration n'était pas suffisante pour déclarer inconstitutionnelles les dispositions du Code civil italien, car la protection constitutionnelle ne conduit pas nécessairement à l'extension du mariage aux couples homosexuels²⁰. En l'absence d'une interprétation unitaire et sans équivoque d'une norme constitutionnelle, la Cour a décidé qu'il y avait un espace pour une intervention législative discrétionnaire.

3. Sans (forcément) leur permettre de se marier

Selon la Cour, il ne serait pas nécessaire d'étendre le mariage aux couples de même sexe pour leur conférer des droits et des devoirs²¹. Dans la construction de cet argument, la Cour a utilisé le droit comparé comme preuve de l'inexistence d'une obligation d'autoriser le mariage homosexuel à la lumière des différentes solutions adoptées dans le cadre européen²². Par conséquent, pour assurer la reconnaissance de la protection de ces groupes

¹⁹ V. S. SCAGLIARINI, « Un'opportuna sollevazione di questioni infondate », *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, op. cit. p. 345.

²⁰ R. ROMBOLI, « Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio », *Foro Italiano*, 2 (2010), p. 167.

²¹ Sur les développements potentiels après l'arrêt, v. *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive*, B. PEZZINI, A. LORENZETTI (dir.), Naples, Jovene, 2011.

²² V. § 8 de l'arrêt 138/2010 (« However, the Court finds that the aspiration to this recognition - which necessarily postulates legislation of a general nature, aimed at regulating the rights and duties of the members of the couple - cannot solely be achieved by rendering homosexual unions equivalent to marriage. It is sufficient in this regard to examine - even on a non-exhaustive basis - the legislation of the Countries that have to date recognized the aforementioned unions in order to ascertain the diversity within the choices made »). Les greffiers de la Cour ont aussi publié un dossier comparatif sur cette thématique. V. P. PASSAGLIA, « Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni stati europei », disponible sur le site de la Cour. Dans le même sens, v. aussi, Cour de cassation italienne, jugement 2400, 9 févr. 2015, à propos d'un autre cas de refus de publication de bans de mariage.

sociaux, le législateur est libre de choisir les instruments juridiques à utiliser. Le Parlement a été considéré comme la seule institution politiquement légitime pour compenser le vide juridique et pour ainsi définir l'instrument juridique correspondant²³. Néanmoins, selon le concept constitutionnel de famille dans le jugement, il semble difficile d'étendre le mariage aux couples de même sexe, même par le biais de la législation. Tant l'interprétation susmentionnée de l'article 29, en matière de droit au mariage, fondée sur l'intention originelle des rédacteurs de la Constitution, que la non-application du principe de non-discrimination et d'égalité, conformément à l'article 3, semblent indiquer que la meilleure voie pour le législateur était de fournir aux couples de même sexe une forme distincte d'union²⁴. Ce n'est qu'en conférant au Parlement un pouvoir discrétionnaire extrême qu'il serait possible d'envisager le contraire²⁵. En fait, tous les débats parlementaires ultérieurs se sont concentrés sur les unions civiles et la jurisprudence des autres hautes cours s'est généralement opposée à la nécessité du mariage homosexuel. Le Parlement italien a débattu des questions relatives aux couples de même sexe, par le biais d'un projet de loi présenté en octobre 2015, après une série d'initiatives similaires, jusqu'après le rendu de l'arrêt *Oliari* par la CEDH²⁶. À partir de 2016, la loi régleme ainsi les unions civiles homosexuelles, leur conférant un bon nombre de droits et d'obligations reconnus aux couples mariés en étendant explicitement l'applicabilité de dispositions spécifiques du Code civil. En

²³ Selon le § 8 de l'arrêt 138/2010, la Cour serait exclusivement autorisée à protéger des situations spécifiques, particulièrement « within a review of a provision's reasonableness ». D'autre part, dans l'arrêt 170/2014 de la Cour constitutionnelle italienne, à propos d'un cas d'un couple marié au sein duquel l'un des époux était transsexuel, la Cour a demandé des mesures législatives – dans ce genre de cas, après le changement de genre, le mariage n'est plus valide indépendamment de la volonté des sujets affectés. Pour des critiques sur ce jugement, v. le commentaire de G. BRUNELLI, « Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 oct. 2014, pp. 1-12. Plus tard, la Cour de cassation a jugé que le changement de sexe de l'un des époux n'entraînait pas automatiquement l'annulation du mariage. V. jugement 8097, 21 avr. 2015.

²⁴ Dans le même sens, v. F. DAL CANTO, « La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138) », *Foro Italiano*, 1/2010, p. 1369 ; P. BIANCHI, « La corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Giurisprudenza Italiana*, 2010, p. 537. Clairement en faveur de l'obligation constitutionnelle du paradigme hétérosexuel, A. SPADARO, « Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale? », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, pp. 1-21.

²⁵ En faveur de cette option, v. Barbara PEZZINI, « Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale », *Giurisprudenza Italiana*, 1 (2010), p. 2715.

²⁶ Les informations sur la loi sont disponibles sur le site internet du Sénat italien : <http://leg17.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/46051.htm>

général, le débat sur le projet de loi a été extrêmement véhément, surtout en ce qui concerne l'adoption de l'enfant de son ou sa conjoint-e²⁷.

La Cour de cassation dans sa jurisprudence postérieure – par exemple, dans l'arrêt 2400/2015, concernant la même question que l'arrêt 138/2010 – a également soutenu la jurisprudence constitutionnelle en niant l'existence de toute discrimination illégitime vis à vis des partenaires hétérosexuels. La Haute Cour s'est référée à des affaires nationales²⁸ et supranationales et a fait valoir que même la CEDH n'imposait aucune obligation aux États en ce sens, leur accordant une large marge d'appréciation²⁹. Selon la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne fait que fixer le droit de vivre librement en tant que couple et, par conséquent, l'article 12 de la Convention n'oblige aucunement à l'introduction ni à la réglementation du mariage homosexuel.

Cette logique a été le fondement de la position adoptée par la Cour de cassation lorsqu'est venu le temps d'enregistrer les mariages homosexuels célébrés à l'étranger dans les registres de l'état civil³⁰. Cette Cour a alors confirmé que ces couples n'avaient pas le droit d'enregistrer leur mariage, mais, en 2012, elle n'a pas invoqué les arguments traditionnels de la non-existence de tels mariages et de la violation de l'ordre public. Dans les faits, au lieu d'argumenter que de tels mariages étaient contre l'ordre public national, la Cour a confirmé qu'ils ne pouvaient pas produire d'effet dans le système juridique italien³¹. Néanmoins, la Cour de cassation a déclaré que, à la lumière de la valeur constitutionnelle et conventionnelle de ces couples, il pourrait y avoir à l'avenir un fondement potentiel pour des revendications de droits fondamentaux demandant un traitement identique ou similaire à celui des couples mariés dans des situations spécifiques³². En 2017, dans la décision 2487 du 31 janvier, la première chambre de la Cour de cassation a reconnu pour la première fois la transcription dans les registres d'état civil

²⁷ V. *The New York Times*, « Italian Lawmakers' Vote on Same-Sex Civil Unions Stalls », 16 févr. 2016, https://www.nytimes.com/2016/02/17/world/europe/italy-same-sex-civil-unions.html?_r=0

²⁸ Citant l'arrêt 170/2014 de la Cour constitutionnelle italienne mentionné précédemment.

²⁹ Le jugement 2400 a été rendu en févr. 2015, citant la jurisprudence précédente par la CEDH, en particulier *Schalk et Kopf c. Autriche* du 2010 et *Hämäläinen c. Finland* du 2014 (v. *infra*) et *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012.

³⁰ V. V. CAREDDA, « Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità », *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10 (2018), p. 1436.

³¹ V. Cour de cassation italienne, jugement 4184, 15 mars 2012. L'ambiguïté du jugement a amené certaines cours à l'utiliser comme un précédent y compris lorsqu'elles défendaient des positions différentes, N. CIPRIANI, « Le Unioni Civili », *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, R. PANE (dir.), Naples, Esi, 2017, p. 43.

³² V. le commentaire par L. MARIOTTI, « La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani », *Giurisprudenza italiana*, 2 (2013), p. 330.

italiens d'un mariage homosexuel célébré à l'étranger. L'un des résultats les plus pertinents de l'arrêt *Oliari* (v. section II) a été l'approbation par le Parlement italien de l'initiative législative susmentionnée concernant la réglementation des « unions civiles » pour les couples homosexuels (loi 76/2016). La loi a été considérée extrêmement clivante, comme le prouvent les débats longs et complexes qui ont perduré pendant des mois³³, ainsi que sa rédaction : la loi ne comprend qu'un seul article avec soixante-neuf paragraphes. En fait, le texte initial du projet de loi se fondait en grande partie sur la réglementation du mariage hétérosexuel, mais à la fin des débats parlementaires, un « maxi-amendement » a été introduit, modifiant des éléments formels et substantiels³⁴. La loi se réfère explicitement aux articles 2 et 3 de la Constitution en tant que principes directeurs de la réglementation des unions civiles, mettant implicitement de côté l'article 29 et le concept constitutionnel de famille. Dans l'ensemble, les similitudes avec le mariage traditionnel prévalent³⁵ malgré l'existence de différences significatives : par exemple, par le biais d'une union civile, un partenaire n'acquiert pas de liens de parenté immédiats avec la famille de l'autre partenaire et surtout avec ses enfants.

II. L'AFFAIRE *OLIARI* : L'ARRÊT DE LA COUR EN TROIS ÉTAPES

A. – Étape 1 – Les faits et la dualité du contenu de l'article 8

L'affaire *Oliari* – qui a contribué à déclencher ces développements dans l'ordre juridique interne – prend précisément pour point de départ le refus des autorités italiennes de publier les bans de mariage de trois couples de même sexe, dont les demandes avaient été définitivement rejetées entre 2008 et 2011. L'un des couples requérants, Enrico Oliari et son partenaire, était également partie à l'une des affaires qui ont été portées devant la Cour constitutionnelle italienne en 2010.

³³ V. G. IORIO, « Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto” : appunti e proposte sui lavori in corso », *Le nuove leggi civili commentate*, 5, (2015), pp. 1014-1029 ; M. M. WINKLER, « Italy's Gentle Revolution: The New Law on Same-Sex Partnerships », *The Digest - National Italian American Bar Association (NIABA) Law Journal*, 25 (2017), pp 1-31.

³⁴ Sur la procédure, v. A. SCHILLACI, « Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento? », *Genius*, 2 (2016), pp. 18-45.

³⁵ Toutefois, une part de la doctrine se focalise sur les différences. V. M. SESTA, « La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare », *Famiglia e diritto*, 10 (2016), p. 881. Concernant « l'obligation de loyauté » dans un couple comme une différence potentielle, v. N. CIPRIANI, *op. cit.*, pp. 56-57.

En 2011, les trois couples ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme³⁶ en alléguant que « la législation italienne ne leur permettait pas de se marier ou de contracter tout autre type d'union civile » et donc « [les] discriminait en raison de leur orientation sexuelle »³⁷. Pour fonder leur demande, les requérants se sont appuyés sur trois articles de la Convention : l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale)³⁸, l'article 12 (droit au mariage)³⁹ et l'article 14 (interdiction de discrimination)⁴⁰. La CEDH a rejeté les demandes au titre de l'article 12, à la fois indépendamment et conjointement avec l'article 14. Elle a conclu que ces allégations étaient manifestement infondées et a refusé de s'engager dans une réelle discussion sur l'existence d'un droit au mariage homosexuel. Elle a négligé d'analyser l'article 8 en conjonction avec l'article 14 et a concentré l'ensemble de son raisonnement sur la seule applicabilité du droit à la vie privée et familiale.

La Cour a confirmé sa jurisprudence antérieure quant à la dualité du contenu de l'article 8. Elle a affirmé que, nonobstant la dimension « négative » de l'article – sa fonction principale étant de « protéger les individus contre les ingérences arbitraires des autorités publiques »⁴¹ – il peut également imposer des obligations positives aux États pour assurer un respect effectif des droits protégés⁴². Ces obligations positives « peuvent

³⁶ Plus précisément, la Chambre a décidé de regrouper les deux requêtes originelles : 18766/11 et 36030/11.

³⁷ § 3 du jugement.

³⁸ Conv. EDH, art. 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

³⁹ Conv. EDH, art. 12 : « 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 ».

⁴⁰ Conv. EDH, art. 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁴¹ § 159 du jugement. Très tôt dans sa jurisprudence, dans un arrêt de 1968, la Cour a affirmé que l'objet de l'art. 8 était « essentiellement [...] de protéger l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée ou familiale », CEDH, *Affaire « Relative à Certains Aspects du Régime Linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (Au Principal)*, 23 juil. 1968, § I. B. 7.

⁴² Depuis ses premiers jugements, la jurisprudence de la CEDH a souligné la dualité du contenu de l'art. 8, qui englobe tant des obligations positives que des obligations négatives pour les États membres. V. CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31 ; CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, § 23 ; CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 déc. 1986, § 55. c) ; CEDH, *K.U. c. Finlande*, 2 déc. 2008, § 42. Sur le contenu de l'article 8, v. C. PITEA, L. TOMASI, « Art 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare », *Commentario Breve alla Cedu – Convenzione Europea*

impliquer l'adoption de mesures visant à assurer le respect de la vie privée ou familiale, même dans le domaine des relations entre individus »⁴³. Posée dans ces termes, la question que la Cour devait trancher était donc : « si l'Italie [...] avait échoué à se conformer à une obligation positive visant à assurer le respect de la vie privée et familiale des requérants »⁴⁴, notamment par la mise en place d'un cadre juridique permettant aux demandeurs de voir leur relation reconnue et protégée par le droit interne.

