

Doctrine

LE DROIT DE LA FAMILLE REVU ET CORRIGÉ PAR LES JUGES DES DROITS HUMAINS. RÉFLEXIONS SUR LA DIVERSITÉ DES STRATÉGIES JURIDICTIONNELLES ET LES ENJEUX DU DIALOGUE INTERJURIDICTIONNEL AU DÉPART DU CAS DU MARIAGE HOMOSEXUEL*

Geoffrey WILLEMS

Professeur à l'UCLouvain

Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine (CEFAP)

RÉSUMÉ

Au cours des quinze dernières années, la Cour européenne, la Cour suprême des États-Unis et la Cour interaméricaine des droits de l'homme se sont, toutes trois, prononcées sur la question du mariage homosexuel. La Cour de Strasbourg n'a pas, à ce stade, osé affirmer le droit au mariage, contrairement à ses homologues (inter)américaines. L'article propose une analyse comparée des décisions rendues par les trois juridictions : celle-ci met en évidence, par-delà les différences (évidentes et incontestables) entre les ordres juridiques considérés,

* Cet article a été initialement rédigé pour un numéro spécial de la revue *Oñati Socio-Legal Series* dirigé par Jean De Munck (UCLouvain) et Olivier Struelens (UCLouvain) et consacré à « [l]a transnationalisation du droit familial ». Il y est publié dans une version anglaise. La revue peut être consultée en ligne à l'adresse <https://opo.iisj.net/index.php/osls>. La version française du texte est publiée exclusivement dans cette livraison de la *Revue de droit international et de droit comparé*. La rédaction a été achevée au printemps 2020.

Revue de droit international et de droit comparé, 2021, n° 4



les enjeux similaires — d'applicabilité, de proportionnalité et de subsidiarité — auxquels sont confrontés les juges chargés de veiller au respect des droits humains. Ces enjeux, l'analyse le révèle également, sont parfois âprement discutés au sein même des juridictions, tandis que leur compréhension peut être enrichie par l'ouverture d'un dialogue interjuridictionnel. En conclusion, il est prudemment avancé que, s'agissant de la reconnaissance et de la protection des couples de même sexe, la Cour européenne gagnerait à s'inspirer des expériences nord et sud-américaines.

ABSTRACT

In the last fifteen years, the European Court, the US Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights have all ruled on the issue of same-sex marriage. The Strasbourg Court has not, at this stage, dared to affirm the right to marriage, unlike its (inter)American counterparts. The article proposes a comparative analysis of the decisions rendered by the three jurisdictions: it highlights, beyond the (obvious and indisputable) differences between the three legal orders, the similar issues — of applicability, proportionality and subsidiarity — with which the judges responsible for ensuring respect for human rights are confronted. As the analysis also reveals, these issues are sometimes hotly debated within the courts themselves, while their understanding can be enriched by the opening of an inter-jurisdictional dialogue. In conclusion, it is cautiously argued that, with regard to the recognition and protection of same-sex couples, the European Court would benefit from drawing inspiration from North and South American experiences.

Mots-clés : Cour européenne des droits de l'homme — Cour suprême des États-Unis — Cour interaméricaine des droits de l'homme — interprétation juridictionnelle des droits fondamentaux — droit de la famille — mariage homosexuel — partenariats enregistrés — proportionnalité — subsidiarité — activisme — *self-restraint* — dialogue des juges.

Sources législatives : Articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ; XIV^e amendement de la Constitution américaine (*due process clause*) ; articles 11.2 et 17.1 de la Convention américaine des droits de l'homme.

INTRODUCTION

Au cours des dix dernières années, les juges des droits de l'homme ont été saisis — en Europe et dans les Amériques — de la question du mariage homosexuel. En 2010, dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour européenne ») s'est refusée à imposer aux États européens l'ouverture de l'institution matrimoniale aux couples de même sexe. Elle a depuis confirmé ce refus dans plusieurs arrêts et, en dernier lieu, dans l'arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016. Outre-Atlantique, la Cour suprême des États-Unis (ci-après « Cour suprême ») a au contraire décidé — dans un tonitruant arrêt *Obergefell v. Hodges* du 26 juin 2015 — que la Constitution américaine consacrait le droit des couples homosexuels d'accéder au mariage. Dans le même sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « Cour interaméricaine ») a considéré — dans un audacieux avis consultatif 24/17 du 24 novembre 2017 — que la Convention américaine des droits de l'homme imposait que les couples homosexuels puissent bénéficier des mêmes formes de reconnaissance et de protection que les couples hétérosexuels.

Bien entendu, les trois juridictions n'ont pas statué depuis la même position ni dans le même contexte : d'une part, à la différence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine, la Cour suprême est une *juridiction nationale* (quoique dans un système fédéral fortement décentralisé à tout le moins en ce qui concerne le droit de la famille⁽¹⁾) ; d'autre part, à la différence de l'arrêt *Schalk et Kopf* et de l'arrêt *Obergefell*, l'opinion 24/17 ne revêt *a priori* qu'une *nature consultative* (même si la Cour paraît considérer que son avis lie tous les États membres de l'Organisation des États américains⁽²⁾). En outre, évidemment, la géographie, l'histoire et la politique expliquent que l'Europe, les États-Unis

(1) M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *IJCL*, 2006, pp. 620 et s. (quoique cette contribution concerne principalement la comparaison entre la Cour suprême et la Cour de justice de l'Union européenne, les développements relatifs à la comparabilité visent également la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil de l'Europe).

(2) Cour int. dr. h., Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, §§ 26-27. Voy. aussi sur la controverse relative au caractère contraignant des opinions consultatives l'opinion dissidente du juge Vio Grossi et A. CRUZ ROSEL et C. L. ESCOFFIÉ DUARTE, « ¿Es vinculante la opinión consultiva 24/17, sobre derechos LGBTI, de la Corte Interamericana? », *Nexos*, 2018 (https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=7377#_ftnref9).

et l'Amérique latine ne partagent pas nécessairement ou entièrement ni une même conception du droit, ni une même conception de la famille.

Dans un univers juridique global et connecté où les droits humains s'imposent progressivement comme le *fondement ultime du droit* et se constituent, par là même, en *lingua franca* pour les échanges juridiques transnationaux, ces évidences ne devraient pas décourager les comparaisons.

Ceux que nous appellerons par facilité les « juges des droits de l'homme » en sont manifestement de plus en plus convaincus qui accentuent progressivement des collaborations plus ou moins directes et formalisées⁽³⁾. Il n'en va pas différemment de la « doctrine droits de l'homme » qui s'aventure désormais volontiers dans l'analyse comparée des analyses conduites sous l'étendard des droits dans les cénacles juridictionnels internationaux et nationaux chargés de leur défense⁽⁴⁾.

La présente contribution s'inscrit modestement dans ce sillon et tend à comparer les approches européenne (section I), américaine (section II) et interaméricaine (section III) du mariage homosexuel en s'attachant systématiquement et successivement à cinq aspects : (§ 1) la vérification de l'applicabilité des droits garantis ; (§ 2) leur mise en balance avec les intérêts étatiques ; (§ 3) l'évaluation de la légitimité

(3) Voy., outre les références jurisprudentielles croisées décrites *infra*, les rapprochements entre la Cour européenne et la Cour suprême concrétisés par l'organisation, en 2012, de la première rencontre officielle de juge des deux juridictions à Washington (le séminaire est disponible en intégralité sur la page YouTube de la faculté de droit de la *George Washington University Law School*) et les rapprochements entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine concrétisés par la publication, en 2016, d'une compilation jurisprudentielle commune (COUNCIL OF EUROPE, *Dialogue across the Atlantic: Selected Case-Law of the European and Inter-American Human Rights Courts*, Wolf Legal Publishers, 2016, 574 p.)

(4) Voy. not. pour des comparaisons de la Cour européenne et de la Cour suprême : C. JENNART, « Rechterlijk activisme in keuze tussen vrijheid en gelijkheid ? Vergelijkende rechtspraakanalyse van het US Supreme Court en het EHRM over het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht », *C.D.P.K.*, 2017, spéc. p. 613 ; R. KISKA, « Hate Speech: a Comparison Between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court Jurisprudence », *Regent U. L. Rev.*, 2012, p. 107 ; P. ANNICCHINO, « How Wide is the Margin? The United States Supreme Court and the European Court of Human Rights on Religion in Public Schools », *Annuaire Droit et Religions*, 2010-2011, pp. 301-323 ; I. CISMAS et S. N. CAMMARANO, « Whose Right and Who's Right? The US Supreme Court v. The European Court of Human Rights on Corporate Exercise of Religion », *B.U. Int'l L.J.*, 2016, p. 1. Voy. pour la comparaison de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine : D. HAWKINS et W. JACOBY, « A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights », *J. Int'l L. & Int'l Rel.*, 2010, p. 35.

d'une intervention juridictionnelle ; (§ 4) la cohésion existant (ou non) au sein de la juridiction ; (§ 5) le dialogue noué (ou pas) avec d'autres juridictions. Un tel procédé permet progressivement de « caractériser » et de « distinguer » les approches des juges de Strasbourg, de Washington et de San José pour formuler, à leur égard, des réflexions comparatistes (section IV) puis, en conclusion, quelques observations prudemment critiques.

SECTION I. — LA COUR EUROPÉENNE ET LA STRATÉGIE DES « PETITS PAS »

C'est d'abord sous l'angle de la répression pénale que la Cour européenne a pu contribuer au renforcement des droits des homosexuels. Ainsi, le juge européen a-t-il pu censurer, en 1981, dans *Dudgeon c. Royaume-Uni*⁽⁵⁾, l'incrimination pénale des relations homosexuelles⁽⁶⁾. Ensuite, il a pu considérer contraire à la Convention européenne aussi bien la répression pénale d'actes sexuels accomplis en privé par plusieurs hommes (*A.D.T. c. Royaume-Uni*⁽⁷⁾) que la fixation d'âges différents pour l'engagement licite dans des actes hétérosexuels ou homosexuels (*L. et V. c. Autriche*⁽⁸⁾). À la fin des années 1990, la Cour a également décidé qu'il n'était pas acceptable que les homosexuels soient exclus des forces armées (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*⁽⁹⁾ et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*⁽¹⁰⁾). À peu près au même moment, la Cour rend ses premières décisions relatives à la conjugalité et à la parentalité homosexuelle⁽¹¹⁾ : en 2003, dans *Karner c. Autriche*, elle juge que le partenaire homosexuel devrait bénéficier tout comme un partenaire hétérosexuel du droit de poursuivre le bail de son partenaire décédé⁽¹²⁾ ; en 1999, dans

(5) Cour eur. dr. h. (pl.), 22 octobre 1981, arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

(6) Voy. aussi Cour eur. dr. h., 26 octobre 1988, arrêt *Norris c. Irlande*, et Cour eur. dr. h., 22 avril 1993, arrêt *Modinos c. Chypre*.

(7) Cour eur. dr. h., 31 juillet 2000, arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni*.

(8) Cour eur. dr. h., 9 janvier 2003, arrêt *L. et V. c. Autriche*.

(9) Cour eur. dr. h., 27 septembre 1999, arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*.

(10) Cour eur. dr. h., 27 septembre 1999, arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*.

(11) Voy. à ce sujet G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 65-96.

(12) Cour eur. dr. h., 24 juillet 2003, arrêt *Karner c. Autriche*.

Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, elle avait jugé qu'un parent homosexuel ne pouvait être préjudicié par son orientation sexuelle dans le litige relatif à la garde de son enfant⁽¹³⁾. En 2008, elle va un peu plus loin — dans *E.B. c. France* — en jugeant que l'orientation sexuelle d'une personne n'est pas un motif susceptible de justifier le refus de lui confier un enfant en adoption⁽¹⁴⁾. Tel est à peu près l'état de la jurisprudence strasbourgeoise au moment où la Cour s'apprête à statuer — dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*⁽¹⁵⁾ — sur la question du droit au mariage.

§ 1. — *Une interprétation rénovée
des articles 8 et 12 de la Convention*

Il s'agissait, en premier lieu, de vérifier l'applicabilité des dispositions de la Convention EDH qui garantissent à « l'homme et la femme » le droit de se marier (art. 12) et à « toute personne » le droit au respect de sa vie privée et familiale (art. 8). La Cour relève, à cet égard, que l'interprétation textuelle⁽¹⁶⁾ et contextuelle⁽¹⁷⁾ de l'article 12 exclut son applicabilité aux couples homosexuels (§ 55), mais que les requérants suggéraient une interprétation « évolutive et constructive » de cette disposition dès lors que la Convention est un « instrument vivant » (§ 57). Elle puise alors dans la formulation plus « moderne » ou « libérale »⁽¹⁸⁾ de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) l'inspiration d'une lecture « rénovée » de l'article 12 de la CEDH. La Charte garantit en effet le droit de se marier sans plus faire référence à « l'homme et à la femme » comme les autres instruments de protection des droits et son commentaire officiel indique qu'il s'agit d'un choix délibéré d'« élargir

(13) Cour eur. dr. h., 21 décembre 1999, arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*.

(14) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 22 janvier 2008, arrêt *E.B. c. France*.

(15) Cour eur. dr. h., 24 juin 2010, arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*.

(16) L'article 12 vise à dessein « l'homme et la femme » plutôt que « toute personne » comme les autres dispositions.

(17) Au moment de la rédaction de la Convention, dans les années 1950, « le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent » (§ 55).

(18) G. WILLEMS, « Article 9 — Le droit de se marier et le droit de fonder une famille », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — Commentaire article par article*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 239.

la portée » du droit au mariage. En même temps, l'article 9 précise que le droit au mariage est exercé « conformément aux lois nationales » et il est explicité, à cet égard, qu'il s'agit de tenir compte de la « diversité des législations » dans les États membres. À la lumière de cette ouverture prudente, la Cour juge que le droit de se marier ne doit plus « en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé » et que, dès lors, « on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants » (§ 61). Elle prend aussi appui sur des instruments européens — les directives 2003/86 et 2004/38 — pour faire évoluer sa compréhension de l'article 8 en jugeant que, compte tenu de l'« évolution rapide » de la société dans les États membres, il serait « artificiel » de continuer à considérer — comme elle l'avait fait jusque-là — que le couple homosexuel ne constituerait pas une « vie familiale » et relèverait tout au plus de la « vie privée ». On mesure alors l'importance que revêt l'arrêt pour la reconnaissance et la protection des couples de même sexe : si leur inclusion dans la sphère de protection de l'article 12 peut sembler ambiguë⁽¹⁹⁾ et si la pleine affirmation de leur droit au respect de la vie familiale peut être jugée tardive, il n'en reste pas moins que la « double rénovation » de l'interprétation conventionnelle mise en œuvre par *Schalk et Kopf* constitue indéniablement un jalon essentiel dans le déploiement strasbourgeois des droits des personnes homosexuelles.

§ 2. — Un « test de proportionnalité » sommaire :
la prévalence des « connotations sociales et culturelles »

L'interprétation rénovée du droit au mariage garanti par l'article 12 impliquait *a priori* un examen soigneux des raisons avancées par l'Autriche pour justifier le refus du mariage homosexuel⁽²⁰⁾. La Cour se borne cependant à relever que le mariage « possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (§ 62). Aucune précision n'est apportée quant à la nature et à la teneur précise de ces « connotations » qui semblent toutefois suffisantes — aux yeux du juge européen — pour justifier le maintien du principe de l'hétérosexualité

(19) L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *HRLR*, 2011, p. 173.

(20) *Ibid.*

du mariage. Dans un contexte où la Cour n'est plus nécessairement encline à accepter que les velléités de protection de la famille traditionnelle puissent justifier des restrictions aux droits fondamentaux des individus⁽²¹⁾, le choix de la Cour de ne pas discuter plus avant les intérêts mis en évidence pour contrebalancer les droits des couples de même sexe a fait l'objet de critiques nourries et fondées⁽²²⁾. Les arguments de l'État n'ont pas été examinés (*lack of scrutiny*⁽²³⁾), alors qu'ils auraient — selon certains — dû donner lieu à un contrôle strict (*strict scrutiny*⁽²⁴⁾). L'on peut assurément penser que la volonté de l'État de perpétuer la conception traditionnelle du mariage, même profondément ancrée socialement et culturellement, n'est plus à soi seule suffisante pour justifier une restriction au droit fondamental de se marier, dans les sociétés contemporaines démocratiques et pluralistes, y compris lorsque la préférence pour la conception traditionnelle de l'institution matrimoniale est partagée par la majorité de la population concernée⁽²⁵⁾. C'est pourtant bel et bien ce type de prévalence automatique de la tradition qui se donne à voir dans *Schalk et Kopf* ; réinterrogée sur le mariage homosexuel dans *Chapin et Charpentier c. France*, en 2016, la Cour a d'ailleurs réaffirmé — d'une manière qui semble même

(21) Voy. not. Cour eur. dr. h. (gde ch.), 19 février 2013, arrêt *X. et autres c. Autriche*, § 139. Voy. aussi G. WILLEMS, « Private and Family Life vs. Morals and Traditions in the Case-Law of the ECHR », in K. BOELE-WOELKI et N. DETHLOFF (dir.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, European Family Law Series, vol. 35, Cambridge, Anvers, Portland, Intersentia, 2014, pp. 305-322.

(22) L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name? », *op. cit.*, p. 173 ; I. RORIVE, E. BRIBOSIA et L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage: Building an Argument Before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *Berkeley J. Int'l L.*, 2014, p. 24 ; M. SHAHID, « The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights », *Erasmus Law Review*, 2017, pp. 193-195 ; G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme », *Ann. Dr. Louvain*, 2020, p. 199.

(23) M. SHAHID, « The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights », *op. cit.*, p. 195.

(24) I. RORIVE, E. BRIBOSIA et L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage: Building an Argument Before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*, p. 23.

(25) Voy. *mutatis mutandis* Cour eur. dr. h., 10 janvier 2017, arrêt *Babiarz c. Pologne*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 33.

revenir sur les acquis du *leading case* autrichien⁽²⁶⁾ — que l'article 12 consacre « le concept traditionnel de mariage »⁽²⁷⁾.