B. – *Étape 2 – « Reconnaissance et protection » dans le système juridique italien ?*

Conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour a affirmé que les couples de même sexe « ont besoin d'une reconnaissance juridique et d'une protection de leur relation »⁴⁵, sachant que les couples homosexuels sont tout aussi capables de nouer des relations stables et durables que les couples hétérosexuels⁴⁶. En l'absence d'un cadre juridique spécifique au niveau national, la CEDH devait déterminer si d'autres formes « de reconnaissance et de protection » juridiques et judiciaires étaient disponibles en droit interne pour compenser l'absence de dispositions spécifiques. La Cour a analysé, puis rejeté, les différentes séries d'arguments avancées par le gouvernement italien. Premièrement, les « registres locaux pour les unions civiles », qui à l'époque du jugement avaient été adoptés par moins de 2% des municipalités italiennes, n'avaient qu'une valeur symbolique, n'accordant aucun droit effectif ou statut officiel aux couples enregistrés. Deuxièmement, la protection judiciaire des unions de fait était tout aussi limitée dans sa portée et potentiellement contradictoire dans ses résultats. Et troisièmement, les « accords de cohabitation » qui n'ont été introduits dans

per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, S. BARTOLE, P. DE SENA V. ZAGREBELSKY (dir.), Padoue, CEDAM, 2012, p. 297.

⁴³ § 159 du jugement.

⁴⁴ § 164 du jugement.

⁴⁵ § 165 du jugement.

⁴⁶ *Ibid.* La Cour rappelle ici qu'il y a un besoin de reconnaissance et de protection légale comme cela a été souligné par les documents correspondants du Conseil de l'Europe. Deux de ces documents pertinents sont une recommandation de l'Assemblée Parlementaire du 2000, qui déjà il y a presque 20 ans appelait les États membres « à adopter une législation prévoyant le partenariat enregistré », Recommandation 1474 (2000), *Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe*, 30 juin 2000, paragraphe 11.3.i ; et la recommandation du Comité des Ministres de 2010, qui a invité les États membres « à considérer la possibilité de fournir [...] aux couples de même sexe des moyens juridiques ou autres pour répondre aux problèmes pratiques liés à la réalité sociale dans laquelle ils vivent ». 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*, 31 mars 2010, § 25.

le système italien que depuis décembre 2013, après que les requérants aient déjà déposé leurs plaintes, pouvaient en effet régler certains aspects du « vivre ensemble », mais n'avaient pas la capacité d'assurer des droits et des obligations mutuels aux parties concernées. De plus, ces accords – ouverts à tout type de cohabitation et non pas seulement aux couples (de même sexe ou hétérosexuels) – imposaient précisément une exigence de « cohabitation », faisant reculer la jurisprudence de la Cour. De fait, celle-ci considérait déjà en 2013 « l'existence d'une union stable [...] [comme] indépendante de la cohabitation »⁴⁷. Par conséquent, dans le cadre juridique existant, la situation des requérants ne peut être considérée que comme une union de fait. Pour être protégés, les requérants doivent soulever des questions récurrentes auprès des tribunaux nationaux, dont l'évaluation finale peut demeurer ambiguë parce que « si la reconnaissance de certains droits a été rigoureusement confirmée, d'autres questions liées aux unions de conjoints de même sexe restent incertaines »⁴⁸. En outre, la détermination judiciaire des besoins fondamentaux des couples de même sexe « constitue un obstacle non négligeable aux efforts des requérants pour obtenir le respect de leur vie privée et familiale »⁴⁹ – en particulier dans un système judiciaire engorgé. En conséquence, la protection disponible dans le système juridique italien est considérée comme déficitaire tant sur le plan du contenu – étant incapable de garantir les besoins essentiels d'un couple engagé dans une relation stable – que sur le plan de la sécurité juridique, si l'on tient compte du fait qu'elle est liée à une condition de cohabitation préalable et à des pratiques judiciaires et administratives souvent incohérentes.

C. – Étape 3 – Réalité sociale, marge d'appréciation et consensus européen

En examinant le contexte national, la Cour a mis en évidence un écart visible entre la « réalité sociale des requérants »⁵⁰, qui vivent ouvertement leur relation, et la loi, qui ne parvient pas à assurer aucune forme de reconnaissance aux couples de même sexe.

Une série d'enquêtes fournies par les tiers intervenants, et explicitement appelées dans le jugement, a démontré que la majorité de la population italienne soutient l'introduction d'un cadre juridique pour la reconnaissance

⁴⁷ § 169 du jugement. La CEDH a d'abord affirmé le principe dans l'arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 nov. 2013 « l'absence de cohabitation ne prive pas les couples concernés de la stabilité qui les fait relever de la vie familiale au sens de l'article 8 », § 73.

⁴⁸ § 170 du jugement.

⁴⁹ § 171 du jugement.

⁵⁰ § 173 du jugement.

et la protection des unions de partenaires de même sexe⁵¹. En l'absence de mariage, la Cour a considéré que l'adoption d'une loi introduisant des unions civiles ou des partenariats enregistrés aurait été « le moyen le plus approprié »⁵² pour les couples de même sexe « d'obtenir une reconnaissance légale de leur union »⁵³. La Cour a également considéré de quelle manière cette reconnaissance, avec sa valeur intrinsèque, emporterait une légitimation sociale pour les couples concernés. L'introduction de ces mesures permettrait non seulement « de faire en sorte que la loi reflète la réelle situation des requérants »⁵⁴, mais elle répondrait également à un besoin social impérieux, affectant un nombre remarquable de personnes dans le pays, tout en impliquant une charge limitée pour l'État. Les États conservent assurément une certaine marge d'appréciation dans la définition du contenu précis des obligations positives, mais l'ampleur de cette marge est affectée par divers facteurs identifiés par la jurisprudence de la Cour. Il appartient à la Cour de juger si un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la communauté est effectivement respecté et, en l'espèce, le gouvernement italien n'a pas réussi à mettre en évidence le type d'intérêts collectifs par rapport auxquels les droits individuels doivent être mis en balance. Le gouvernement italien ne s'est pas appuyé sur la nécessité de protéger des concepts traditionnels tels que celui de la morale⁵⁵, mais s'est plutôt concentré sur la seule marge d'appréciation nationale. En particulier, il a souligné la nécessité d'accorder à la société suffisamment de « temps [...] pour parvenir à une maturation progressive d'une conception commune [...] de la reconnaissance de cette nouvelle forme de famille »⁵⁶, affirmant que les autorités nationales sont mieux placées pour choisir les modalités et le moment adéquat à la reconnaissance légale des unions de même sexe. La marge d'appréciation des États est accrue lorsque des questions morales et éthiques sensibles sont en jeu – bien que la présente affaire ne traite pas de questions fortement clivantes, comme l'adoption d'enfants par les couples de même sexe ; elle est par contre plus étroite lorsque des aspects importants de l'existence et de l'identité individuelle sont prises en compte. L'existence d'un « consensus européen » est

⁵¹ § 181 du jugement. L'*Associazione Radicale Certi Diritti* (ARCD) a soumis une enquête menée par l'ISTAT (*Istituto Nazionale di Statistica*), démontrant que l'affirmation « il est juste et équitable pour un couple homosexuel vivant comme des époux d'avoir les mêmes droits qu'un couple hétérosexuel devant la loi » était soutenue par 62,8% des répondants. § 144.

⁵² § 174 du jugement.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ § 173 du jugement.

⁵⁵ Inclus, en principe, parmi les fondements permettant de limiter le droit au respect de la vie privée et familiale selon l'art. 8. 2 de la Conv. EDH.

⁵⁶ § 123 du jugement.

également un facteur limitant la marge d'appréciation d'un État. D'ailleurs, en ce sens, un mouvement vers la reconnaissance légale des couples de même sexe « a continué à se développer rapidement en Europe depuis l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Schalk et Kopf* »⁵⁷ en 2010. Au moment de l'arrêt, en juillet 2015, une « faible majorité » des États membres du Conseil de l'Europe, 24 sur 47, avait introduit certaines formes d'unions civiles pour les couples de même sexe et une tendance similaire était notable à l'échelle mondiale⁵⁸, comme en témoigne l'affaire *Obergefell v. Hodges*⁵⁹ de la Cour Suprême des États-Unis.

D. – *En conclusion*

En l'absence de toute preuve d'un intérêt collectif à empêcher la reconnaissance juridique des unions homosexuelles, les autorités italiennes « ont outrepassé leur marge d'appréciation et ont failli à leur obligation positive d'assurer aux requérants un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection des unions de même sexe »⁶⁰. La Cour reconnaît que les autorités nationales peuvent être, en principe, mieux placées pour évaluer les intérêts collectifs, mais « dans le cas présent, le législateur italien ne semble pas avoir accordé une importance particulière aux indications provenant de la communauté nationale »⁶¹. Cette communauté comprend l'ensemble de la population italienne, dont le soutien aux unions homosexuelles est reflété par plusieurs enquêtes, ainsi que par les plus hautes autorités judiciaires, en particulier la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, dont les appels répétitifs à l'introduction d'un cadre juridique sont restés sans écho.

III. UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE : LES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPÉENNES ENTRE RETENUE ET LÉGITIMATION AU CHANGEMENT SOCIAL ET JURIDIQUE

L'approche adoptée par la CEDH a renforcé la position de la Cour constitutionnelle italienne dans son arrêt 138/2010 (v. sections I et IV), une position qui était loin d'être une doctrine isolée en Europe. En effet, d'autres

⁵⁷ § 178 du jugement. V. aussi *infra*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ § 65 du jugement.

⁶⁰ § 185 du jugement.

⁶¹ § 179 du jugement.

juridictions ont été appelées à se prononcer sur des questions semblables au cours de la même période et ont adopté des points de vue similaires⁶². Parmi les exemples possibles, trois pays peuvent être considérés comme les plus pertinents dans la comparaison avec l'Italie : le Portugal, la France et l'Espagne. Il s'agit de systèmes juridiques appartenant à la tradition civiliste et présentant des contextes sociaux et juridiques relativement similaires, intégrés dans le cadre européen.

Cette jurisprudence comparée a comme principale caractéristique commune le fait que les cours concernées n'ont pas rendu de « jugements créatifs », mais ont plutôt soutenu, le cas échéant, les décisions des législatures correspondantes. Ceci prouve qu'en Europe, jusqu'à présent, la reconnaissance des unions de même sexe ressortait principalement au domaine des acteurs politiques⁶³. Au Portugal et en France, le contrôle a été exercé d'une double manière illustrée par deux affaires en particulier : tout d'abord, une affaire concernant le Code civil lui-même et sa compatibilité avec la constitution – en somme, des questions similaires à l'arrêt italien 138/2010 ; puis, une affaire concernant les nouvelles normes suite à l'adoption du cadre juridique sur le mariage homosexuel⁶⁴. Quant à l'Espagne, la Cour constitutionnelle y a été appelée à évaluer une réforme du Code civil adoptée sept ans auparavant, donc exclusivement *a posteriori*.

A. – *Le point de départ : Le mariage homosexuel n'est pas une obligation constitutionnelle*

1. *L'arrêt 359/2009 de la Cour constitutionnelle portugaise*

La première affaire jugée par la Cour constitutionnelle portugaise a pour point de départ le refus de publication des bans de mariage. En l'absence d'une réglementation spécifique pour les unions de même sexe, le recours contestait une disposition du Code civil qui définit le mariage comme un contrat entre un homme et une femme en vue de construire une famille et une vie commune (art. 1577).

⁶² Sur un plus large éventail d'études, v. le récent volume de A. SPERTI, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford-Portland, Hart, 2017.

⁶³ L'exception est la Cour constitutionnelle autrichienne, qui, par son arrêt du 4 déc. 2017, a abrogé les dispositions légales interdisant aux couples de même sexe l'accès au mariage. Dans son raisonnement, la Cour a justifié cet arrêt en se référant à l'interdiction de discrimination inscrite dans le principe de l'égalité de traitement. L'abrogation est entrée en vigueur au 31 déc. 2018. À partir de cette même date, l'acte de partenariat enregistré est également ouvert aux couples de sexe opposé.

⁶⁴ V. P. PASSAGLIA, « Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica », *Foro Italiano*, 5 (2010), p. 272.

La Cour constitutionnelle portugaise a soutenu qu'il était impossible de déduire de la Constitution portugaise une obligation claire et univoque pour l'État de faire bénéficier les couples de même sexe de l'institution du mariage. Pour la Cour, le mariage n'était qu'un des instruments potentiels de reconnaissance juridique de ces couples⁶⁵. De ce point de vue, ce jugement est très semblable à l'arrêt italien dans la mesure où il se réfère au concept constitutionnel de mariage tel qu'il a été conçu en 1976. Si l'article 36 de la Constitution portugaise ne mentionne pas le genre des conjoints, il énonce toutefois le droit de fonder une famille et de se marier. La réglementation des conditions requises est laissée à l'appréciation de la législation ordinaire. Alors que son raisonnement adoptait une perspective historique, la Cour constitutionnelle portugaise s'est opposée à la cristallisation du concept de mariage et a appelé à une exégèse évolutive de la Constitution par le biais de la modification législative du système juridique⁶⁶. Soutenir une conception différente du mariage – telle qu'une union entre deux adultes qui décident de partager leur vie, au lieu de la vision traditionnelle – a été considéré comme allant au-delà du mandat de la Cour, dont la portée était limitée à juger exclusivement de la constitutionnalité de la législation⁶⁷. Comme dans l'exemple italien, les juges portugais ont refusé la possibilité d'adopter un « jugement créatif » qui serait légitime seulement dans le cas d'obligations explicitement présentes dans la constitution⁶⁸. En plus d'utiliser des arguments fondés sur l'intention originelle des rédacteurs de la Constitution, l'arrêt de la Cour constitutionnelle portugaise était également similaire à l'arrêt italien en ce qui concerne l'utilisation de l'argument comparatif⁶⁹. L'arrêt mentionne des systèmes juridiques européens et non européens, en particulier la jurisprudence du Canada, des États-Unis et de l'Afrique du Sud. Ces références ont été faites, d'une part, pour prouver l'existence des différentes réglementations potentielles pour les couples de même sexe et, d'autre part, pour souligner les différences entre le rôle du juge dans les systèmes de tradition civiliste et de *common law*. En conclusion, selon l'arrêt 359/2009,

⁶⁵ Cour constitutionnelle portugaise, arrêt 359, 9 juil. 2009.