L'analyse de la Cour est encore plus sommaire sous l'angle du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 combiné à l'exigence de non-discrimination formulée par l'article 14. Elle se contente ainsi de rappeler que la Convention « forme un tout » et que ses articles doivent se lire « en harmonie les uns avec les autres ». Dès lors, le droit au mariage refusé sous l'angle de l'article 12 ne peut être octroyé sous l'angle de l'article 8 « dont le but et la portée sont plus généraux » (§ 101). Si l'on peut comprendre cette analyse des rapports entre le droit de se marier et le respect de la vie familiale, on peut regretter — par contre — qu'elle emporte aussi une renonciation de la Cour à un examen sous l'angle spécifique de l'interdiction de la discrimination prévue à l'article 14. La jurisprudence subséquente, toutefois, témoigne de ce que la Cour n'entend pas tenir — à l'aune de cette exigence spécifique — un raisonnement distinct de celui proposé dans *Schalk et Kopf* à propos de l'article 12⁽²⁸⁾. Ainsi peut-on considérer que la singularité et la plus-value potentielle de l'approche fondée sur le refus des différences de traitement arbitraires sont d'une certaine façon « éludées » par le juge européen des droits de l'homme. L'on peut d'autant plus le regretter, sans doute, que dans un retentissant arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, la Cour a considéré que la volonté de protéger la famille traditionnelle n'était pas susceptible de justifier — au regard de l'article 14 — la différence opérée entre partenaires homosexuels et hétérosexuels s'agissant de la possibilité de procéder à l'adoption intrafamiliale par l'un de l'enfant de l'autre⁽²⁹⁾.

Ce n'est pas à dire cependant que la Cour européenne renoncerait entièrement à contribuer à la reconnaissance et à la protection européenne des couples de même sexe. Ainsi, tout d'abord, la Cour a-t-elle d'abord exigé qu'un État instaurant un statut conjugal alternatif au mariage l'ouvre aussi bien aux couples de même sexe qu'aux couples de sexe différent (*Vallianatos*⁽³⁰⁾) puis que l'Italie mette en place au profit des couples homosexuels une forme reconnue d'union conjugale

(26) Voy. *supra*, section I, § 1.

(27) Cour eur. dr. h., 9 juin 2016, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, § 37. Voy. aussi Cour eur. dr. h. (gde ch.), 16 juillet 2014, arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, § 96.

(28) Cour eur. dr. h., 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, §§ 191-194 (art. 12+14) ; Cour eur. dr. h., 9 juin 2016, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, §§ 36-40 (art. 12+14).

(29) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 19 février 2013, arrêt *X. et autres c. Autriche*, §§ 132-153.

(30) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 7 novembre 2013, arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce*.

(*Oliari*). Ensuite, elle a exigé que les États européens qui ne permettent pas le mariage des couples de même sexe puissent à tout le moins reconnaître sur leur territoire, d'une façon ou d'une autre, les mariages homosexuels valablement célébrés à l'étranger (*Orlandi*⁽³¹⁾). Enfin, le juge européen exige-t-il parfois que les partenaires homosexuels puissent bénéficier, lorsqu'ils sont privés d'accès au mariage, des mêmes avantages et bénéfices que ceux accordés — sur le plan fiscal, social⁽³²⁾ ou de l'immigration (*Taddeucci et McCall*⁽³³⁾) — aux époux hétérosexuels. Il apparaît alors que la Cour européenne privilégie, s'agissant du développement des droits conjugaux des personnes homosexuelles, une approche par « petits pas »⁽³⁴⁾ caractérisée, à notre sens, par une forme de « compromis stratégique »⁽³⁵⁾ consistant à « délaissier » la question du mariage aux ordres juridiques nationaux tout en « cristallisant » progressivement le droit à un statut alternatif, à la prise en compte des mariages étrangers et à certaines prérogatives spécifiques. Du point de vue de la proportionnalité, ces différents « acquis » viennent — en quelque sorte — compenser le refus du « label » matrimonial⁽³⁶⁾.

§ 3. — *La prévalence du réflexe subsidariste :*
« [L]es États sont encore libres »

Ce renoncement de la Cour de Strasbourg à consacrer un droit fondamental au mariage homosexuel correspond à une volonté assumée de la Cour de faire prévaloir, en la matière, le principe de subsidiarité⁽³⁷⁾. Ainsi l'arrêt *Schalk et Kopf* souligne-t-il que si « l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société »,

(31) Cour eur. dr. h., 14 décembre 2017, arrêt *Orlandi et autres c. Italie*.

(32) Cour eur. dr. h., 14 juin 2016, arrêt *Aldeguer Tomas c. Espagne*.

(33) Cour eur. dr. h., 30 juin 2016, arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie*.

(34) E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « L'arrêt Coman : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *J.D.E.*, 2018, p. 345.

(35) G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 197.

(36) Dans l'arrêt *Hämäläinen*, la Cour a notamment pu juger que le couple homosexuel pouvait « bénéficier dans le cadre d'un partenariat enregistré essentiellement de la même protection juridique que celle qui lui est assurée par le mariage » (Cour eur. dr. h. [gde ch.], 16 juillet 2014, arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, § 83). Voy. aussi Cour eur. dr. h., 9 juin 2016, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, § 51.

(37) Voy. not. F. SUDRE, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique (édition générale)*, 2013, p. 1917.

il n'existe pas de « consensus européen » sur le mariage homosexuel dès lors que seuls six États sur quarante-sept l'autorisent⁽³⁸⁾ (§ 58). La Cour admet que, dans son arrêt *Goodwin* du 11 juillet 2002⁽³⁹⁾, elle s'est autorisée à consacrer le droit des personnes transsexuelles de se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe, alors même qu'il n'existait pas encore de consensus européen sur la question. Elle relève cependant qu'il existait alors une « convergence des normes » s'agissant du mariage des transsexuels et que de tels mariages restaient — au fond — des mariages entre « partenaires n'appartenant pas au même sexe » (§ 59). Elle considère, dans ce contexte, 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 » (§ 62). La Cour est ensuite restée très attentive à l'évolution des législations européennes : en 2014, dix États membres⁽⁴⁰⁾ autorisent le mariage homosexuel et elle réitère, dans *Hämäläinen*, qu'il n'existe pas de consensus européen sur son autorisation⁽⁴¹⁾ ; en 2015, onze États européens⁽⁴²⁾ admettent le mariage des couples de même sexe et elle juge, dans *Oliari*, que « malgré l'évolution graduelle des États en la matière, les conclusions atteintes [dans *Schalk et Kopf*] restent pertinentes »⁽⁴³⁾. Les choses ne sont pas différentes à cet égard quand elle statue, en 2016, dans *Chapin et Charpentier*⁽⁴⁴⁾. C'est finalement dans l'arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017⁽⁴⁵⁾ que la Cour donne l'indice le plus tangible d'un possible resserrement du contrôle européen lié à l'évolution des législations européennes. En 2017, quinze États parties⁽⁴⁶⁾ permettent le mariage homosexuel et la Cour affirme, d'une façon

(38) Les Pays-Bas (2002), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Norvège (2009), la Suède (2009) et le Portugal (2010). Dans treize autres États, on avait fait plutôt le choix d'organiser un statut conjugal alternatif accessible à ces couples (l'Allemagne, Andorre, l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Islande, le Luxembourg, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suisse).

(39) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 11 juillet 2002, arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*.

(40) À la liste ci-dessus (note 38) sont venus s'ajouter l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France (2013), le Royaume-Uni (2014).

(41) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 16 juillet 2014, arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, § 74.

(42) À la liste ci-dessus (note 40) est venu s'ajouter le Luxembourg (2015).

(43) Cour eur. dr. h., 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, § 192.

(44) Cour eur. dr. h., 9 juin 2016, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, § 39.

(45) Voy. *supra*, section I, § 2.

(46) À la liste ci-dessus (note 42) sont venus s'ajouter l'Irlande (2015), l'Allemagne (2017), la Finlande (2017) et Malte (2017).

qui n'est évidemment pas passée inaperçue⁽⁴⁷⁾, que « les États sont *encore* libres de restreindre l'accès au mariage aux couples de sexe différent »⁽⁴⁸⁾. Assurément, la juste mesure entre interventionnisme intempestif et passivité dommageable est difficile à déterminer⁽⁴⁹⁾ : la Cour risque, d'un côté, de « perdre sa crédibilité et son autorité aux yeux des [États conservateurs] et, de l'autre, d'affaiblir son rôle et sa légitimité en tant que gardienne de la Convention »⁽⁵⁰⁾. Il est toutefois permis de considérer, avec Masuma Shahid, que l'évolution européenne⁽⁵¹⁾ et internationale⁽⁵²⁾ sur la question du mariage homosexuel met progressivement la Cour en position de s'émanciper légitimement d'une approche rigoureusement « consensuelle » ou « majoritariste », ainsi qu'elle a pu le faire par le passé et continue de le faire aujourd'hui à propos d'autres questions comme — par exemple — celle de la reconnaissance et de la protection des personnes transgenres⁽⁵³⁾.

§ 4. — *Une constante unanimité au sein de la Cour européenne*

Le choix du « compromis » et de la « retenue » fait en tout cas l'objet d'une remarquable unanimité au sein de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis 2010, la question du mariage homosexuel a été posée frontalement à la Cour dans trois affaires : *Schalk et Kopf*, *Oliari*

(47) J.-Y. CARLIER, « Vers un ordre public européen des droits fondamentaux : l'exemple de la reconnaissance des mariages des personnes de même sexe dans l'arrêt *Coman* (obs. sous C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *Coman*, 5 juin 2018) », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, p. 220.

(48) Traduction libre (nous soulignons).

(49) D. POPOVIC, « Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Creighton L. Rev.*, 2009, p. 361 ; P. THIELBÖRGER, « Judicial Passivism at the European Court of Human Rights », *MJ*, 2012, p. 3.

(50) M. SHAHID, « The Right to Same-Sex Marriage: Assessing the European Court of Human Rights' Consensus-Based Analysis in Recent Judgments Concerning Equal Marriage Rights », *op. cit.*, spéc. pp. 193 et s.

(51) L'Autriche a ouvert le mariage aux couples de même sexe en 2019.

(52) Voy. *infra*, sections II et III.

(53) Voy. Cour eur. dr. h. (gde ch.), 11 juillet 2002, arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, spéc. §§ 84-85 (consécration du droit au mariage des transsexuels autorisé dans 54 % des États seulement) et Cour eur. dr. h., 6 avril 2017, arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, spéc. §§ 122-125 (censure de l'exigence de stérilisation prévue dans vingt-quatre États membres du Conseil de l'Europe).

et *Chapin et Charpentier*. Ces affaires ont été soumises à des formations de jugement différentes : respectivement à la première, à la quatrième et à la cinquième section de la Cour. Chacune de ces trois sections a jugé, à l'unanimité, que l'interdiction du mariage homosexuel ne violait pas les dispositions de la Convention. La seule opinion séparée exprimée à cet égard par les juges Giorgio Malinverni (Suisse) et Anatoly Kovler (Russie) soutient cette conclusion, mais fait valoir que la Cour est déjà allée trop loin en considérant l'article 12 applicable aux couples de même sexe⁽⁵⁴⁾. Pas moins de vingt et un juges européens ont donc eu l'opportunité de se prononcer sur la question et ils l'ont fait — comme un seul homme — en défaveur d'une intervention européenne imposant l'ouverture du mariage. Des oppositions un peu plus marquées ont pu se dessiner dans le contexte d'affaires appréhendant moins directement la question du droit au mariage. Ainsi, dans l'arrêt *Hämäläinen* rendu par la grande chambre à propos de l'impossibilité pour une femme transgenre de rester mariée par-delà son changement de sexe avec la femme qu'elle avait épousée lorsqu'elle était encore un homme, quatorze juges ont conclu à la non-violation de la Convention, mais trois juges — András Sajó (Hongrie), Helen Keller (Suisse) et Paul Lemmens (Belgique) — ont considéré que la Finlande aurait dû permettre le maintien du lien matrimonial dans ce cas très particulier, sans préjudice de la question plus générale du mariage des couples de même sexe. À l'inverse, dans l'arrêt *Orlandi* relatif à la reconnaissance en Italie d'un mariage entre deux femmes célébré à Toronto, cinq juges ont considéré que l'État défendeur aurait dû prendre en compte d'une façon ou d'une autre le lien matrimonial valablement noué à l'étranger, mais deux juges — Aleš Pejchal (République tchèque) et Krzysztof Wojtyczek (Pologne) — ont considéré que la Convention n'avait en l'espèce pas été violée : ils préconisent une interprétation resserrée des articles 8 et 12, imperméable à l'évolution des sociétés et à l'influence de la Charte, au regard de laquelle la Convention n'impose ni le mariage homosexuel, ni même la reconnaissance et la protection des couples de même sexe. Aux marges du contentieux relatif au mariage homosexuel s'aperçoivent donc les termes d'une tension interne⁽⁵⁵⁾ entre une frange plus « libérale » encline à s'engager prudemment dans la voie d'une réfection strasbourgeoise

(54) Cour eur. dr. h., 24 juin 2010, arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, opinion concordante du juge Malinverni, à laquelle se rallie le juge Kovler.

(55) Voy. E. VOETEN, « Politics, Judicial Behaviour, and Institutional Design », in J. CHRISTOFFERSEN et M. RASK MADSEN (dir.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, OUP, 2011, pp. 64 et s.

de la conception traditionnelle du mariage et une frange franchement « conservatrice » renvoyant expressément à la définition du mariage proposée dans le *Digeste* de Justinien et dans les *Institutes* de Gaius⁽⁵⁶⁾.

§ 5. — *Un dialogue privilégié avec l'Union européenne :
une tendance au régionalisme*

L'on a déjà souligné que, dans *Schalk et Kopf*, la Cour a puisé l'inspiration d'une interprétation « dépoussiérée » de l'article 12 de la CEDH à la source de la formulation plus « moderne » et « libérale » du droit au mariage figurant à l'article 9 de la CDFUE⁽⁵⁷⁾. Les sources européennes bénéficient assurément d'une place à part dans l'utilisation fréquente et notoire par la Cour de « sources externes » pour informer l'interprétation de la Convention. Ainsi, les sources émanant des (autres) organes du Conseil de l'Europe (« *home made* ») et celles émanant de l'Union européenne (« la petite Europe ») relèvent nettement d'un « premier cercle » normatif auquel le juge strasbourgeois se réfère volontiers⁽⁵⁸⁾. Un réseau de collaborations se noue ainsi entre les deux ordres juridiques européens auquel participent activement les juges de Strasbourg et de Luxembourg⁽⁵⁹⁾ : on pointera, au titre de derniers exemples en date, la prise en considération des directives 2003/86 et 2004/38 dans l'arrêt *Taddeucci et McCall* et — plus significativement — la prise en compte de la jurisprudence strasbourgeoise dans l'important arrêt *Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări* de la Cour de justice de l'Union. Au fil de ces échanges, les deux juges européens tracent progressivement des jurisprudences parallèles qui se complètent et/ou se renforcent : sans franchir ni l'une ni l'autre le « cap » d'une consécration

(56) Cour eur. dr. h., 14 décembre 2017, arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, opinion dissidente des juges Pejchal et Wojtyczek, § 6.

(57) Voy. *supra*, section I, § 1.

(58) F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *Rev. trim. dr. h.*, p. 478.

(59) C'est déjà sur la Charte que la Cour s'était appuyée en 2002 pour affirmer, dans *Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, le droit des personnes transgenres de se marier avec une personne de sexe opposé à leur nouveau sexe. Cet arrêt *Goodwin* a à son tour amené la Cour de justice de l'Union européenne à juger dans son arrêt *K.B. c. National Health Service Agency* du 7 janvier 2004 que l'impossibilité pour un homme transgenre d'épouser la femme avec qui il vivait était contraire à l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) car elle privait les intéressés du droit à la pension en cas de décès de leur partenaire.

frontale d'un droit européen au mariage homosexuel, elles consolident progressivement un « *package* » significatif (sinon suffisant) de droits bénéficiant aux couples de même sexe. Les références aux systèmes onusien, interaméricain ou — *a fortiori* — à des systèmes nationaux extra-européens sont plus ténues et bénéficient d'une légitimité moindre⁽⁶⁰⁾. Pour autant, ils ne sont pas inexistants, mais l'on ne peut pas ne pas noter qu'*Atala Riffo*, le *leading case* interaméricain relatif aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, n'est cité en tout et pour tout qu'une fois dans la jurisprudence de la Cour⁽⁶¹⁾, tandis que l'arrêt *Obergefell*⁽⁶²⁾, le retentissant arrêt de la Cour suprême des États-Unis, est seulement mentionné dans *Oliari*⁽⁶³⁾ et *Orlandi*⁽⁶⁴⁾ parmi les éléments de droits comparés regroupés — selon l'habitude de la Cour — en début d'arrêt. Si les linéaments d'un dialogue « transatlantique » sont perceptibles, la jurisprudence de la Cour européenne relative aux couples de même sexe reste donc empreinte d'un certain « régionalisme » éventuellement regrettable compte tenu des évolutions, spectaculaires, qui se donnent à voir dans les systèmes extra-européens.

SECTION II. — LA COUR SUPRÊME ET L'AFFIRMATION SOLENNELLE DU DROIT AU MARIAGE

À l'instar de la Cour européenne, la Cour suprême des États-Unis a appréhendé la question de l'orientation sexuelle en premier lieu par son versant pénal. Tous les constitutionnalistes américains se souviennent ainsi de la validation — dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick* du 30 juin 1986 — des dispositions de la loi texane pénalisant les actes homosexuels⁽⁶⁵⁾. Il faudra attendre près de vingt ans pour que la Cour puisse — dans son arrêt *Lawrence v. Texas* du 26 juin 2003 — revenir sur ce précédent et affirmer que la répression pénale de l'homosexualité

(60) Voy. not. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, p. 478.

(61) Cour. int. dr. h., 24 février 2012, arrêt *Atala Riffo c. Chile* (cité par Cour eur. dr. h., 14 juin 2016, arrêt *Aldeguer Tomas c. Espagne*, §§ 52-55). Voy. *infra*, section III.

(62) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1 (2015). Voy. *infra*, section II.

(63) Cour eur. dr. h., 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, § 65 (l'arrêt est synthétisé en quelques paragraphes).

(64) Cour eur. dr. h., 14 décembre 2017, arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, § 115 (il est renvoyé à *Oliari*).