⁶⁶ V. §§ 10 et 11 de l'arrêt 359/2009. Concernant les évolutions des familles au Portugal, v. par ex. A. CIAMMARICONI, « Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2 (2010), p. 676. Sur le débat domestique, v. le volume, publié avant l'arrêt, par L. DUARTE D'ALMEIDA, C. PAMPLONA CÔRTE-REAL, I. MOREIRA, *O Casamento entre Pessoas Do Mesmo Sexo*, Edições Almedina, Coimbra, 2008. Pour une approche politique et sociologique, v. A. M. SIMÕES AZEVEDO BRANDAÕ, T. C. MACHADO, « How equal is equality? Discussions about same-sex marriage in Portugal », *Sexualities*, 15 (2012), p. 662.

⁶⁷ § 13 de l'arrêt 359/2009.

⁶⁸ § 14 de l'arrêt 359/2009.

⁶⁹ § 7 de l'arrêt 359/2009.

la modification de la notion juridique de mariage ne pouvait pas être considérée comme une simple suppression d'une restriction à l'exercice d'un droit, mais comme une réforme considérable de l'ordre juridique qui doit être laissée aux institutions représentatives et non aux organes judiciaires.

2. *Décision 2010-92 du Conseil constitutionnel français*

Un autre cas comparable aux décisions italienne et portugaise susmentionnées est la décision 2010-92 du Conseil constitutionnel français. Cette fois-ci encore, les requérants dans cette affaire avaient soulevé la question de la réglementation du mariage dans le Code civil dans le cadre d'un contrôle concret par la Cour de cassation.

Le but de ces questions prioritaires de constitutionnalité était que le Conseil revoie l'interprétation traditionnelle des dispositions du Code civil qui régissaient les conditions en matière de mariage, tel qu'élaboré dans la jurisprudence antérieure⁷⁰. Les juges de cassation ont invoqué la clause constitutionnelle sur la liberté individuelle incluse dans l'article 66, qualifiant le droit au mariage comme une conséquence de cette liberté. Néanmoins, comme il est courant dans la jurisprudence analysée dans le présent chapitre, le Conseil constitutionnel s'est, lui, fondé sur l'article 34 pour attribuer au Parlement un pouvoir discrétionnaire sur la réglementation du mariage, niant ainsi en l'espèce l'existence de toute violation de la liberté individuelle⁷¹. Le Conseil constitutionnel a ajouté que la vie de famille des couples homosexuels était déjà reconnue dans l'ordre juridique par l'existence du « PACS » ou pacte civil de solidarité – un aspect factuel pertinent, surtout en comparaison avec l'Italie.

S'agissant de l'un des autres arguments souvent invoqués à l'égard des couples de même sexe, à savoir le principe d'égalité, le Conseil a considéré que le fait de légiférer au moyen d'instruments différents pour les couples de même sexe et les couples hétérosexuels était un exercice compatible avec la Constitution française⁷². Seul le législateur était libre d'étendre le champ d'application du mariage, le Conseil constitutionnel n'étant pas habilité à exercer lui-même le pouvoir discrétionnaire du législateur.

⁷⁰ V. en particulier la décision 05-16627, C. cass, Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007.

⁷¹ §§ 5, 6 et 7 de la décision 2010-92 QPC. À cet égard, v. aussi l'analyse par D. FERRARI, « La Corte costituzionale e il Conseil Constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali », *Politica del Diritto*, 2-3 (2012), p. 495.

⁷² § 9 de la décision 2010-92 QPC.

B. – *Deuxième étape : mais c'est constitutionnellement possible si le Parlement en décide ainsi*

1. *L'arrêt 121/2010 de la Cour constitutionnelle portugaise*

Après le jugement 359/2009, le Parlement portugais a adopté une loi modifiant l'article 1577 du Code civil : toute référence à l'épouse et au mari a été supprimée et l'expression « deux individus » y a été insérée⁷³. Avant de promulguer cette loi, le Président de la République a entamé un processus de contrôle abstrait et la Cour constitutionnelle portugaise a rendu son arrêt 121/2010⁷⁴. La Cour a essentiellement répété que la Constitution du pays donne au législateur le pouvoir de réglementer le mariage. Selon la Cour, le Parlement a le droit de modifier et d'actualiser le concept juridique du mariage, à condition que la nouvelle réglementation ne soit contraire à aucune autre norme constitutionnelle. Encore une fois, malgré l'argument "originaliste", la Cour a pu soutenir une interprétation évolutive de la clause constitutionnelle sur le mariage⁷⁵. Plus intéressant encore, la Cour s'est concentrée sur le libre choix des individus de partager leur vie avec leur conjoint, supprimant ainsi le potentiel procréatif comme élément constitutionnellement nécessaire à l'union⁷⁶.

2. *L'arrêt 198/2012 de la Cour constitutionnelle espagnole*

En 2005, le Code civil espagnol a été modifié pour réglementer le mariage homosexuel et cette réforme a immédiatement fait l'objet d'un recours. La Cour constitutionnelle espagnole a rendu le jugement concernant cet amendement en novembre 2012 : cette fracture temporelle, d'une durée de sept ans, est un élément factuel important à prendre en compte dans

⁷³ Sur les débats précédents et leur évolution, v. R. MARTINS, « Same-sex partnerships in Portugal. From de facto to de jure? », *Utrecht Law Review*, 4/2 (2008), p. 194.

⁷⁴ Cour constitutionnelle portugaise, arrêt 121, 8 avr. 2010. Sur l'évolution de la jurisprudence portugaise, v. E. CRIVELLI, « Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 00 (2010), https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/matrimonio_omosessuale_crivelli.pdf ; E. SORDA, « Same-sex marriage: il caso portoghese », *LANUS*, 4 (2011), p. 173 et encore P. PASSAGLIA, « Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica », *op. cit.*

⁷⁵ § 18 de l'arrêt 121/2010. Sur l'évolution du concept, v. D. SANTOS, *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁷⁶ § 22 de l'arrêt 121/2010. Pour une comparaison avec la jurisprudence espagnole sur cet aspect, v. M. Á. PRESNO LINERA, « El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada », *Revista de derecho constitucional Europeo*, 19 (2013), p. 403.

l'analyse du résultat de la décision⁷⁷. Un autre aspect à considérer est que le contrôle abstrait de cette réforme a été initié par le Parti Populaire – parti de l'opposition en 2005 – qui a plaidé en faveur d'une application du principe d'égalité. Selon eux, les couples hétérosexuels sont victimes de discrimination en raison d'un manque de différenciation⁷⁸. Le cœur de l'arrêt portait sur l'article 32 de la Constitution espagnole, qui accordait aux hommes et aux femmes le droit de se marier⁷⁹. Comme souvent, les opposants à la réforme ont utilisé l'argument de l'intention originelle des rédacteurs de la Constitution, mais la Cour l'a rejeté. Après avoir dit qu'en 1978, le couple hétérosexuel était le seul modèle de mariage qui pouvait être envisagé, la Cour a déclaré que le seul texte de l'article ne signifie pas automatiquement que le mariage homosexuel doit être interdit. Selon la Cour, au sens très strict, la référence aux hommes et aux femmes n'indique que les sujets titulaires du droit, et le législateur n'a pas modifié cela. La Cour constitutionnelle espagnole a ajouté que, à la lumière des nombreux exemples tirés d'autres systèmes juridiques, différentes options auraient également été compatibles avec la Constitution, mais que si le mariage était le choix du législateur, celui-ci ne pouvait pas être annulé⁸⁰.

La réalité sociale du pays a joué un rôle prépondérant dans ce jugement : la Cour a dû tenir compte du niveau d'acceptation du mariage homosexuel au sein de la culture juridique et de la société espagnoles. Après sept ans, il était possible de dire que ces unions bénéficiaient d'un soutien social clair. Les juges ont cité des sondages montrant que 66 % de la population y étaient favorables – plus que la moyenne européenne d'environ 55 %. En outre, l'interprétation évolutive de l'article 32 de la Constitution espagnole a été partiellement motivée par cette dimension pratique⁸¹.

⁷⁷ Cour constitutionnelle espagnole, arrêt 198, 6 nov. 2012. Parmi les nombreuses études publiées entre l'appel et la décision, v. M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y constitución*, Valence, Tirant lo Blanch, 2008 ; F. J. MATIA PORTILLA, « Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional : un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo », *Revista General de Derecho Constitucional*, 15 (2012), p. 2.

⁷⁸ Sur ce point, v. par ex. F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Naples, Editoriale Scientifica, 2013, p. 41.

⁷⁹ Sur la nécessité d'une interprétation conjointe de l'art. 32 de la Constitution espagnole avec l'art. 9 et l'art. 14 (égalité et non-discrimination), v. B. RODRÍGUEZ RUIZ, « Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), p. 80.

⁸⁰ § 9 de l'arrêt 198/2012.

⁸¹ § 5 de l'arrêt 198/2012. Sur le contenu de l'arrêt, dans cette perspective, v. F. J. MATIA PORTILLA, « Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo », *Teoría y Realidad Constitucional*, 31 (2013), p. 541. Pour une approche critique, v. A. BARRERO ORTEGA, « El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa? », *Revista de Estudios Políticos*, 163 (2014), p. 41.

3. *La décision 2013-669 du Conseil constitutionnel français*

En 2013, le Code civil français a été modifié en y introduisant une équivalence totale entre les couples hétérosexuels et homosexuels. La même année, le Conseil constitutionnel a été appelé à juger la constitutionnalité de cette loi.

Se référant à nouveau à l'article 34 de la Constitution française, la décision 2013-669 a réaffirmé que le Parlement jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour fixer les conditions requises pour le mariage, tandis qu'au Conseil constitutionnel revient seulement la possibilité de vérifier la constitutionnalité des choix législatifs, et non pas leur opportunité politique⁸². Si le législateur considère qu'il n'y a pas assez de différences entre les couples de même sexe et les familles traditionnelles pour justifier des régimes juridiques distincts, il n'appartient pas au Conseil d'émettre un avis qui s'y superposerait⁸³.

Comme attendu et conformément à la décision 2010-92, le Conseil a souligné qu'aucune norme constitutionnelle ne fixait la nécessité du paradigme hétérosexuel, de sorte qu'il n'existait pas de paramètre constitutionnel clair à l'encontre de ce choix politique.

C. – Quelques réflexions au vu de la comparaison entre les Cours

L'analyse conjointe de la jurisprudence des cours constitutionnelles nous amène à certaines conclusions. La première est liée à la (non)utilisation, par l'ensemble des juges impliqués dans ces affaires, du principe d'égalité. Dans tous les jugements où les cours ont été appelées à appliquer ce principe afin d'élargir la portée du mariage pour inclure les couples de même sexe, elles ont estimé qu'il était insuffisant pour fonder une telle revendication. Plus précisément, toutes les juridictions ont estimé, d'une part, que la mise à égalité des deux situations n'était pas une obligation constitutionnelle et de l'autre, qu'il était potentiellement acceptable de les différencier.

Le deuxième point commun découle du premier. En l'absence d'une applicabilité directe du principe d'égalité, le fait d'offrir aux couples homosexuels le même instrument qu'aux couples hétérosexuels devait ainsi dépendre d'un choix discrétionnaire des législateurs. En vertu de cette doctrine, les juridictions constitutionnelles ont reconnu que seuls les parlements nationaux, en tant qu'institutions représentatives, étaient

⁸² § 14 de la décision 2013-669.

⁸³ § 22 de la décision 2013-669.

habilités à se prononcer sur cette question sensible⁸⁴, du moins en l'absence d'un critère constitutionnel sans équivoque. En conséquence, ils ont établi une sorte de dialogue avec les législateurs et ont ensuite endossé la légitimité du mariage homosexuel dès lors que ce dernier était réglementé. Le troisième aspect pertinent est qu'il existe toujours une différence, tant dans la jurisprudence nationale que supranationale, entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille. Pour l'instant, seul ce dernier, compris, on l'a vu, comme le droit à mener une vie de famille, a été largement accordé aux couples de même sexe, tandis que l'extension du mariage reste une décision discrétionnaire à prendre par les parlements nationaux.

IV. EN QUOI L'AFFAIRE *OLIARI* EST-ELLE IMPORTANTE ?

A. – *Continuité et innovation dans la jurisprudence de la CEDH au sujet des unions de même sexe*

Avant l'affaire *Oliari*, la Cour européenne des droits de l'homme avait traité la question de la reconnaissance juridique des unions de même sexe à l'occasion au moins de deux autres arrêts : en 2010 dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche (Schalk et Kopf)*⁸⁵ et en 2013 dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce (Vallianatos)*⁸⁶. En comparant l'affaire *Oliari* avec ces deux précédents et avec la jurisprudence ultérieure, des éléments aussi bien de continuité que d'innovation apparaissent confirmant la tendance dont la Cour a fait preuve pour la reconnaissance juridique des unions de partenaires de même sexe depuis 2010.

⁸⁴ Avec l'exception autrichienne, v. *supra* n. 64.

⁸⁵ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010. V. aussi L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, 11 (2011), p. 170 ; S. L. COOPER, « Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights », *German Law Journal*, 12 (2011), p. 1746.

⁸⁶ CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 nov. 2013 ; v. aussi I. TRISPIOTIS, « Discrimination and Civil Partnerships: Taking "Legal" out of Legal Recognition », *Human Rights Law Review*, 14 (2014), p. 343 ; D. RUDAN, « Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso *Vallianatos* », *Diritti umani e diritto internazionale*, 8 (2014), p. 232.