(65) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

est contraire à la Constitution américaine⁽⁶⁶⁾. C'est seulement en 2011, en outre, que le Congrès met fin à la politique « *Don't Ask, Don't Tell* » instaurée en 1994 et consacre le droit des homosexuels de servir sous les drapeaux sans dissimuler leur orientation sexuelle. À peu près au même moment, un certain nombre d'États américains commencent à reconnaître, par voie législative ou jurisprudentielle, le droit au mariage des couples homosexuels. En 1996, cependant, le président Clinton avait signé, de mauvaise grâce, le *Defense of Marriage Act* (DOMA) en vertu duquel il y avait lieu de considérer, pour l'application des règles de droit fédéral américain, que le terme « mariage » désignait exclusivement l'union d'un homme et d'une femme. Il s'ensuit que les couples homosexuels mariés dans un État qui le permettait étaient expressément privés des avantages offerts aux époux par les textes fédéraux, notamment sur le plan de la fiscalité, de la sécurité sociale ou du séjour. En 2013, dans *United States v. Windsor*, la Cour suprême — encouragée par le président Obama — a jugé que cette directive d'interprétation était contraire à la Constitution américaine et exigé, dès lors, que les administrations prennent en considération les mariages homosexuels valablement célébrés dans les États qui les permettaient. Telle est donc la situation qui prévaut aux États-Unis lorsqu'en 2014, la Cour suprême est invitée à se prononcer — dans l'affaire *Obergefell v. Hodges*⁽⁶⁷⁾ — sur la revendication de quatorze couples de même sexe réclamant la consécration d'un droit constitutionnel au mariage homosexuel.

§ 1. — *L'extension argumentée du droit au mariage :*
« le passé seul ne peut décider du présent »

La Constitution américaine ne garantit expressément ni le droit au respect de la vie privée, ni le droit de se marier, mais la Cour suprême a progressivement considéré qu'ils relevaient — l'un⁽⁶⁸⁾ et l'autre⁽⁶⁹⁾ — du droit à la « liberté » consacré par la *due process clause* du XIX^e amendement⁽⁷⁰⁾. La Cour rappelle — dans *Obergefell* — que la protection

(66) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

(67) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1 (2015).

(68) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(69) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

(70) Voy. pour plus de détails et de références G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 177 et s.

offerte par cette clause peut être étendue à de nouveaux droits par le biais d'un « jugement raisonné » (*reasoned judgment*) qui doit être « guidé et discipliné » par l'histoire et la tradition sans qu'elles puissent en « définir les limites ultimes » car « le passé seul ne peut décider du présent »⁽⁷¹⁾. En effet, précise-t-elle, les générations qui ont rédigé le *Bill of Rights* et le XIV^e amendement ne pouvaient connaître « la portée de la liberté dans toutes ses dimensions » et ont dès lors confié aux suivantes une charte permettant de protéger « la liberté à mesure que l'on découvre sa signification »⁽⁷²⁾. La Cour admet alors que toutes les références historiques à « la beauté du mariage » (*the beauty of marriage*) dans la religion, la philosophie, les arts et la littérature renvoient à l'union d'un homme et d'une femme, mais précise aussitôt que le mariage a évolué et que son histoire est une histoire « de continuité et de changement » (*of both continuity and change*)⁽⁷³⁾. Ainsi, par exemple, la conception du mariage comme un « arrangement entre les parents » ou une « institution dominée par l'homme » avait été abandonnée et — aux yeux de la Cour — ces changements avaient renforcé l'institution du mariage plutôt que de l'affaiblir⁽⁷⁴⁾. Une « dynamique identique » était, par ailleurs, observable s'agissant des droits des couples gays et lesbiens comme en témoignaient les arrêts *Lawrence*⁽⁷⁵⁾ et *Windsor*⁽⁷⁶⁾. La Cour identifie alors quatre principes constitutionnels sous-jacents à la protection constitutionnelle accordée — dans *Loving*⁽⁷⁷⁾, *Zablocki*⁽⁷⁸⁾ puis *Turner*⁽⁷⁹⁾ — au droit au mariage des couples hétérosexuels : (1) le mariage est un aspect essentiel de l'autonomie individuelle ; (2) il est le meilleur moyen de soutenir la relation entre deux personnes ; (3) il protège idéalement les enfants et les familles ; (4) il est une « pierre angulaire de l'ordre social américain »⁽⁸⁰⁾. Aux yeux des juges de Washington, ces principes ont une portée qui dépasse le cadre du seul mariage hétérosexuel : leur « force » et leur « rationalité » sont pleinement transposables aux couples de même

(71) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 10-11 (2015).

(72) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 11 (2015).

(73) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 6 (2015).

(74) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 6-7 (2015).

(75) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Voy. *supra*.

(76) *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013). Voy. *supra*.

(77) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) (interdiction du mariage interracial).

(78) *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978) (procédure d'autorisation imposée aux débiteurs alimentaires négligents).

(79) *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987) (restrictions au mariage des détenus).

(80) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 12-17 (2015).

sexe⁽⁸¹⁾. La protection constitutionnelle du droit au mariage hétérosexuel doit dès lors être « extrapolée »⁽⁸²⁾ aux couples homosexuels⁽⁸³⁾.

§ 2. — *Un « standard of review » mystérieux :
l'insuffisance de l'octroi casuistique d'avantages spécifiques*

La Cour devait alors examiner si des intérêts étatiques légitimes étaient susceptibles de justifier des restrictions au droit de se marier des couples de même sexe tel qu'il venait d'être consacré. La mise en balance des droits individuels et des intérêts concurrents est *a priori* calibrée, dans le système américain, par référence à une échelle comportant trois « niveaux de vigilance » : minimal (*rational basis*), élevé (*strict scrutiny*) ou intermédiaire (*intermediate scrutiny*). Il semblerait néanmoins que ce système « à plusieurs vitesses » soit assez instable tant au plan de l'identification du « standard » applicable que de son impact effectif sur le raisonnement juridique et qu'il soit — dès lors — parfois envisagé de l'abandonner au profit d'un « outil analytique unique » (*single analytical tool*) uniformément applicable⁽⁸⁴⁾. L'arrêt *Obergefell* contribue à cette tendance en s'abstenant d'indiquer expressément le « degré » du contrôle opéré sur l'interdiction du mariage homosexuel⁽⁸⁵⁾. On comprend toutefois, à la lecture des développements qui consacrent l'existence du droit au mariage des couples de même sexe, que ce droit nouvellement reconnu est investi d'un poids considérable et qu'il faudra, dès lors, des arguments convaincants pour justifier la perpétuation de leur exclusion de l'institution matrimoniale. Or, les arguments présentés par les représentants du Michigan, du Kentucky, de l'Ohio et du Tennessee n'emportent pas la conviction des juges de Washington qui les écartent promptement après les avoir brièvement discutés. D'une part, l'idée que l'ouverture du mariage aux couples homosexuels romprait le lien entre mariage et procréation et détournerait dès lors les couples

(81) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 18 (2015).

(82) K. YOSHINO, « A New Birth of Freedom? *Obergefell v. Hodges* », *Harv. L. Rev.*, 2015, p. 157.

(83) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 18 (2015). Voy. aussi P. DERMINE, « Les neuf juges et le mariage homosexuel : un bref commentaire de l'arrêt *Obergefell v. Hodges* de la Cour suprême des États-Unis », *RBDC*, 2015, p. 461.

(84) D. L. BESCHLE, « No More Tiers? Proportionality as an Alternative to Multiple Levels of Scrutiny in Individual Rights Cases », *Pace L. Rev.*, 2018, not. p. 385.

(85) D. SCHRAUB, « The Siren Song of Strict Scrutiny », *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 2016, p. 863.

hétérosexuels de l'institution est « contre-intuitive ». Ainsi, le choix de se marier et d'élever des enfants est fondé sur des considérations « personnelles, romantiques et pratiques » et il est « irréaliste » de penser que les couples de sexe différent y renonceront « simplement parce que les couples de même sexe peuvent le faire »⁽⁸⁶⁾. D'autre part, les oppositions sincères et personnelles au mariage homosexuel basées sur des principes religieux ou philosophiques ne peuvent justifier que l'État donne son *imprimatur* à une exclusion qui « dégrade » et « stigmatise » ceux dont la liberté est restreinte. Le I^{er} amendement permet d'ailleurs aux cultes et aux croyants de continuer à professer que le mariage homosexuel ne devrait pas être admis et à promouvoir la perpétuation des structures familiales qui leur sont chères⁽⁸⁷⁾. La Cour juge, finalement, que le droit au mariage des couples de même sexe tel qu'il découle de la *due process clause* se trouve encore « renforcé » ou « revigoré »⁽⁸⁸⁾ par les exigences découlant de l'*equal protection clause* inscrite, elle aussi, dans le XIV^e amendement de la Constitution⁽⁸⁹⁾.

Aux yeux de la Cour, l'approche qui consisterait à renoncer à consacrer d'emblée le droit au mariage et permettre une détermination « plus lente » et « au cas par cas » des prérogatives spécifiques qui devraient être offertes aux couples de même sexe n'est pas satisfaisante car elle dénierait aux gays et lesbiennes « un grand nombre de droits et de responsabilités associés au mariage »⁽⁹⁰⁾. En effet, à travers l'histoire, les États ont octroyé aux époux un ensemble de plus en plus large de « droits gouvernementaux » dans de très nombreux domaines (comme la fiscalité, l'héritage, la preuve, les assurances, l'état civil, l'adoption, la prise en charge des enfants, la santé, les pensions, etc.) : ils attachent donc au mariage « une constellation d'avantages » dont sont injustement exclus les couples de même sexe⁽⁹¹⁾. Leur préjudice n'est d'ailleurs pas seulement « matériel » puisque le mariage confère à la fois des « avantages matériels » et une « reconnaissance symbolique » : en exclure les couples de même sexe revient à signaler qu'ils sont « inégaux » et à les « diminuer » alors qu'ils peuvent, eux aussi, aspirer aux « buts transcendants » du mariage et à l'« accomplissement ultime » qu'il représente⁽⁹²⁾.

(86) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 18 (2015).

(87) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 18 (2015).

(88) D. SCHRAUB, « The Siren Song of Strict Scrutiny », *op. cit.*, p. 863.

(89) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 19-23 (2015).

(90) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 26 (2015).

(91) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 26 (2015).

(92) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 16-17 (2015).

§ 3. — *Les risques de la prudence :
l'urgence ou le devoir d'agir*

Au moment où la Cour a statué, trente-cinq États américains avaient ouvert le mariage aux couples de même sexe par voie législative ou judiciaire⁽⁹³⁾. La Cour admet qu'il peut y avoir une inclination initiale [...] à « faire preuve de prudence » (*proceed with caution*) et à permettre que le débat législatif, judiciaire et public puisse se poursuivre au niveau étatique. En même temps, souligne-t-elle, la question a déjà donné lieu à des développements considérables qui ont permis d'en avoir une « compréhension renforcée » (*enhanced understanding*)⁽⁹⁴⁾. Au surplus, si la démocratie est *a priori* « le processus approprié pour le changement », le but de la Constitution est précisément de « soustraire certains sujets aux vicissitudes de la controverse politique »⁽⁹⁵⁾. La Cour rappelle alors que sa décision trop prudente dans *Bowers* en 1986 avait causé de graves souffrances pour les gays et lesbiennes jusqu'à ce que *Lawrence* affirme, enfin, en 2003, l'inconstitutionnalité des lois réprimant les actes homosexuels⁽⁹⁶⁾. Elle ne veut pas commettre la même erreur à propos du mariage et considère qu'au regard de l'« urgence » du besoin de reconnaissance et de protection des couples de même sexe, elle a le « devoir » de répondre à leur demande⁽⁹⁷⁾. La Cour suprême renonce donc au *judicial restraint* et impose le mariage homosexuel aux quinze États américains qui ne le permettaient pas encore en faisant prévaloir sa lecture de la Constitution sur leur « autonomie » ou leur « souveraineté »⁽⁹⁸⁾.

Certains avaient émis la crainte qu'une décision de la Cour suprême en faveur du mariage homosexuel ait — à l'instar du célèbre arrêt *Roe v. Wade* consacrant le droit à l'avortement (1973) — un effet de « *backlash* » et galvanise les forces conservatrices opposées à l'égalité matrimoniale. L'arrêt *Obergefell* n'a, semble-t-il, pas suscité une « recrudescence » de l'opposition au mariage homosexuel au sein de

(93) Dans onze d'entre eux, l'ouverture du mariage avait procédé d'une réforme législative ; dans les vingt-quatre autres, le droit au mariage résultait d'interventions judiciaires dont la portée restait parfois controversée ou discutée (MARYLAND OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL, *The State of Marriage Equality in America*, avril 2015, www.marylandattorneygeneral.gov).

(94) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 23-24.

(95) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 24-25.

(96) Voy. *supra*.

(97) *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 25-26 (2015).

(98) Voy. sur la pertinence du concept de souveraineté étatique en droit constitutionnel américain T. ZICK, « Are the States Sovereign? », *Wash. U. L. Rev.*, 2005, spéc. p. 233

la population et l'on observerait au contraire un « alignement » des opinions sur la décision de la Cour suprême⁽⁹⁹⁾. Il reste que différents États — comme le Nevada⁽¹⁰⁰⁾ — conservent dans leur ordre juridique des dispositions définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme. Ailleurs, des officiels ont refusé de délivrer une licence de mariage à des couples homosexuels (comme dans l'affaire *Kim Davis* [Kentucky]⁽¹⁰¹⁾) ou des entreprises ont refusé de fournir leurs services pour la célébration d'un mariage homosexuel (comme dans l'affaire *Masterpiece Cakeshop* [Colorado]⁽¹⁰²⁾). Parfois aussi l'on a refusé de faire produire au mariage homosexuel les mêmes effets que le mariage hétérosexuel, notamment sur le plan de la filiation (comme dans *Pavan v. Smith* [Arkansas]⁽¹⁰³⁾). Si l'on prend en compte, finalement, différents *bills* introduits — çà et là — pour désactiver ou atténuer les implications d'*Obergefell*, l'on peut considérer, avec Reva Siegel, que l'arrêt de la Cour suprême n'a pas clôturé définitivement le débat public et/ou juridique sur le mariage homosexuel, mais a plutôt contribué à sa « canalisation » ou à sa « structuration »⁽¹⁰⁴⁾.

(99) E. KAZYAK et M. STANGE, « Backlash or a Positive Response? Public Opinion on LGB Issues After *Obergefell v. Hodges* », *Journal of Homosexuality*, 2018, spéc. p. 2045. Voy. aussi R. FLORES et S. BARCLAY, « Backlash, Consensus, Legitimacy, or Polarization: The Effect of Same-Sex Marriage Policy on Mass Attitudes », *Political Research Quarterly*, 2016, pp. 43-56.

(100) Une proposition de modification de la Constitution du Nevada a été votée à l'Assemblée et au Sénat et doit être soumise en 2020 à un « ballot ». Voy. le site officiel du législateur du Nevada (<https://www.leg.state.nv.us>).

(101) Voy. K. PARTIN, « The Legal Theory Behind Kim Davis and Same Sex Marriage », *U. Miami L. Rev.*, 2015 (<https://lawreview.law.miami.edu>).

(102) Dans cette affaire, la Cour suprême a considéré que les autorités du Colorado avaient violé la Constitution en sanctionnant un pâtissier qui avait refusé de réaliser un gâteau de mariage pour un couple d'hommes. La portée de cette décision est incertaine car c'est en l'occurrence l'hostilité manifeste de la Commission des droits civils à l'égard des convictions religieuses de l'intéressé qui a conduit la Cour à constater une violation de son droit au libre exercice de sa religion (*Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018)). Voy. aussi C. FLANDERS et S. OLIVEIRA, « An Incomplete Masterpiece », *UCLA L. Rev.*, 2019 (<https://www.uclalawreview.org>).

(103) Dans cette affaire, la Cour a jugé que les autorités de l'Arkansas avaient violé la Constitution en refusant d'appliquer la présomption de filiation fondée sur le mariage à un couple de femmes mariées. À ses yeux, en effet, *Obergefell* consacre le droit des homosexuels de se marier en bénéficiant « de la constellation d'avantages » (*the constellation of benefits*) associés au mariage.

(104) R. B. SIEGEL, « Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict », *Max Weber Lecture Series*, 2016/04, spéc. p. 4.

§ 4. — *Une évidente fracture idéologique
au sein de la Cour suprême*

Au moment où elle statue sur *Obergefell*, la composition de la Cour suprême est très équilibrée. Parmi les neuf juges, on compte quatre démocrates et cinq républicains⁽¹⁰⁵⁾ et le juge Anthony Kennedy fait office de *swing justice* en déterminant, par son ralliement à la frange « libérale » ou « conservatrice » de la Cour, l'issue des affaires sensibles⁽¹⁰⁶⁾. C'est précisément ce qui s'est passé dans *Obergefell* puisqu'en ralliant le camp des quatre juges libéraux, Kennedy a permis la consécration du droit au mariage homosexuel, par cinq voix contre quatre. La Cour suprême des États-Unis est donc apparue extrêmement divisée sur la question du mariage homosexuel ainsi qu'en témoigne la virulence des critiques adressées à la majorité par les juges minoritaires. Dans son opinion dissidente, le *Chief Justice* John Roberts dénonce ainsi une « application agressive du *substantive due process* rompant avec des décennies de jurisprudence »⁽¹⁰⁷⁾. Les originalistes Antonin Scalia⁽¹⁰⁸⁾ et Clarence Thomas⁽¹⁰⁹⁾ ajoutent qu'à leurs yeux la Cour est une « menace pour la démocratie américaine » et l'arrêt *Obergefell* une atteinte aux « principes sur lesquels la Nation a été construite ». Le très conservateur Samuel Alito⁽¹¹⁰⁾ fait valoir, moins radicalement, que « la Constitution laisse la question aux peuples de chaque État ». Neutralisées dans *Obergefell* par le vote du *swing justice*, ces forces conservatrices

(105) Les quatre démocrates sont, par ordre de nomination : Ruth Ginsburg (1993), Stephen Breyer (1994), Sonia Sotomayor (2009) et Elena Kagan (2010). Les cinq républicains sont, par ordre de nomination : Clarence Thomas (1981), Antonin Scalia (1986), Anthony Kennedy (1987), Samuel Alito (2005) et John Roberts (2005).

(106) Il est considéré, pour cette raison, comme l'une des personnes les plus influentes dans la vie publique américaine et l'on a pu écrire, à son propos, que « dans la plupart des grandes affaires, le champ de bataille intellectuel de la Cour suprême se limite à l'espace entre les deux oreilles de cet homme » (M. CALABRESI et D. VON DREHLE, « The Decider », *Times*, 18 juin 2012). Voy. aussi K. MCGAVER, « Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States », *Minn. L. Rev.*, 2017, p. 1247.