1. « Reconnaissance et protection »

Dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour devait déterminer si le refus des autorités de l'État de reconnaître le mariage homosexuel pouvait constituer une violation de la Convention européenne des droits de l'homme. À cette occasion, tout en niant l'existence d'une telle obligation pour les États membres⁸⁷, la Cour a affirmé pour la première fois, que les couples de même sexe « se trouvent [...] dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation »⁸⁸, car ces couples « sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables »⁸⁹. Le principe a été réaffirmé par la suite dans l'affaire *Vallianatos*, lorsque la Cour a estimé que la décision des autorités grecques de limiter les partenariats civils aux seuls couples hétérosexuels était illégitime, précisément en partant du principe que « la vie en commun des couples de même sexe implique les mêmes besoins de soutien et d'aide mutuels que ceux des couples de sexe opposé »⁹⁰ et que dans le système grec, ouvrir la possibilité de conclure une union civile aux couples de même sexe leur offrirait la seule occasion « d'officialiser leur relation en la revêtant d'une forme juridique reconnue par l'État »⁹¹. Le principe d'une « capacité affective » équivalente, s'exprimant en un besoin « de reconnaissance et de protection » juridique, a finalement été affirmé, avec encore plus d'emphase, par la Cour européenne dans l'affaire *Oliari*. Les requérants pouvaient s'appuyer sur la jurisprudence *Schalk et Kopf* et *Vallianatos*, laquelle datait de cinq ans à l'époque, pour soutenir que l'Italie niait le type de reconnaissance considéré par la CEDH comme implicite à l'article 8 de la Convention depuis 2010. Néanmoins, l'élément novateur de l'affaire *Oliari* réside dans l'application concrète de ce principe, dans la mesure où la CEDH y a reconnu une violation de la Convention par omission. C'était en effet la première fois qu'un pays était condamné pour avoir manqué à son « obligation positive d'assurer [...] un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection de[s] [...] unions de même sexe »⁹². De

⁸⁷ « [E]n l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants. [...] [L]e mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. [La Cour] rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre », *Schalk et Kopf c. Autriche*, §§ 61-62.

⁸⁸ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 99.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 81.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² § 185 du jugement.

façon similaire, l'Italie a été condamnée en 2017 dans l'affaire *Orlandi et autres c. Italie (Orlandi)*⁹³. Sur la base de cette jurisprudence, la Cour a considéré que le refus des autorités italiennes d'enregistrer les mariages contractés à l'étranger par les requérants et, plus précisément, l'impossibilité à l'époque des faits d'obtenir une reconnaissance juridique de leur relation, représentait une violation de l'article 8 de la Convention.

2. D'une vie privée à une vie familiale

Dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour avait reconnu pour la première fois que les couples de même sexe avaient le droit de jouir de la protection d'une « vie familiale ». S'écarter d'une jurisprudence de longue date⁹⁴, elle a considéré qu'un « couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie de famille » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation »⁹⁵. Il serait « artificiel » – a affirmé la Cour – « de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une “vie familiale” aux fins de l'article 8 »⁹⁶. Elle a uniformément suivi cette approche à la fois dans les affaires *Vallianatos*⁹⁷ et *Oliari*⁹⁸ ainsi que dans la jurisprudence ultérieure⁹⁹.

Pendant longtemps, « la jurisprudence de la Cour a seulement accepté que la relation émotionnelle et sexuelle d'un couple homosexuel représentait l'expression d'une “vie privée” et non pas d'une “vie familiale”, alors qu'une relation stable entre partenaires cohabitant était en jeu »¹⁰⁰. Cette jurisprudence établie de longue date, considérant l'homosexualité comme « un aspect des plus intimes de la vie privée »¹⁰¹, soulignait la dimension

⁹³ CEDH, *Orlandi et autres c. Italie*, 14 déc. 2017.

⁹⁴ « La relation d'un couple homosexuel relève du droit au respect de la vie privée, mais pas de la vie familiale ». Comm. EDH, *X. et Y. c. Royaume-Uni*, 3 mai 1983. Pendant longtemps, les juges de Strasbourg ont affirmé qu'une relation homosexuelle stable « ne relèv[e] pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 » de la Convention. V. Comm. EDH, *S. c. Royaume-Uni*, 14 mai 1986, § 2 ; CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 oct. 1981 ; Comm. EDH, *Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas*, 19 mai 1992, § 1 et aussi CEDH, *Mata Estevez c. Espagne*, 10 mai 2001. « La vie sexuelle d'une personne fait sans aucun doute partie de sa vie privée », Comm. EDH, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 30 sept. 1975 ; v. aussi P. JOHNSON, « “An Essentially Private Manifestation of Human Personality”: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 10 (2010), pp. 67-97.

⁹⁵ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 94.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 73.

⁹⁸ § 103 du jugement.

⁹⁹ *V. Orlandi et autres c. Italie*, § 143 ; CEDH, *Pajić c. Croatie*, 23 fév. 2016, § 64 ; CEDH, *Taddeucci et McCall c. Italie*, 30 juin 2016, § 58.

¹⁰⁰ CEDH, *P.B. et J.S. c. Autriche*, 22 juil. 2010, § 28.

¹⁰¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 52.

privée des droits en cause. Cette approche a, en conséquence, minimisé le besoin « de reconnaissance et de protection » dans la sphère publique, soutenant un processus de « privatisation de l'homosexualité »¹⁰² tant au niveau international qu'au niveau national. Symétriquement, la notion de « vie familiale » inscrite à l'article 8, avec sa dimension sociale et publique implicite, a longtemps requis la présence du mariage¹⁰³ ou d'enfants¹⁰⁴ pour être appliquée. La Cour avait coutume de dire que l' « article 8 [...] présuppose l'existence d'une famille »¹⁰⁵. Certains observateurs ont critiqué les frontières fluides de la notion contemporaine de vie familiale adoptée par la CEDH, condamnant un cadre conceptuel dans lequel, indépendamment d'un engagement public, de la présence d'enfants ou même de cohabitation (depuis l'affaire *Vallianatos*), « l'existence de sentiments est considérée comme suffisante pour établir une vie familiale »¹⁰⁶. À y regarder de plus près, la Cour, plutôt que promouvoir des changements dans le cadre de la notion de vie familiale, semble davantage refléter les évolutions factuelles et juridiques que cette notion est en train de subir dans les ordres juridiques internes. Dans cette dynamique, allant du niveau national au niveau régional et global, le concept de « consensus européen » joue assurément un rôle significatif.

3. *Le consensus européen*

L'utilisation du « consensus européen » est récurrente dans la jurisprudence de la CEDH relative à la reconnaissance juridique des couples de même sexe et, dans une certaine mesure, dans l'ensemble de la jurisprudence de la Cour au sujet de l'homosexualité¹⁰⁷. Le consensus européen « peut être conceptualisé comme un outil d'interprétation de la

¹⁰² P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Abingdon, Routledge, 2013, p. 120.

¹⁰³ « Quoi que le mot “famille” puisse désigner par ailleurs, il englobe la relation née d'un mariage légal et non fictif », CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 62.

¹⁰⁴ « En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 [...] présuppose l'existence d'une famille ». Cela s'applique lorsque les droits des enfants sont en jeu, sans distinction « entre famille “légitime” et famille “naturelle” ». CEDH, *Marckx c. Belgique*, § 31. V. également CEDH, *Elsholz c. Allemagne*, 13 juil. 2000, § 43 ; CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44 ; CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 1986, §§ 55 et 72.

¹⁰⁵ *Marckx c. Belgique*, § 31 ; v. aussi *Johnston et autres c. Irlande*, § 55.a).

¹⁰⁶ G. PUPPINCK, « The dilution of the family in human rights: Comments on *Vallianatos* and other ECHR cases on “family life” », *EJIL: TALK!*, 25 mars 2014, <http://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>.

¹⁰⁷ P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 77-83. V. aussi E. POLGARI, « European Consensus: A Conservative and a Dynamic Force in European Human Rights Jurisprudence », *ICL Journal*, 12/1, 2018, p. 59.

Convention qui face à une problématique complexe en matière de droits humains, accorde la priorité à une solution spécifique, si celle-ci est soutenue par la majorité des quarante-sept parties contractantes¹⁰⁸. Il se caractérise aussi par sa relation dynamique avec la marge d'appréciation, car l'absence de consensus implique, en principe, une marge d'appréciation accrue et inversement. Le cas du mariage homosexuel et des unions civiles est un exemple paradigmatique de cet équilibre oscillant entre l'autonomie des États et l'intervention de la Cour dans toutes les affaires considérées. En 2010, dans l'affaire *Schalk et Kopf*, la Cour a invoqué le « consensus européen » pour nier l'existence d'une obligation des États d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Même en reconnaissant que « l'institution du mariage [a] été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel »¹⁰⁹, parce qu'au moment du jugement, « seuls six États contractants sur quarante-sept autoris[ai]ent le mariage entre partenaires de même sexe »¹¹⁰. D'une manière similaire, ce concept a conduit la Cour à exclure dans le jugement même l'obligation d'introduire des partenariats civils, car « les États qui offr[ai]ent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constitu[ai]ent pas encore la majorité »¹¹¹. Aux yeux de la Cour, le domaine en question devrait être considéré comme un domaine où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les États bénéficient d'une large marge d'appréciation quant au moment où elles décident d'introduire des réformes législatives. En 2013, dans l'affaire *Vallianatos*, la Cour a confirmé que « la tendance qui se dégage au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe est claire »¹¹², mais qu'il manquait encore un véritable consensus entre les différents systèmes juridiques. Afin d'évaluer cette tendance, la Cour a énuméré le nombre d'États membres ayant prévu – à l'époque – soit le mariage homosexuel, soit une forme quelconque de partenariat civil pour les couples de personnes de même sexe (9 et 17 respectivement). L'analyse a montré qu'un consensus existait au moins sur un point : à l'exception de la Grèce et de la Lituanie, « lorsqu'un

¹⁰⁸ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 2.

¹⁰⁹ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 58. La CEDH a également affirmé de manière significative que « la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. [...] Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants ». § 61.

¹¹⁰ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 58.

¹¹¹ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 105.

¹¹² *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 91.

État membre du Conseil de l'Europe décide d'édicter une loi instituant un nouveau système de partenariat enregistré [...] les couples de même sexe y sont inclus »¹¹³. Cette analyse comparative a renforcé la conclusion de la Cour selon laquelle la Grèce avait violé l'article 14 de la Convention (interdiction de discrimination), en combinaison avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). C'est la même notion de consensus européen, ou l'absence de ce dernier, qui a permis à la Cour de rejeter toute demande des requérants dans l'affaire *Oliari* fondée sur l'article 12 – droit au mariage – maintenant la position qu'elle avait exprimée cinq ans auparavant dans l'affaire *Schalk et Kopf*. La Cour a déclaré que l'article 8 ne peut être interprété comme imposant une obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Il était encore vrai en 2015 que seule une minorité – onze des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe – reconnaissait le mariage homosexuel et, par conséquent, « [l]a Cour a estimé qu'elle ne devait pas se précipiter pour substituer son propre jugement à celui des autorités nationales »¹¹⁴, refusant d'engager une véritable discussion sur la question. La même orientation a été confirmée plus récemment dans l'affaire *Chapin et Charpentier c. France*, en 2016, quand la Cour a affirmé ne voir « aucune raison d'arriver à une conclusion différente » en matière de mariage homosexuel au vu du bref laps de temps écoulé depuis ces précédents arrêts¹¹⁵. Le discours concernant les unions civiles pour les couples homosexuels a été différent. En se fondant sur le consensus européen, la CEDH a noté dans l'affaire *Oliari* qu'une « faible majorité » – soit vingt-quatre des quarante-sept États membres du CdE – avait légalement reconnu les unions entre personnes de même sexe. La transformation qui s'est produite au niveau national a permis à la Cour d'imposer des obligations positives fondées sur l'article 8 de la Convention aux pays, comme l'Italie, qui accusaient un retard dans « la reconnaissance et la protection » des couples de même sexe. La notion de consensus émerge aussi dans l'affaire *Orlandi*. D'un côté, la Cour a nié l'existence d'un consensus européen en matière de reconnaissance de mariage homosexuel contracté à l'étranger, mais d'un autre côté, elle a confirmé l'obligation des États de fournir « reconnaissance et protection » juridiques aux couples de même sexe, suite au consensus croissant après l'affaire *Oliari* à ce sujet. Fin 2017, comme a remarqué la CEDH « [v]ingt-sept pays sur les quarante-sept États membres du CdE [avaient] déjà promulgué une législation permettant aux couples de même sexe de faire reconnaître leur relation »¹¹⁶. Il existe en

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ § 191 du jugement. La référence faite est à *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 62.

¹¹⁵ CEDH, *Chapin et Charpentier c. France*, 9 juin 2016, § 39.

¹¹⁶ *Orlandi et autres c. Italie*, § 204.

définitive une sorte de circularité intrinsèque à la notion de consensus européen entre les acteurs politiques nationaux et les juges supranationaux. Dans une première phase ascendante (*bottom-up*), les législateurs et les gouvernements nationaux influencent la Cour et sa jurisprudence par le truchement d'une dynamique ascendante et majoritaire. Une fois qu'un consensus entre la majorité des États membres du CdE se dégage, la Cour peut par contre influencer de façon descendante (*top-down*) les autorités nationales. Comme dans les affaires *Oliari* et *Vallianatos*¹¹⁷, les pays non alignés peuvent ainsi être incités à adopter des standards communs au Conseil de l'Europe. Qu'il soit joué de manière intentionnelle ou pas, le rôle catalyseur de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine ne doit pas être sous-estimé, dans la mesure où il peut favoriser une diffusion plus rapide de standards communs en matière de reconnaissance juridique des unions homosexuelles¹¹⁸. En fait, celle-ci a continué à s'affirmer « en Europe depuis l'arrêt *Schalk et Kopf* »¹¹⁹, et « continue à le faire »¹²⁰ aussi.

B. – *Intégration des niveaux global et national : des dialogues entre les acteurs domestiques et supranationaux*

1. *Le dialogue vertical*

L'arrêt *Oliari* ouvre une fenêtre de dialogue et d'intégration entre les sphères nationales et supranationales. En s'adressant au Parlement italien, la CEDH a finalement entamé un dialogue avec le législateur du pays. Ce faisant, elle s'est comportée comme les juridictions nationales – la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation italiennes – qui ont recherché une action législative mais ont été confrontées à l'inertie parlementaire. Dans cette perspective, la Cour européenne des droits de l'homme a renforcé la

¹¹⁷ Au sujet de la discussion italienne sur l'adoption d'un cadre juridique pour les couples homosexuels, v. *supra* section I du chapitre. Le Parlement grec – conformément à l'arrêt *Vallianatos* – a adopté une loi autorisant les partenariats civils pour les couples de même sexe le 23 déc. 2015. V. « Greece passes a bill allowing same-sex civil partnerships », *The Guardian*, 23 déc. 2015, <http://www.theguardian.com/world/2015/dec/23/greece-passes-bill-allowing-same-sex-civil-partnerships>.

¹¹⁸ « Les jugements de la Cour européenne des droits de l'homme augmentent la probabilité que tous les pays européens – même les pays dont la loi et les politiques n'ont pas été reconnues comme violant la Convention européenne par la Cour - adoptent des réformes favorables aux droits des personnes LGBT. L'effet est plus marqué dans les pays où le soutien public aux homosexuels est le plus faible », L. R. HELFER, E. VOETEN, « International Courts as Agents of Legal Change : Evidence from LGBT Rights in Europe », *International Organization*, 68 (2014), pp. 77-105.

¹¹⁹ § 178 du jugement. En ce sens, v. aussi F. ALICINO, « Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza », *op. cit.*

¹²⁰ *Orlandi et autres c. Italie*, § 204.

voix des acteurs judiciaires nationaux dont la demande en faveur de la reconnaissance juridique des unions de partenaires de même sexe étaient auparavant « restés ignorés par le législateur »¹²¹. Cette évolution est importante parce que la CEDH a ainsi également assumé un rôle de garant supranational de l'État de droit interne¹²². Comme celle-ci a remarqué dans l'affaire *Oliari*, empêcher « l'exécution d'un jugement définitif [...] risque de miner la crédibilité et l'autorité du pouvoir judiciaire et de compromettre son efficacité »¹²³. Néanmoins, le soutien que l'arrêt a apporté aux acteurs judiciaires nationaux – souligné avec force dans l'opinion concordante¹²⁴ – pourrait également représenter un moyen de dépolitiser à la fois le rôle de la CEDH et son influence sur les dynamiques internes. Il s'agit en effet d'une influence particulièrement visible lorsqu'un jugement supranational demande l'introduction de mesures positives dans l'ordre juridique interne, comme dans l'affaire *Oliari*, en soutenant en même temps que ces réformes reflèteraient les sentiments de la majorité de la population. Dans ce sens, le jugement reconnaît un rôle significatif aux enquêtes menées par les tiers intervenants, mettant l'accent sur la dimension verticale (juges supranationaux/société italienne) de l'affaire *Oliari*, ainsi que sur le rôle potentiel de la CEDH comme interprète des changements sociaux au niveau national. On peut toutefois se demander si des sondages devraient être considérés comme des instruments de mesure fiables pour apprécier le soutien populaire à des réformes législatives domestiques, et si ces rôles implicites de « garant de la démocratie » et d'intermédiaire entre le droit et la société peuvent être considérés comme étant appropriés pour une cour supranationale.

2. *Le dialogue horizontal*

En ce qui concerne la reconnaissance des droits des personnes LGBTQIA, la CEDH participe à une dense conversation à la fois « horizontale » et globale avec des organisations internationales et des juridictions externes au Conseil de l'Europe.

¹²¹ § 43 du jugement, citant F. GALLO, « Relazione del Presidente della Corte Costituzionale », 12 avr. 2013, § 4. Au sujet du rôle des cours dans l'arène légale globale, v. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, Donzelli, 2009 ; E. D'ALTERIO, « La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale », Milan, Giuffrè, 2010.

¹²² V. VOLPE, « La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'indipendenza del potere giudiziario », *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1 (2015), pp. 43-47.

¹²³ § 184 du jugement, faisant référence à CEDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, § 175.

¹²⁴ Juge MAHONEY rejoint par les Juges TSOTSORIA et VEHABOVIĆ, opinion concordante du jugement.

Il est notable, par exemple, dans l'affaire *Schalk et Kopf*, qu'en étendant la notion de « vie familiale » aux couples de même sexe, la Cour se soit appuyée sur l'évolution du droit de l'Union européenne¹²⁵ pour soutenir l'idée d'une « tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de “famille” »¹²⁶. Dans l'affaire *Vallianatos*, autant de documents du Conseil de l'Europe¹²⁷ que de l'Union européenne¹²⁸ ont été invoqués pour démontrer l'émergence d'une tendance « claire » vers la reconnaissance des unions de partenaires de même sexe¹²⁹. Dans l'affaire *Oliari*, les mêmes documents ont de nouveau été considérés comme une référence permettant d'évaluer la légitimité du manque de reconnaissance légale des couples de même sexe en Italie. Ce dernier jugement a également cité l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 26 juin 2015, *Obergefell v. Hodges*¹³⁰ et une référence au « développement rapide [...], en particulier dans les pays des Amériques et de l'Australasie, [...] du mouvement international en faveur de la reconnaissance juridique [de couples de même sexe] »¹³¹ est aussi mentionnée dans l'affaire *Orlandi* de 2017. Un dialogue transatlantique au sujet des droits des personnes LGBTQIA s'est établi plus précisément entre les cours européenne et américaine depuis 2003, lorsque, pour la première fois, la Cour suprême des États-Unis a pris en considération la jurisprudence de la CEDH pour soutenir un revirement jurisprudentiel¹³². L'affaire en question était *Lawrence v. Texas*¹³³, dans laquelle la Cour suprême a rappelé la jurisprudence *Dudgeon* de la Cour de

¹²⁵ Conseil de l'Union européenne, Directive 2003/86/EC relative au droit au regroupement familial, 22 sept. 2003 ; Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2004/38/EC relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, 29 avr. 2004. *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 26. Le point est souligné de façon critique dans l'opinion dissidente commune des Juges ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS, § 2.

¹²⁶ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 93.

¹²⁷ V. notamment, Assemblée parlementaire, Résolution 1728 (2010), *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avr. 2010, qui appelle les États membres à « garantir la reconnaissance juridique des couples de même sexe lorsque la législation nationale prévoit une telle reconnaissance », § 16. 9. V. Recommandation CM/Rec (2010) 5, *cit.*, demandant, *inter alia*, que « [l]orsque la législation nationale reconnaît les partenariats enregistrés entre personnes de même sexe, les États membres devraient viser à ce que leur statut juridique, ainsi que leurs droits et obligations soient équivalents à ceux des couples hétérosexuels dans une situation comparable », § 24.

¹²⁸ En particulier art. 7, 9 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et le commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en parallèle des Directives 2003/86/EC et 2004/38/EC, *cit.*

¹²⁹ *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 91.

¹³⁰ 576 U. S. (2015).

¹³¹ *Orlandi et autres c. Italie*, § 204.

¹³² W. N. ESKRIDGE Jr., « United States : *Lawrence v. Texas* and the imperative of comparative constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), p. 555.

¹³³ 539 U.S. 558 (2003).

Strasbourg afin de soutenir l'*overruling* de sa propre décision *Bowers v. Hardwick*¹³⁴ et finalement de décriminaliser les relations homosexuelles entre adultes consentants dans l'ensemble des États-Unis. Plus intéressant encore, dans ce dialogue judiciaire, la Cour d'appel des États-Unis pour le sixième circuit a invoqué la jurisprudence *Schalk et Kopf* afin de nier l'existence d'un droit au mariage pour les personnes homosexuelles précisément dans l'affaire à l'origine d'*Obergefell v. Hodges*¹³⁵, qui a fini ironiquement par reconnaître le même droit fondamental aux couples de même sexe.

C. – *La dimension majoritaire et contre-majoritaire en tension : soutenir le « consensus européen » ou promouvoir les droits des minorités ?*

Le concept de consensus européen, avec sa dimension de droit comparé, a été un outil d'interprétation récurrent dans la jurisprudence de la CEDH relative aux droits des personnes homosexuelles. Depuis l'affaire *Dudgeon* de 1981, la Cour a considéré les choix de la majorité des États membres du CdE comme un des principaux critères pour traiter des questions de reconnaissance des droits des personnes de même sexe. Dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour a contraint l'Irlande du Nord à dépénaliser la sodomie parce que « dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques [homosexuelles] [...] appellent par elles-mêmes une répression pénale »¹³⁶. Symétriquement, pendant longtemps, « l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé entre les États contractants » pour ce qui concerne la reconnaissance juridique et judiciaire des partenariats de même sexe¹³⁷ a empêché l'adoption de la décision qui a finalement été rendue dans l'affaire *Oliari*.

¹³⁴ 478 U.S. 186 (1986).

¹³⁵ « [F]oreign practice only reinforces the impropriety of tinkering with the democratic process in this setting. The great majority of countries across the world [...] still adhere to the traditional definition of marriage. Even more telling, the European Court of Human Rights ruled only a few years ago that European human rights laws do not guarantee a right to same-sex marriage. *Schalk & Kopf v. Austria* [...]. 'The area in question,' it explained in words that work just as well on this side of the Atlantic, remains 'one of evolving rights with no established consensus,' which means that States must 'enjoy [discretion] in the timing of the introduction of legislative changes' [...]. Our Supreme Court relied on the European Court's gay-rights decisions in *Lawrence* [...]. What neutral principle of constitutional interpretation allows us to ignore the European Court's same-sex marriage decisions when deciding this case? If the point is relevant in the one setting, it is relevant in the other, especially in a case designed to treat like matters alike », *Deboer v. Snyder*, 722 F.3d 388,417, US. Court of Appeal, 6th. Cir., 2014.

¹³⁶ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 60.

¹³⁷ *Mata Estevez c. Espagne*, p. 4.

L'existence d'un consensus européen est souvent un facteur déterminant dans les décisions concernant la reconnaissance de certaines revendications en matière de droits des personnes homosexuelles. Cette attitude de la CEDH¹³⁸ illustre un certain respect pour le principe démocratique suggérant l'idée d'un organe judiciaire supranational qui n'entre dans les débats politiques internes que lorsque la majorité des parlements des États membres du CdE partagent déjà un même point de vue sur les droits en cause¹³⁹. On peut toutefois se demander si cette application *sui generis* d'un principe essentiellement majoritaire et quasi-démocratique est un mécanisme approprié pour traiter de droits typiquement contre-majoritaires, comme ceux des minorités sexuelles. Comme les requérants l'ont soutenu dans l'affaire *Oliari*, « [l]e rôle de la Cour [...] [peut-il] être réduit à celui de "comptable" des vues nationales majoritaires » ?¹⁴⁰ Ne devrait-il pas être « au contraire [...] un rôle de gardien de la Convention et de ses valeurs fondamentales, qui incluent la protection des minorités »¹⁴¹ ? De plus, l'approche du consensus européen présuppose une certaine uniformité des valeurs et des standards juridiques au sein des pays membres du CdE, alors que des différences significatives demeurent, en particulier, entre les pays européens de l'ouest et ceux de l'est¹⁴². L'approche

¹³⁸ Il est intéressant de noter que la notion de consensus « européen » n'a pas toujours été déterminante par le passé. Dans plusieurs affaires, la Cour s'est appuyée sur la notion de consensus « international » concernant, par exemple, les droits des personnes transgenres. « La Cour attache [...] moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés », CEDH, *I. c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, § 65 ; CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, § 85.

¹³⁹ Les États membres du Conseil de l'Europe sont de surcroît – au moins théoriquement – tous des démocraties consolidées.

¹⁴⁰ § 113 du jugement.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² La reconnaissance des droits des personnes LGBTQIA est un exemple criant des divisions qui traversent l'Europe. Même au sein du club très fermé de l'UE, à la fin de 2018, seuls des États de l'Europe de l'Est (Bulgarie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie) ne permettaient pas de partenariats enregistrés (ou de mariage homosexuel). V. « Unions civiles et partenariats enregistrés », site officiel de l'Union européenne, 11 déc. 2018, https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_en.htm. V. aussi J. DIAMANT, S. GARDNER, « In EU, there's a East-West divide over religious minorities, gay marriage, national identity », Pew Research Centre, 29 oct. 2018, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/10/29/east-west-divide-within-the-eu-on-issues-including-minorities-gay-marriage-and-national-identity/>; H. FENWICK, « Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe : driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis? », *European Human Rights Law Review*, 3 (2016), p. 249 ; De surcroît, les pays d'Europe centrale et orientale ont souvent des législations bien plus strictes au sujet des droits des personnes LGBTQIA. La législation russe interdisant « la propagande » homosexuelle a été considérée par la Cour de Strasbourg comme contraire aux articles 10 et 14 de la

mathématique, souvent implicite dans cet outil d'interprétation, peut aboutir à un entérinement supranational d'un niveau de protection inférieur en matière de droits humains lorsqu'il est partagé et soutenu par une majorité d'États membres. Le consensus européen, qui se situe comme un espace intermédiaire entre une large marge d'appréciation et une interprétation fortement dynamique de la Convention, a été appliqué à plusieurs reprises sur des sujets clivants. Il a été utilisé pour encourager la décriminalisation des rapports homosexuels¹⁴³, nier l'existence d'un droit au mariage homosexuel¹⁴⁴, ouvrir les partenariats enregistrés aux couples de même sexe¹⁴⁵, faire progresser la reconnaissance légale de la réaffectation du genre¹⁴⁶ et égaliser l'âge du consentement pour les relations homosexuelles et hétérosexuelles¹⁴⁷. L'utilisation du consensus peut être aussi perçue comme la tentative d'une cour internationale de renforcer sa propre légitimité devant les autorités nationales¹⁴⁸ ainsi qu'un outil favorisant l'application des jugements au niveau interne. En fait, l'instrument du « consensus européen » a été critiqué sous plusieurs angles¹⁴⁹, tels que (a) la composante intrinsèquement sélective du mécanisme, (b) l'exhaustivité limitée de l'enquête comparative menée pour évaluer l'existence d'un consensus, et (c) l'approche finalement passive d'une Cour qui approuve les changements juridiques au niveau national, sans pour autant les déclencher. Le mantra du consensus européen semble ainsi cacher une attitude défensive de la CEDH, qui n'apparaît pas conciliable avec l'idée audacieuse par définition d'une cour de droits de l'homme.