(107) À ses yeux, la volonté de « préserver l'institution traditionnelle du mariage » était suffisante pour justifier — à l'aune d'un test de « simple rationalité » — le maintien du caractère hétérosexuel du mariage.

(108) M. D. RAMSEY, « Beyond the Text: Justice Scalia's Originalism in Practice », *Notre Dame L. Rev.*, 2017, p. 101.

(109) X., « Justice Thomas's Inconsistent Originalism », *Harv. L. Rev.*, 2008, p. 1431.

(110) B. J. GOROD, « Sam Alito: The Court's Most Consistent Conservative », *The Yale Law Journal Forum*, 24 janvier 2017 (www.yalelawjournal.org).

semblent appelées à un avenir radieux⁽¹¹¹⁾ à la suite du remplacement de Kennedy par Brett Kavanaugh⁽¹¹²⁾, choisi par Trump pour son « conservatisme vigoureux »⁽¹¹³⁾.

§ 5. — *Un dialogue avec soi-même :
la tentation de l'insularisme*⁽¹¹⁴⁾

Dans *Obergefell*, la Cour suprême a recherché les éléments susceptibles de nourrir l'interprétation constitutionnelle dans sa propre histoire et ses propres traditions bien davantage que dans le dialogue avec les autres ordres juridiques. Nous avons souligné — déjà⁽¹¹⁵⁾ — que c'est à la source de l'histoire du droit matrimonial anglo-américain et de l'évolution de sa propre jurisprudence relative à l'homosexualité que la Cour puise l'inspiration d'une interprétation dynamique de la Constitution américaine et, plus spécifiquement, d'une extension aux couples homosexuels du droit au mariage dégagé dans *Loving*, *Zablocki* et *Turner*. Aucune référence n'est par contre opérée aux solutions législatives et jurisprudentielles dégagées, en dehors des États-Unis, pour reconnaître et protéger les couples de même sexe. Tout au plus trouve-t-on, sous la plume dissidente du juge Alito, une référence à la légalisation du mariage homosexuel aux Pays-Bas en 2000 témoignant — à ses yeux — de ce que le droit au mariage des couples de même sexe n'a d'ancrage ni dans la tradition américaine, « ni dans la tradition des autres nations ». L'utilisation du droit international et comparé par la Cour suprême⁽¹¹⁶⁾ est une question éminemment discutée aux

(111) Selon François Vergniolle, la Cour actuelle est « la plus conservatrice au moins depuis les années trente » et semble « plus affirmative, et plus unie, dans sa volonté de mener la “contre-révolution” tant attendue par la droite depuis Nixon » (F. VERGNIOLE DE CHANTAL, « Une révolution conservatrice à la Cour suprême ? », in C. BERTHEZÈNE et J.-C. VINEL [dir.], *Conservatismes en mouvement : une approche transnationale au XX^e siècle*, pp. 28-29).

(112) E. ASH et D. L. CHEN, « What Kind of Judge is Brett Kavanaugh? », *Cardozo L. Rev.*, 2018, p. 70.

(113) A. LIPTAK, « Brett Kavanaugh, a Conservative Stalwart in Political Fights and on the Bench », *The New York Times*, 9 juillet 2018 (<https://www.nytimes.com>).

(114) F. R. VAN DER MENSBRUGGHE, « “Exceptionnalisme” du droit américain : l'insularité de la Cour suprême des États-Unis », *Rev. Dr. ULg*, 2007, p. 307.

(115) Voy. *supra*, section II, § 1.

(116) R. C. BLACK, R. J. OWENS et J. L. BROOKHART, « We Are the World: The US Supreme Court's Use of Foreign Sources of Law », *British Journal of Political Science*, 2016, p. 901.

Etats-Unis⁽¹¹⁷⁾ et il convient de relever — avec Ramu de Bellescize — que « la ligne de fracture qui sépare les partisans de l'isolationnisme juridique des partisans du transnationalisme juridique ne correspond pas à la division conservateurs/libéraux »⁽¹¹⁸⁾. Des références externes interviennent alors parfois, dans la jurisprudence de la Cour, lorsqu'elle est amenée à prendre une « décision controversée » pour « expliquer et justifier sa position en lui donnant un “aspect raisonnable” ou en la rendant “moralelement acceptable” »⁽¹¹⁹⁾. Tel fut notamment le cas dans l'arrêt *Lawrence* où la Cour s'est expressément appuyée sur l'arrêt *Dudgeon* de la Cour européenne pour justifier l'abandon de la solution retenue dans *Bowers*⁽¹²⁰⁾. Ceux qui s'opposent à de tels emprunts y voient — quant à eux — un « contournement de la Constitution », une « altération du rôle des juges » et une « fragilisation de la *common law* »⁽¹²¹⁾.

SECTION III. — LA COUR INTERAMÉRICAINNE ET LA CONSÉCRATION SPONTANÉE DE L'ÉGALITÉ DES CONJUGALITÉS

Le premier arrêt de la Cour interaméricaine relatif à l'orientation sexuelle concerne les droits parentaux des personnes homosexuelles. Ainsi, dans son arrêt *Atala Riffo c. Chile* du 24 février 2012, la Cour a-t-elle pu juger que le Chili avait violé la Convention en retirant à une mère homosexuelle la garde de ses filles en raison de son orientation sexuelle⁽¹²²⁾. Cet arrêt est considéré comme un incontournable *leading case*, dans la mesure — notamment — où il pose les bases de la doctrine jurisprudentielle de la Cour relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁽¹²³⁾. La Cour y affirme que l'orientation sexuelle

(117) M. MINOW, « The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States », *Harvard International Law Journal Online*, 2010.

(118) R. DE BELLESCIZE, « Nous sommes le Monde : la Cour suprême des États-Unis et l'emploi du droit étranger », *RFD const.*, 2020, p. 449.

(119) *Ibid.*, p. 446.

(120) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 16 (2003). Voy. *supra*, section III, § 1 et III, § 4.

(121) R. DE BELLESCIZE, « Nous sommes le Monde : la Cour suprême des États-Unis et l'emploi du droit étranger », *op. cit.*, pp. 453 et s.

(122) Cour. int. dr. h., 24 février 2012, arrêt *Atala Riffo c. Chile*.

(123) C. GIANELLA et B. M. WILSON, « LGBTI rights », in J.-F. GONZALEZ-BERTOMEU et R. GARGARELLA (éds), *The Latin American Casebook: Courts, Constitutions, and Rights*, Londres, Routledge, 2016, pp. 71 et s. ; R. M. CELORIO, « The Case of Karen Atala and Daughters: Towards a Better Understanding of Discrimination, Equality and the Rights of Women », *City University of New-York Law Review*, 2012, p. 335.

est une « catégorie protégée » (*categoría protegida*) par la Convention (art. 1.1, § 91) et ajoute que l'exigence de non-discrimination ne se limite pas à la « condition d'homosexuel » en soi-même, mais inclut son « expression » et ses « conséquences nécessaires » pour le projet de vie des personnes (§ 133) et que l'absence de consensus dans certains pays sur le respect des droits des minorités sexuelles ne peut être un argument valide pour perpétuer des discriminations historiques (§ 92). La Cour a ensuite pu mettre en œuvre ces principes fondamentaux à propos d'autres problématiques similaires à celles soumises à la Cour européenne et à la Cour suprême. Dans son arrêt *Ángel Alberto Duque c. Colombia* du 26 février 2016, elle a considéré que la Colombie avait violé la Convention en refusant à un homme homosexuel le bénéfice d'une pension de survie après le décès de son partenaire⁽¹²⁴⁾. Dans son arrêt *Flor Freire c. Ecuador* du 31 août 2016, elle a jugé que l'Équateur avait violé la Convention en excluant des forces armées un homme qui s'était livré à des actes sexuels dans les installations militaires⁽¹²⁵⁾. Tel est donc l'état de la jurisprudence interaméricaine lorsque le Costa Rica invite la Cour à prendre position — par le biais d'un avis consultatif — sur « les droits patrimoniaux » (*derechos patrimoniales*) qui devraient être reconnus aux couples de même sexe et sur le « statut juridique » (*figura jurídica*) dont ils devraient pouvoir bénéficier⁽¹²⁶⁾.

§ 1. — *L'appréhension flexible de la famille :*
l'élément « naturel et fondamental » d'une société en évolution

La Convention américaine protège non seulement la vie privée et la vie familiale (art. 11.2), mais aussi la famille elle-même, en tant qu'« élément naturel et fondamental de la société » (art. 17.1). Dans son avis consultatif 24/17⁽¹²⁷⁾, la Cour souligne que ni le texte de ces dispositions,

(124) Cour. int. dr. h., 26 février 2016, arrêt *Ángel Alberto Duque c. Colombia*.

(125) Cour. int. dr. h., 31 août 2016, arrêt *Flor Freire c. Ecuador*.

(126) Le président costaricain, Luis Guillermo Solís, avait fait état durant sa campagne électorale de sa volonté de faire progresser les droits des homosexuels. Pour désamorcer les dissensions internes sur la question, son gouvernement prit le parti stratégique de demander au juge interaméricain de faire le point sur les exigences de la Convention à cet égard. (N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights », *Int'l J. Const. L. Blog*, 24 février 2018, www.icconnectblog.com).