Convention, CEDH, *Bayev et autres c. Russie*, 20 juin 2017. V. aussi l'arrêt CEDH, *Alekseyev c. Russie*, 21 oct. 2010, dans lequel la Cour a jugé à l'unanimité que l'interdiction d'organiser une *gay pride* à Moscou était une violation des articles 11, 13 et 14 de la Convention. V. aussi plus récemment, le cas similaire, *Alekseyev et autres c. Russie*, 27 nov. 2018.

¹⁴³ V. *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 61 ; CEDH, *Norris c. Irlande*, 26 oct. 1988, § 46.

¹⁴⁴ *Schalk et Kopf c. Autriche*, § 63 ; CEDH, *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juil. 2014, où la Cour a réaffirmé qu'« on ne peut pas dire qu'il existe au niveau européen un consensus sur l'autorisation du mariage homosexuel », § 74 ; *Chapin et Charpentier c. France*, § 39.

¹⁴⁵ *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 91.

¹⁴⁶ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 84 ; V. aussi CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juil. 1998. Bien que cela n'ait pas été un facteur déterminant, la Cour note l'émergence d'un consensus entre les États contractants du Conseil de l'Europe sur l'octroi d'une reconnaissance juridique suite à un changement de genre ; § 35.

¹⁴⁷ CEDH, *L. et V. c. Autriche*, 9 janv. 2003, § 50.

¹⁴⁸ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, *op. cit.*

¹⁴⁹ P. JOHNSON, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, *op. cit.*, p. 77 et 80.

V. ÉPILOGUE

A. – *Quelles perspectives pour le futur ?*

La jurisprudence en matière de reconnaissance des couples de personnes de même sexe, inaugurée par la CEDH en 2015 avec l'affaire *Oliari*, représente un développement significatif pour la Cour de Strasbourg. Avec cette décision, la Cour a affirmé pour la première fois que le défaut d'une reconnaissance juridique pour les couples de même sexe peut constituer une violation des obligations positives des États au titre de la Convention. Bien qu'innovante, cette jurisprudence soulève des questions quant à son applicabilité future à d'autres États membres du Conseil de l'Europe – en particulier des États non membres de l'Union européenne – qui ne fournissent toujours pas de cadre juridique pour « la reconnaissance et la protection » des unions de même sexe. Dans l'arrêt *Oliari*, la Cour reconnaît implicitement que près de la moitié des États contractants se trouvait dans cette situation en 2015 et cette affirmation est substantiellement encore valable¹⁵⁰. Il y a au moins deux raisons de douter que la Cour suivra la jurisprudence *Oliari* dans des affaires similaires concernant d'autres pays : l'une résulte de la formulation de l'arrêt lui-même et l'autre de l'attitude plus récente que la Cour a adopté au niveau international. Toutefois, il existe également une explication potentiellement alternative suggérant que l'application de la jurisprudence *Oliari* pourrait être *sic et simpliciter* une conséquence inévitable du droit à une vie familiale gay, reconnu par la Cour depuis 2010.

1. En se concentrant ouvertement sur l'expérience italienne, le cas semble avoir peu de validité réelle en dehors de ce contexte national spécifique. L'arrêt fait constamment référence au législateur italien, à la Cour constitutionnelle italienne et à la situation sociale spécifique de l'Italie. Il est incertain que la CEDH puisse parvenir au même résultat dans un pays dont les juridictions nationales ainsi que l'opinion publique présentent une orientation différente par rapport à la reconnaissance juridique des couples de même sexe. En outre, le choix de ne pas considérer l'article 8

¹⁵⁰ Les données disponibles en mai 2019 montrent que 27 des 47 États membres du CdE ont mis en place une quelconque forme de reconnaissance juridique (partenariat civil ou mariage) pour les couples de même sexe (le Monténégro s'ajoutera à la liste en 2021). Il en résulte que 20 pays membres ne prévoient encore aucune reconnaissance. Ils étaient 23 au moment du jugement *Oliari* en 2015. M. LIPKA, D. MASCI, « Where Europe stands on gay marriage and civil unions », 30 mai 2019, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/05/30/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civilunions/>.

conjointement avec l'article 14 de la Convention¹⁵¹, et la lecture restrictive du jugement – soulignée dans l'opinion concordante¹⁵² – donne l'impression d'un jugement conçu sur-mesure pour le contexte italien. L'arrêt *Orlandi* rendu deux ans plus tard, en 2017, semble confirmer cette interprétation. Dans ce sens il sera particulièrement intéressant de voir quel sera le jugement de la Cour dans l'affaire pendante *Fedotova c. Russie*¹⁵³, qui présente des similitudes notables avec l'arrêt *Oliari* mais dans un contexte social et politique radicalement différent¹⁵⁴.

2. La Cour semble de moins en moins disposée à confronter les États membres sur des questions très clivantes, y compris en matière de droits des personnes homosexuelles. La CEDH a fait certainement preuve de courage par le passé, tant pour définir les questions liées à l'orientation sexuelle en termes de droits humains que pour sensibiliser les sociétés européennes aux droits des minorités sexuelles. Même comparée à un tribunal national influent comme la Cour suprême des États-Unis, la Cour européenne des droits de l'homme a pendant longtemps été à la tête du discours sur les droits des personnes LGBTQIA au niveau international. Néanmoins, comme cela a été souligné, cette dynamique s'est inversée et la seconde a dépassé la première en termes d'audace au sujet de la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles comme l'arrêt *Obergefell v. Hodges* en témoignait

¹⁵¹ V. G. ZAGO, « A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals ? A commentary on *Oliari v Italy* », *op. cit.* ; P. JOHNSON, « Ground-breaking judgment of the European Court of Human Rights in *Oliari and Others v. Italy: same-sex couples in Italy must have access to civil unions/registered partnerships* », *op. cit.*

¹⁵² « Nos collègues prennent soin de limiter leur constatation de l'existence d'une obligation positive de l'Italie et de fonder leur conclusion sur une combinaison de facteurs qu'on ne trouve pas nécessairement dans d'autres États contractants ». Opinion concordante du jugement, § 10.

¹⁵³ CEDH, *Fedotova et Shipitko c. Russie*, communiquée 2 mai 2016. V. C. SIMSEK, « Is there a positive obligation on Russia to legalise same-sex unions under the European Convention on Human Rights? The communicated case of *Fedotova and Shipitko v. Russia* », *Völkerrechtsblog*, 21 sept. 2016, doi: 10.17176/20180522-183115. De même, il existe également plusieurs affaires pendantes contre la Pologne ou la Roumanie concernant le refus de reconnaître le mariage homosexuel et les partenariats civils. CEDH, *Formela c. Pologne*, communiqué 20 juin 2020 ; CEDH, *Handzlik-Rosul et Rosul c. Pologne*, communiqué 20 juin 2020 ; CEDH, *Przybyszewska c. Pologne*, communiqué 20 juin 2020 ; CEDH, *Szypula c. Pologne*, communiqué 20 juin 2020 ; CEDH, *Buhuceanu et Ciobotaru c. Roumanie*, communiqué 16 janv. 2020.

¹⁵⁴ Un sondage réalisé en 2017 par le Pew Research Center indique, par exemple, que seulement 5% de la population russe est favorable aux mariages homosexuels, ce qui représente l'un des niveaux les plus bas de l'Europe centrale et orientale, déjà traditionnellement plus conservatrice sur le plan de la morale et des questions sociales. Pew Research Center, « *Religious Belief and National Belonging in Central and Eastern Europe: National and religious identities converge in a region once dominated by atheist regimes* », 10 mai 2017, p. 107, <https://www.pewforum.org/2017/05/10/religious-belief-and-national-belonging-in-central-and-eastern-europe/>.

déjà en 2015¹⁵⁵. Et s'il peut être discutable de comparer la CEDH à une juridiction suprême ou constitutionnelle nationale, l'orientation adoptée récemment par la Cour interaméricaine des droits de l'homme en faveur de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels¹⁵⁶ semble prouver cette intuition ainsi que le rôle de plus en plus timide de la Cour de Strasbourg à ce sujet.

3. Il existe toutefois au moins un élément en faveur de l'applicabilité future de la jurisprudence *Oliari*. Depuis l'affaire *Schalk et Kopf*, le fondement argumentatif pour la protection des unions homosexuelles stables et engagées est passé de la reconnaissance d'un droit à la *vie privée* à la reconnaissance d'un droit à la *vie familiale*. Il est passé du contenu typiquement négatif de la vie privée qui caractérisait la jurisprudence antérieure de la Cour (garantissant les droits des personnes homosexuelles surtout « *inside the closet* ») à la notion de vie familiale, qui se caractérise par une dimension publique et une reconnaissance sociale¹⁵⁷. Cette évolution, qui passe de l'abstention de l'État à son intervention, est nécessaire pour satisfaire la nouvelle obligation positive de reconnaissance juridique, qui est au cœur de l'idée même de protection de « vie familiale ». En ce sens, les affaires *Oliari* et, à sa suite, *Orlandi*, semblent être la conséquence logique de la jurisprudence initiée par la CEDH en 2010 et pleinement réalisée dans les années suivantes, reconnaissant un devoir concret pour les États de garantir le droit à une vie familiale *gay*.

B. – *Quel avenir pour le droit à une vie familiale « gay » ?*

En 1992, Kees Waaldijk suggérait un parcours en cinq étapes – ou « séquences standard » – que le processus de reconnaissance légale de

¹⁵⁵ M. MILANOVIĆ, « Living Instruments, Judicial Impotence, and the Trajectories of Gay Rights in Europe and in the United States », *EJIL: TALK!*, 23 juil. 2015, <http://www.ejiltalk.org/living-instruments-judicial-impotence-and-the-trajectories-of-gay-rights-in-europe-and-in-the-united-states/>.

¹⁵⁶ « Les États doivent garantir l'accès à toutes les institutions déjà existantes dans les systèmes juridiques internes, [y compris le mariage], afin de garantir la protection de tous les droits des familles formées de couples du même sexe, sans discrimination à l'égard de celles constituées de couples hétérosexuels ». Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Obligations des États en matière de changement de nom, d'identité de genre et droits dérivant d'un lien entre couples de même sexe*, opinion consultative OC-24/17, 24 nov. 2017, § 228.

¹⁵⁷ V. aussi L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *op. cit.* p. 179 ; S. L. COOPER, « Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights », *op. cit.* ; J. M. SCHERPE, « The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights », *The Equal Rights Review*, 10 (2013), pp. 83-91.

l'homosexualité suit traditionnellement au niveau national¹⁵⁸. Il est intéressant de noter que la Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle significatif dans chacune de ces étapes : (1) abrogation de l'interdiction de la sodomie¹⁵⁹; (2) égalisation des âges de consentement¹⁶⁰; (3) introduction d'une législation anti-discrimination¹⁶¹; (4) adoption de partenariats juridiques¹⁶²; et (5) reconnaissance de la parentalité homosexuelle¹⁶³.

¹⁵⁸ K. WAALDIJK, « Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe's Past, Present and Future », *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, 4 (1994), p. 50 et pp. 51-52.

¹⁵⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, § 61 ; *Norris c. Irlande*, § 46. Dès 1982, l'Irlande du Nord s'est conformée aux requêtes de la Cour. Quelques années plus tard, en 1993, l'Irlande a aussi décriminalisé l'homosexualité, se conformant à la décision de la CEDH.

¹⁶⁰ Comm. EDH, *Surtherland c. Royaume-Uni*, 1^{er} juil. 1997, §§ 60 et 66 ; V. également *L. et V. c. Autriche*, § 52.

¹⁶¹ CEDH, *Kozak c. Pologne*, 2 mars 2010, § 99 ; *Vallianatos et autres c. Grèce* ; La contribution de l'Union européenne et de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a été particulièrement significative en matière de lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi. J. H. BARRIE, « European Union Law and Gay Rights: Assessing the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive and Case Law on Employment Benefits for Registered Same-Sex Partnerships », *Journal of Civil Law Studies*, 6 (2013), p. 618. V. en particulier l'affaire C-267/06 de la CJUE, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1^{er} avr. 2008, au sujet du droit de recevoir une pension de réversion pour les partenaires enregistrés homosexuels. La CJUE a alors considéré que le déni de cette pension constituait une discrimination directe basée sur l'orientation sexuelle, si les époux survivants et les partenaires survivants sont dans une situation comparable au regard de cette pension. V. également l'affaire C-147/08 de la CJUE, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 mai 2011, au sujet de l'accès aux couples de même sexe en partenariats civil aux mêmes avantages sociaux attribués aux couples mariés. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne interdit explicitement toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle (art. 21) et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne contient des dispositions relatives à la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (art. 10 et 19). V. également le jugement de la CJUE en matière de liberté de circulation du 2018. La Cour a statué que, indépendamment de la reconnaissance de l'institution du mariage de personnes de même sexe dans un pays membre, le terme 'conjoint' au sens de droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (Directive 2004/38/CE), comprend aussi les conjoints de même sexe aux fins d'accorder un droit de séjour aux citoyens non-UE. CJUE, *Coman et autres c. Roumanie*, C-673/16, 5 juin 2018.

¹⁶² V. § 185 du jugement et *Vallianatos et autres c. Grèce*, § 91.

¹⁶³ Dans *E.B. c. France*, la Cour a renversé sa jurisprudence *Fretté* précédente en affirmant que « les autorités nationales ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention », CEDH, *E.B. c. France*, 22 janv. 2008, § 96 ; CEDH, *Fretté c. France*, 26 févr. 2002. La Cour a également jugé que l'Autriche avait violé l'art. 14 pris conjointement avec l'art. 8, parce qu'elle avait exclu l'adoption par le deuxième parent pour les partenaires de même sexe, alors que celle-ci était autorisée pour les partenaires hétérosexuels, v. CEDH, *X. et autres c. Autriche*, 19 févr. 2013, § 153. Dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 déc. 1999, la Cour a statué en faveur du requérant, un

Le mariage homosexuel était remarquablement absent de cette séquence. Près de dix ans se sont écoulés avant que les Pays-Bas, en 2001, deviennent le premier pays au monde à ouvrir l'institution du mariage aux couples homosexuels¹⁶⁴. Auparavant, aucun État n'avait envisagé cette possibilité. Le mariage homosexuel, comme le prévoyait Waaldijk, est devenu concevable « après qu'une première forme de "partenariat enregistré" a[il] été introduite avec certaines des conséquences juridiques du mariage »¹⁶⁵. Cela s'est révélé effectivement être le cheminement suivi.

En peu de temps, la tendance à étendre le mariage aux couples homosexuels s'est rapidement développée au niveau mondial¹⁶⁶. Dans ce domaine juridique en forte évolution, les demandes supranationales de reconnaissance des partenariats civils au niveau national, comme celles avancées par la CEDH avec la jurisprudence *Oliari*, pourraient paradoxalement ralentir ce processus. Le risque est en fait d'offrir des arguments aux acteurs nationaux – comme la Cour constitutionnelle italienne – qui soutiennent la permanence de régimes différenciés entre couples hétérosexuels et homosexuels¹⁶⁷. Toutefois, sur le long terme, il sera

père homosexuel, qui se plaignait que les autorités nationales aient accordé la responsabilité parentale à son ex-femme au seul motif de son orientation sexuelle, §§ 35-36.

¹⁶⁴ K. WAALDIJK, « Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands », *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, R. WINTEMUTE, M. ANDENAS (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 437.

¹⁶⁵ K. WAALDIJK, « Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe's Past, Present and Future », *op. cit.*, p. 65.

¹⁶⁶ Les pays européens qui ont suivi l'exemple des Pays-Bas dans les années suivantes sont : Belgique (2003), Espagne (2005), Norvège (2009), Suède (2009), Islande (2010), Portugal (2010), Danemark (2012), France (2013), Angleterre (2014), Luxembourg (2015), Irlande (2015), Finlande (2017), Malta (2017), Allemagne (2017), et l'Autriche a suivi en janvier 2019 en vertu d'un jugement de la Cour Suprême du 5 déc. 2017. Au niveau mondial, les États suivants ont suivi l'exemple néerlandais : Canada (2005), Afrique du Sud (2006), Argentine (2010), certains États mexicains (à partir de 2010), Brésil (2013), Nouvelle Zélande (2013), Uruguay (2013), États-Unis d'Amérique (2015), Colombie (2016), Australie (2017), Taïwan (2017) et plus récemment l'Équateur (2019). Le Costa Rica a également légalisé le mariage pour les couples homosexuels le 26 mai 2020.

¹⁶⁷ Dans le jugement 170/2014, la Cour constitutionnelle italienne a rappelé l'affaire *Schalk et Kopf* à l'appui de l'inexistence d'un droit au mariage homosexuel et pour souligner le pouvoir discrétionnaire laissé – en l'absence d'un consensus européen – aux autorités législatives nationales afin de reconnaître « de possibles formes de protection pour les couples de même sexe. » § 5.3. « C'est au pouvoir législatif d'introduire une forme alternative (et différente du mariage) qui autoriserait le couple à éviter la transition depuis une condition de protection maximale vers un statut, en ce sens, d'absolute indetermination. » § 5.6. Le Conseil d'État italien (4547/2015, 26 oct. 2015), pour nier la légitimité de la transcription des mariages homosexuels conclus à l'étranger, a précisément rappelé la jurisprudence *Oliari* : « La Cour de Strasbourg a expressément et clairement nié l'existence, et ainsi, a fortiori, la violation de ce (prétendu) droit [au mariage], requérant seulement de l'État la fourniture d'une protection légale en faveur des unions de même sexe (mais, là encore, reconnaissant une marge d'appréciation, quoique plus limitée, sur la déclinaison de ses

difficile de défendre l'existence d'institutions séparées comme étant non discriminatoire lorsque les couples sont traités différemment sur la seule base de leur orientation sexuelle¹⁶⁸. Finalement, dans *Vallianatos*, la Cour a affirmé que quand une institution est créée, comme le partenariat civil, elle doit être également accessible aux couples homosexuels¹⁶⁹. Pourquoi ne pas transposer ce raisonnement au mariage également ? Surtout en considérant le rôle que la Cour de Strasbourg a joué dans le dépassement de la dimension factuelle dans la reconnaissance des droits individuels, en favorisant progressivement le passage « *from facts to feelings* »¹⁷⁰.

S'il appartient au législateur d'introduire l'éventail des choix juridiques ouverts aux couples, il appartient alors aux différentes juridictions, tant au niveau national que supranational, de vérifier si une telle différenciation entre couples de sexe différent et de même sexe doit être considérée comme discriminatoire au regard du principe, constitutionnel et conventionnel, d'égalité¹⁷¹.

Depuis *Christine Goodwin* en 2002, la CEDH n'a pas considéré le potentiel procréatif comme un prérequis nécessaire au droit au mariage¹⁷².

formes et son intensité) ». Le même jugement a considéré l'art. 29 de la Constitution italienne sur le droit de se marier une « barrière insurmontable ». § 2. 5.

¹⁶⁸ Cela semble être aussi le raisonnement à la base de plusieurs développements nationaux comme au Danemark, en Norvège et en Suède, qui ont ouvert le mariage aux couples homosexuels et symétriquement aboli les partenariats civils. V. J. M. SCHERPE, « The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 86. La restriction du mariage aux couples hétérosexuels a été considérée comme une violation des dispositions sur l'égalité de la Charte canadienne des droits et libertés par plusieurs cours nationales, ouvrant la voie à l'adoption de la Loi sur le mariage civil par le Parlement du Canada en 2005 (L. C. 2005, ch. 33, *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil*, 20 juil. 2005) ; D. GUTIERREZ, « Gay Marriage in Canada: Strategies of the Gay Liberation Movement and the Implications it will have on the United States », *New England Journal of International and Comparative Law*, 10 (2004), p. 175 et 228. V. également V. VALENTI, « Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Same-Sex Marriage. A Comparison Between United States and European Case Law », *General Principles of Law – The Role of the Judiciary, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, L. PINESCHI (dir.), Cham, Springer, 2015, p. 215 ; v. S. RODOTÀ, « Diritto d'amore », Bari, Laterza, 2015, p. 47.

¹⁶⁹ *Vallianatos et autres c. Grèce*.

¹⁷⁰ V. V. VOLPE, « From Facts to Feelings. LGBT Identities before European Courts », à paraître.

¹⁷¹ R. WINTEMUTE, « International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships », *Quinnipiac Law Review*, 23 (2014), p. 577.

¹⁷² Dans *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, la Cour a affirmé que « par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, ce second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi priver le couple du droit visé par la première branche de la disposition en cause ». § 98. V. également *I. c. Royaume-Uni*, § 78. Note est faite de l'approche diamétralement opposée de la Cour constitutionnelle italienne sur ce sujet dans la décision 138/2010 (v. *supra* section I du chapitre) qui semble isolée en comparaison avec la jurisprudence des autres cours constitutionnelles et suprêmes, telles que la Cour constitutionnelle

En 2010, *Schalk et Kopf* a affirmé le droit au respect de la vie familiale pour les couples homosexuels. Trois ans plus tard, la Cour a ouvert les partenariats enregistrés aux unions de même sexe dans l'affaire *Vallianatos*. Finalement, avec *Oliari* en 2015, la Cour a imposé la création d'un cadre juridique pour « la reconnaissance et la protection » des unions homosexuelles, confirmant cette obligation avec l'arrêt *Orlandi* en 2017. Compte tenu de cette tendance de la jurisprudence, il n'est pas impossible d'imaginer un avenir dans lequel l'article 12 de la Convention sera interprété comme protégeant aussi le droit au mariage homosexuel, complétant ainsi le droit à une vie familiale « gay » garanti par l'article 8¹⁷³.

Partout dans le monde occidental « une tendance générale de progrès semble se dessiner ; là où il y a un changement juridique, c'est un changement pour le mieux. Les pays n'avancent pas tous au même moment et certainement pas à la même vitesse, mais ils avancent dans la même direction – en avant »¹⁷⁴. Il n'y a aucune raison de penser que cette tendance, visible tant au niveau international qu'au niveau national, s'inversera bientôt. Les données démographiques renforcent cette prédiction ; partout les jeunes constituent le segment de la population le plus favorable au mariage homosexuel¹⁷⁵. Les cours supranationales, telles que la

portugaise (v. *supra* section III.A.1) ou la Cour suprême des États-Unis d'Amérique. Dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*, (v. *supra*, n. 130) la Cour suprême des États-Unis a clairement affirmé comment « le droit au mariage [n'] est [pas] moins significatif pour ceux qui n'ont ou ne peuvent pas avoir d'enfants. La capacité, désir ou promesse de procréer n'est pas, et n'a jamais été un prérequis à la validité d'un mariage, quelque soit l'État concerné. À la lumière de la jurisprudence protégeant le droit d'un couple marié à ne pas procréer, il ne peut être dit que la Cour ou les États ont conditionné le droit au mariage à la capacité ou à l'engagement à procréer. Le droit constitutionnel au mariage a de nombreux aspects, et la procréation n'en est qu'un ».

¹⁷³ Il est remarquable que la CEDH dans l'affaire *Orlandi* (tout comme aussi auparavant dans l'affaire *Schalk et Kopf*) suggère implicitement une possible évolution jurisprudentielle en matière de droit au mariage homosexuel. Cela est particulièrement évidente dans la version anglaise du jugement où la Cour affirme : « States are *still* free [...] to restrict access to marriage to different-sex couples » (emphase ajoutée). Comme il a été remarqué aussi dans l'opinion dissidente des juges PEJCHAL et WOJTYCZEK : « This suggests the Court intends to revise this view in the future ». CEDH, *Orlandi et autres c. Italie*, opinion dissidente, § 6.

¹⁷⁴ K. WAALDIJK, « Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe's Past, Present and Future », *op. cit.*, p. 51.

¹⁷⁵ Dans l'enquête menée par Eurobarometer en 2015, dans les 28 pays de l'Union européenne, plus de 20 points séparaient le groupe d'âge des 15-24 ans (dans l'absolu le plus favorable à la reconnaissance des droits des personnes LGBTQIA), du groupe des « 55+ » sur la question du mariage homosexuel. L'affirmation « les mariages entre personnes de même sexe devraient être autorisés dans toute l'Europe » obtint respectivement l'assentiment de 73% et 50% des groupes susmentionnés). V. Special Eurobarometer 437, « Report Discrimination in the EU in 2015 », oct. 2015, p. 51. L'Italie est en ligne avec les données européennes pour ce qui concerne le groupe d'âge en-dessous de 30 ans dans la mesure où 75% des interviewés a répondu que les couples de même sexe devraient être autorisés à se marier légalement, un nombre significativement plus haut que le groupe d'âges compris entre 45 et 54 (55%) et le groupe d'âge de plus de 65 (33%).

Cour européenne des droits de l'homme, auront également un rôle à jouer dans ce processus¹⁷⁶, en s'appuyant probablement sur le potentiel de transformation du « consensus européen » qui a été utilisé de manière considérablement constante par la Cour en matière de droits des personnes LGBTQIA et surtout de droits de couple de même sexe. Lorsqu'une majorité d'États membres aura introduit le mariage homosexuel, la Cour sera potentiellement en mesure de « boucler la boucle », guidant les États restants qui s'y opposent vers l'alignement de leur législation nationale sur des standards plus élevés en matière de droits humains, tout comme elle l'a fait concernant les unions de même sexe depuis 2015.

Demos & Pi, « Atlante Politico – Gli italiani e il matrimonio gay », juin 2015, <http://www.demos.it/a01147.php?ref=HREC1-9>. De même, aux États-Unis, les “Millennials” (les personnes nées entre 1981 et 1996) sont la génération la plus favorable au mariage homosexuel (74% se déclarent en faveur de ce dernier en 2019), confirmant encore une fois des chiffres qui se révèlent constants (>70%) pour cette classe d'âge dans l'ensemble du monde occidental. Pew Research Center, « Attitudes on Same-Sex Marriage », 14 mai 2019, <https://www.pewforum.org/fact-sheet/changing-attitudes-on-gay-marriage/>.

¹⁷⁶ « Il faut s'attendre à ce qu'à long terme, certaines cours internationales ou organes de défense des droits de l'homme commencent à appliquer ces deux principes [le droit au respect de la vie privée et l'interdiction de la discrimination] également aux revendications selon lesquelles le mariage ne devrait pas être le privilège exclusif des couples de sexe différent ». K. WAALDIJK, « Same-Sex Partnership, International Protection », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, § 33. V. récemment l'opinion consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Articles et chapitres d'ouvrages

ALICINO, F., « Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015 <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/07/alicino.pdf>, pp. 1-11.

ID., « The Road to Equality. Same-Sex Relationships within the European Context : The Case of Italy », *SOG Working Papers*, 25 (2015), pp. 1-50.

BARRERO ORTEGA, A., « El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿Derecho fundamental u opción legislativa? », *Revista de Estudios Políticos*, 163 (2014), pp. 41-66.

BARRIE, J. H., « European Union Law and Gay Rights: Assessing the Equal Treatment in Employment and Occupation Directive and Case Law on Employment Benefits for Registered Same-Sex Partnerships », *Journal of Civil Law Studies*, 6 (2013), pp. 616-652.

BIANCHI, P., « La corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso », *Giurisprudenza Italiana*, 2010, pp. 537-542.

BRUNELLI, G., « Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto », *Forum di Quaderni Costituzionali*, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/Sent.-170-del-2014-Brunelli_0011.pdf, pp. 1-5.

CAPOTOSTI, P. A., « Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010 », *Quaderni Costituzionali*, 2 (2010), pp. 1-6.

CAREDDA, V., « Matrimonio "misto": efficacia e trascrivibilità », *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 10 (2018), pp. 14-36.

CIAMMARICONI, A., « Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese », *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2 (2010), pp. 676-698.

CIPRIANI, N., « Le Unioni Civili », *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, R. PANE (dir.), Naples, Esi, 2017, pp. 39-60.

COOPER, S. L., « Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights », *German Law Journal*, 12 (2011), pp. 1746-1763.

CRIVELLI, E., « Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, pp. 1-13.

D'ALOIA, A., « Omosessualità e Costituzione, La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale », *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN *et alii* (dir.), Turin, Giappichelli, 2010, pp. 1-10.

DAL CANTO, F., « La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138) », *Foro Italiano*, 1 (2010), pp. 1369-1375.

ID. « Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza », *Rivista AIC*, 2010, pp. 1-21

DIAMANT, J., GARDNER, S., « In EU, there's a East-West divide over religious minorities, gay marriage, national identity », Pew Research Centre, 29 oct. 2018, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/10/29/east-west-divide-within-the-eu-on-issues-including-minorities-gay-marriage-and-national-identity/>.

ESKRIDGE Jr., W. N., « United States : *Lawrence v. Texas* and the imperative of comparative constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004), pp. 555-560.

FERRARI, D., « La Corte costituzionale e il Conseil Constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali », *Politica del Diritto*, 2-3 (2012), pp. 495-520.

FIDALGO DE FREITAS, T., TEGA, D., « Judicial Restraint and Political Responsibility : A Review of the Jurisprudence of the Italian, Spanish and Portuguese High Courts on Same-Sex Couples », *Same-Sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (dir.), Heidelberg, Springer, 2014, pp. 287-317.

GUTIERREZ, D., « Gay Marriage in Canada: Strategies of the Gay Liberation Movement and the Implications it will have on the United States », *New England Journal of International and Comparative Law*, 10 (2004), pp. 175-228.

HELPER, L. R., VOETEN, E., « International Courts as Agents of Legal Change : Evidence from LGBT Rights in Europe », *International Organization*, 68 (2014), pp. 1-34.

HODSON, L., « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *Human Rights Law Review*, 11 (2011), pp. 170-179.

IORIO, G., « Il disegno di legge sulle “unioni civili” e sulle “convivenze di fatto”: appunti e proposte sui lavori in corso », *Le nuove leggi civili commentate*, 5 (2015), pp. 1014-1029.

JOHNSON, P., « “An Essentially Private Manifestation of Human Personality”: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, 10 (2010), pp. 67-97.

LECIS COCCO ORTU, A. M., « Same-sex unions in Italy: a European obligation? », *Current social and legal challenges for a changing Europe*, C. BENLLOCH DOMENECH, P. J. PÉREZ ZAFRILLA, J. SARRION ESTEVE (dir.), Comares, 2013, pp. 1-233.

LIPKA, M., MASCI, D., « Where Europe stands on gay marriage and civil unions », 30 mai 2019, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/05/30/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civilunions/>.

MARIOTTI, L., « La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani », *Giurisprudenza italiana*, 2 (2013), pp. 1-13.

MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y constitución*, Valence, Tirant lo Blanch, 2008.

MARTINS, R., « Same-sex partnerships in Portugal. From de facto to de jure? », *Utrecht Law Review*, 4/2 (2008), pp. 194-211.

MARZANO, V. J., « Oliari and the European Court of Human Rights: Where the Court Failed », *Pace International Law Review*, 29 (2017), pp. 1-39.

MASSA PINTO, I., TRIPODINA, C., « “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*, 1-2 (2010), pp. 471-494.

MATIA PORTILLA, F. J., « Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional : un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo », *Revista General de Derecho Constitucional*, 15 (2012), pp. 1-21.

MILANOVIC, M., « Living Instruments, Judicial Impotence, and the Trajectories of Gay Rights in Europe and in the United States », *EJIL: TALK!*, 2 3 juil. 2015, <http://www.ejiltalk.org/living-instruments-judicial-impotence-and-the-trajectories-of-gay-rights-in-europe-and-in-the-united-states/>.

PASSAGLIA, P., « Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica », *Foro Italiano*, 5 (2010), pp. 273-277.

PEZZINI, B., « Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale », *Giurisprudenza Italiana*, 1 (2010), pp. 1-13.

PITEA, C., TOMASI, L., « Art 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare », *Commentario Breve alla Cedu – Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (dir.), Padoue, CEDAM, 2012, pp. 297-370.

PINARDI, R., « La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione », *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 11 (2010), pp. 527-536.

PRESNO LINERA, M. Á., « El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada », *Revista de derecho constitucional Europeo*, 19 (2013), pp. 403-432.

POLGARI, E., « European Consensus: A Conservative and a Dynamic Force in European Human Rights Jurisprudence », *ICL Journal*, 12/1 (2018), pp. 59-84.

PUGIOTTO, A., « Una lettura non reticente della sent. n° 138/2010 : il monopolio eterosessuale del matrimonio », *Scritti in onore di Franco Modugno*, Naples, Editoriale scientifica, 2011, pp. 2697-2722.

PUPPINCK, G., « The dilution of the family in human rights: Comments on *Vallianatos* and other ECHR cases on “family life” », *EJIL: TALK!*, 25 mars 2014, <http://www.ejiltalk.org/the-dilution-of-the-family-in-human-rights-comments-on-vallianatos-and-other-echr-cases-on-family-life/>.

RAGONE, S., « El matrimonio homosexual en Europa entre Derecho Político y Derecho Jurisprudencial. Reflexiones a raíz de la reciente Jurisprudencia comparada », *Foro N°16, Revista De Ciencias Jurídicas Y Sociales, Nueva Época 2*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 16/ 1 (2013), pp. 241-261.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., « Matrimonio, género y familia en la Constitución Española: trascendiendo la familia nuclear », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), pp. 69-102.

ROMBOLI, R. « Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio », *Foro Italiano*, 2 (2010), pp. 1361-1372.

ID., « 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, pp. 1-13.

RUDAN, D., « Unioni civili registrate e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: il caso *Vallianatos* », *Diritti umani e diritto internazionale*, 8 (2014), pp. 232-236.

SCAGLIARINI, S., « Un'opportuna sollevazione di questioni infondate », *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN *et alii* (dir.), Turin, Giappichelli, 2010, pp. 345-349.

SCHERPE, J. M., « The Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe and the Role of the European Court of Human Rights », *The Equal Rights Review*, 10 (2013), pp. 83-96.

SCHILLACI, A., « Le unioni civili in Senato: diritto parlamentare e lotta per il riconoscimento? », *Genius*, 2 (2016), pp. 18-45.

SESTA, M., « La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare », *Famiglia e diritto*, 10 (2016), pp. 881-888.

SIMÕES AZEVEDO BRANDAÕ, A. M., MACHADO, T. C., « How equal is equality? Discussions about same-sex marriage in Portugal », *Sexualities*, 15 (2012), pp. 662-678.

SIMSEK, C., « Is there a positive obligation on Russia to legalise same-sex unions under the European Convention on Human Rights? The communicated case of Fedotova and Shipitko v. Russia », *Völkerrechtsblog*, 21 sept. 2016.

SPADARO, A., « Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpena – o serve una legge di revisione costituzionale? », *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2016, pp. 1-21.

SORDA, E., « Same-sex marriage: il caso portoghese », *IANUS*, 4 (2011), pp. 173-194.

TRISPIOTIS, I., « Discrimination and Civil Partnerships: Taking “Legal” out of Legal Recognition », *Human Rights Law Review*, 14 (2014), pp. 343-358.

VALENTI, V., « Principle of Non-Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Same-Sex Marriage. A Comparison Between United

States and European Case Law », *General Principles of Law – The Role of the Judiciary, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, L. PINESCHI (dir.), Cham, Springer, 2015, pp. 215-242.

VERONESI, P., « Matrimonio omosessuale, ovvero: “È sorprendente per quanto tempo si può negare l’evidenza, di fronte a certe cose” », *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, R. BIN *et alii* (dir.), Turin, Giappichelli, 2010, p. 377.

VOLPE, V., « La Corte europea dei diritti dell’uomo e l’indipendenza del potere giudiziario », *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1 (2015), pp. 43-51.

WAALDIJK, K., « Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality – Europe’s Past, Present and Future », *Australasian Gay and Lesbian Law Journal*, 4 (1994), pp. 50-72.

ID., « Small Change: How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands », *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, R. WINTEMUTE, M. ANDENAS (dir.), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 437-464.

ID., « Same-Sex Partnership, International Protection », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, pp. 1125-1133.

WINKLER, M. M., « Italy’s Gentle Revolution: The New Law on Same-Sex Partnerships », *The Digest - National Italian American Bar Association (NIABA) Law Journal*, 25 (2017), pp. 1-31.

WINTEMUTE, R., « International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships », *Quinnipiac Law Review*, 23 (2014), pp. 577-595.

ZAGO, G., « A victory for Italian same-sex couples, a victory for European homosexuals? A commentary on Oliari v Italy », *Articolo 29*, 2015, pp. 1-15.

Ouvrages

BARSOTTI, V., CAROZZA, P. G., CARTABIA, M., SIMONCINI, A., *Italian constitutional justice in global context*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

CASSESE, S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Rome, Donzelli, 2009.

D’ALTERIO, E., *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milan, Giuffrè, 2010.

DUARTE D'ALMEIDA, L., PAMPLONA CÔRTE-REAL, C., MOREIRA, I., *O Casamento entre Pessoas Do Mesmo Sexo*, Edições Almedina, Coimbra, 2008.

DZEHTSIAROU, K., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

MASTROMARTINO, F., *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Naples, Editoriale scientifica, 2013.

PEZZINI, B., LORENZETTI A. (dir.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive*, Naples, Jovene, 2011.

SANTOS, D., *Mudam-se os tempos, mudam-se os casamentos? O casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SCHILLACI, A., *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, coll. « Studi Superiori », Rome, Carocci, 2014 .

SPERTI, A., *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford-Portland, Hart, 2017.

Arrêts

Cour européenne des droits de l'homme

Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, 28 mai 1985

Affaire « Relative à Certains Aspects du Régime Linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (Au Principal), 23 juil. 1968

Broniowski c. Pologne, 22 juin 2004

Chapin et Charpentier c. France, 9 juin 2016

Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juil. 2002

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 oct. 1981

E.B. c. France, 22 janv. 2008

Elsholz c. Allemagne, 13 juil. 2000

Fedotova et Shipitko c. Russie, communiquée 2 mai 2016

Fretté c. France, 26 févr. 2002

I. c. Royaume-Uni, 11 juil. 2002

Johnston et autres c. Irlande, 18 déc. 1986
K.U. c. Finlande, 2 déc. 2008
Keegan c. Irlande, 26 mai 1994
Kerkhoven et Hinke c. Pays-Bas, 19 mai 1992
Kozak c. Pologne, 2 mars 2010
Marckx c. Belgique, 13 juin 1979
Mata Estevez c. Espagne, 10 mai 2001
Oliari et autres c. Italie, 21 juil. 2015
Orlandi et autres c. Italie, 14 déc. 2017
P.B. et J.S. c. Autriche, 22 juil. 2010
Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 déc. 1999
Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010
Sutherland c. Royaume-Uni, 1^{er} juil. 1997
Vallianatos et autres c. Grèce, 7 nov. 2013
X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985
X. c. République fédérale d'Allemagne, 30 sept. 1975
X. et autres c. Autriche, 19 févr. 2013
X. et Y. c. Royaume-Uni, 3 mai 1983

Cour interaméricaine des droits de l'homme

Obligations des États en matière de changement de nom, d'identité de genre et droits dérivant d'un lien entre couples de même sexe, opinion consultative OC-24/17, 24 nov. 2017

Cours nationales

Espagne

Cour constitutionnelle espagnole, arrêt 198/2012

États-Unis

US Supreme Court, 478 U.S. 186 (1986)

US Supreme Court, 539 U.S. 558 (2003)

US Supreme Court 576 U.S (2015)

US. Court of Appeal, 6th. Cir., *Deboer v. Snyder*, 722 F.3d 388,417, 2014

France

Conseil constitutionnel français, décision 2013-669

Cour de cassation, décision 05-16627, 13 mars 2007

Italie

Cour constitutionnelle italienne, arrêt 138/2010

Cour constitutionnelle italienne, arrêt 170/2014

Cour constitutionnelle italienne, arrêt 276/2010

Cour de cassation italienne, jugement 2400, 9 févr. 2015

Cour de cassation italienne, jugement 8097, 21 avr. 2015

Portugal

Cour constitutionnelle portugaise, arrêt 359/2009

Cour constitutionnelle portugaise, arrêt 121/2010

Résolutions, recommandations et rapports

Conseil de l'Europe, Recommandation 1474 (2000), *Situation des lesbiennes et des gays dans les États membres du Conseil de l'Europe*, 30 juin 2000

Conseil de l'Europe, 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, 31 mars 2010

Conseil de l'Union européenne, Directive 2003/86/EC *relative au droit au regroupement familial*, 22 sept. 2003

France, Assemblée parlementaire, Résolution 1728 (2010), *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre*, 29 avr. 2010

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Directive 2004/38/EC *relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*, 29 avr. 2004

Pew Research Center, « Attitudes on Same-Sex Marriage », 14 mai 2019, <https://www.pewforum.org/fact-sheet/changing-attitudes-on-gay-marriage/>.

Pew Research Center, « *Religious Belief and National Belonging in Central and Eastern Europe: National and religious identities converge in a region once dominated by atheist regimes* », 10 mai 2017, <https://www.pewforum.org/2017/05/10/religious-belief-and-national-belonging-in-central-and-eastern-europe/>.