(127) Cour int. dr. h., Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

ni leur contexte immédiat (§§ 181-182) ou plus large (§§ 183-186) ne permettent de délimiter les contours de la famille⁽¹²⁸⁾ et rappelle que la CADH est un « instrument vivant » (§ 187) se prêtant à une « interprétation évolutive » (§ 188). En effet, souligne-t-elle, ses auteurs ne pouvaient pas « connaître la portée absolue des droits et libertés » et lui ont dès lors confié « la tâche de les découvrir et de les protéger en tenant compte du changement des temps » (§ 193). La Cour admet alors que la famille est une institution sociale dont l'importance est « névralgique » pour la cohésion des communautés, des sociétés et des peuples (§ 176), mais précise aussitôt qu'elle n'est pas — pour autant — restée « en marge » du développement des sociétés (§ 177). C'est pour cette raison, explique le juge interaméricain, qu'il a, depuis les premiers développements de sa jurisprudence, toujours interprété le concept de famille de manière « flexible et large » (§ 190)⁽¹²⁹⁾. La Cour déclare dès lors souscrire pleinement au constat posé par la Cour européenne dans *Schalk et Kopf c. Autriche* suivant lequel il serait « artificiel » de considérer aujourd'hui qu'un couple de même sexe ne pourrait pas jouir d'un lien familial aussi bien qu'un couple hétérosexuel. Cela — précise-t-elle encore — ne retire rien aux autres modalités familiales, ni ne méconnaît l'importance de la famille : il s'agit simplement de reconnaître « l'égale dignité » des liens affectifs formés par une minorité « historiquement opprimée et discriminée » (§ 192). Les dispositions de la Convention qui garantissent l'égalité — ses articles 1.1 et 24 — exigent donc que les couples de même sexe puissent bénéficier non pas seulement des droits patrimoniaux (*derechos patrimoniales*) (§§ 196-197), mais également de tous les autres droits alloués par les États aux couples hétérosexuels (§ 198).

(128) D'une part, si l'article 17.2 de la CADH protège le « droit de l'homme et de la femme à contracter mariage et à fonder une famille », il ne consacre pas « une définition restrictive de la façon dont doit s'entendre le mariage ou dont doit se fonder une famille » (§ 182). D'autre part, les autres instruments interaméricains ne recèlent eux non plus aucune définition de la famille : parfois même, ils sont formulés dans des termes plus larges que ceux de la CADH : la Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'homme consacre ainsi le droit de « toute personne » à créer une famille, tandis que la Déclaration américaine sur les droits des peuples indigènes se réfère aux « systèmes familiaux » propres à ces peuples (§§ 183-185).

(129) Voy. not. Cour int. dr. h., 27 novembre 1998, arrêt *Loayza Tamayo c. Peru*, § 92 (dans le contexte de cette affaire relative à une arrestation arbitraire, la Cour a affirmé que « *el término "familiares de la víctima" debe entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano* »).

§ 2. — *Un test de igualdad strict :
l'insuffisance d'une institution alternative*

Pour déterminer la façon dont les États latino-américains devraient assurer aux couples de même sexe la jouissance de ces droits, la Cour de San José se penche sur la « pratique internationale pertinente » (§ 201). Elle rappelle alors sa jurisprudence (spécialement *Duque*⁽¹³⁰⁾) aussi bien que celle de la Cour européenne (notamment *Oliari*⁽¹³¹⁾), avant de détailler les solutions retenues dans les États latino-américains, au Canada et aux États-Unis (§§ 201-216). Elle relève que les mesures tendant à garantir les droits des couples homosexuels sont de différente nature (§ 217), mais affirme d'emblée qu'à ses yeux l'extension du mariage est le moyen « le plus simple et le plus efficace » (§ 218). Bien plus, ajoute-t-elle aussitôt, établir une différence de traitement entre les couples quant à « la forme selon laquelle ils peuvent fonder une famille » ne peut satisfaire à un « test d'égalité strict » (*test stricto de igualdad*) (§ 220). En effet, selon la Cour, il n'existe pas d'« objectif conventionnellement acceptable » pour que cette distinction soit considérée « nécessaire et proportionnée » (§ 220). Ainsi, d'une part, l'idée que le mariage aurait pour but la procréation est dégradante pour tous les couples qui, pour quelque motif que ce soit, ne peuvent ou ne veulent procréer (§ 221). À cet égard, l'étymologie du terme « mariage » (qui renvoie à la maternité) ne saurait être déterminante pour la détermination de son sens actuel (§ 222). D'autre part, les oppositions « religieuses ou philosophiques » au mariage homosexuel ne peuvent, dans une société démocratique, justifier une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Aussi importantes soient-elles pour la vie et la dignité des personnes qui les professent, les convictions philosophico-religieuses ne peuvent déterminer les droits des êtres humains (§ 223). C'est donc le principe d'égalité qui est au premier plan ici, tandis que le droit au mariage — garanti par l'article 17.2. de la CADH — ne joue qu'un rôle tout à fait marginal⁽¹³²⁾.

Aux yeux de la Cour, créer une institution dotée des mêmes effets que le mariage mais portant un autre nom « n'a aucun sens, sauf celui de signaler socialement les couples de même sexe par une dénomination qui indique une différence sinon stigmatisante à tout le moins dépréciative » (§§ 224-225). Une telle solution reconduit les « stéréotypes

(130) Voy. *supra*.

(131) Voy. *supra*, section I, § 2.

(132) Voy. *supra*, note 128.

d'hétéronormativité » en désignant certains comme « normaux » et d'autres comme « anormaux ». Dès lors, selon la Cour, on ne peut accepter la coexistence de « deux classes d'unions » pour consacrer juridiquement la vie commune hétérosexuelle et homosexuelle qui constituerait une distinction discriminatoire et incompatible avec la Convention. Certains ont alors pu voir dans l'avis consultatif 24/17 une nouvelle manifestation d'une tendance de la Cour interaméricaine « à voir les cas en termes de blanc et de noir en rejetant les approches nuancées »⁽¹³³⁾ ou les « demi-mesures »⁽¹³⁴⁾. Aux yeux de Nicolás Carrillo-Santarelli, cela peut s'expliquer historiquement par le fait que la Cour a en premier lieu dû répondre à des « abus odieux » impliquant des atteintes évidentes au droit à la vie ou à l'intégrité physique. De telles violations des droits, en effet, ne laissent pas de place à la nuance et appellent une approche nette et tranchée : peut-être, suggère-t-il, la Cour considère-t-elle à présent qu'une telle attitude est appropriée « pour toutes les affaires et tous les droits »⁽¹³⁵⁾.

§ 3. — *Les difficultés institutionnelles :
la possibilité de mesures « transitoires »*

Au moment où la Cour délivre son opinion consultative 24/17, seuls 5 États sur les 22 États ayant accepté la compétence contentieuse de la Cour⁽¹³⁶⁾ permettaient le mariage de couples de même sexe : l'Argentine (2010), le Brésil (2013), l'Uruguay (2013), le Mexique (2015) et la Colombie (2016). Elle se déclare alors parfaitement consciente des « difficultés institutionnelles » que certains États devront surmonter pour consacrer le droit au mariage des couples de même sexe⁽¹³⁷⁾. Elle

(133) N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.* ; N. CARRILLO-SANTARELLI, « Gender identity and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples: Advisory Opinion OC-24/17 », *Am. J. Int. L.*, 2018, p. 483.

(134) F. POU GIMÉNEZ, « Quo vadis, Inter-American Court? Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism », *Int'l J. Const. L. Blog*, 11 avril 2018 (www.iconnectblog.com).

(135) N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*

(136) Voy. art. 62 CADH.

(137) Celles-ci, précise-t-elle, sont en particulier liées aux réformes législatives nécessaires qui impliquent des « procédures » (*tramite*) qui ne sont pas exemptes de difficultés politiques et des « étapes » (*pasos*) qui prennent un certain temps.

souligne, néanmoins, que l'interprétation progressive de la Convention correspond en l'espèce à une « évolution du droit » observable dans d'autres zones du continent (§ 226). Il s'ensuit que les États doivent impulser « réellement et de bonne foi » les réformes nécessaires pour adapter leurs ordres juridiques (§ 226). À titre transitoire, il leur revient — à tout le moins — de garantir aux couples de même sexe les mêmes « droits dérivés » qu'aux couples hétérosexuels. La Cour interaméricaine prend donc indéniablement le parti du « dynamisme » en imposant sa compréhension des exigences du principe d'égalité aux États qui ont accepté sa compétence (et aux autres États de l'OEA⁽¹³⁸⁾), sans se préoccuper des réticences que peut y susciter le mariage homosexuel. Elle prend appui, à cet égard, sur les évolutions observables à l'échelle continentale et ne se réfère à aucun moment à l'idée de « subsidiarité » ou à la « marge d'appréciation » à laisser aux États⁽¹³⁹⁾ : elle leur ordonne ainsi de « prendre un certain chemin »⁽¹⁴⁰⁾ en récusant — en quelque sorte — l'idée d'une « pluralité des options étatiques » acceptables dans certaines limites⁽¹⁴¹⁾. Si l'on rappelle, en outre, que les questions posées par le Costa Rica⁽¹⁴²⁾ ne portaient pas explicitement sur le mariage en tant que tel, mais « seulement » sur les « droits patrimoniaux » et le « statut juridique » à accorder aux couples de même sexe, il apparaît que l'opinion 24/17 est une spectaculaire illustration de l'activisme juridictionnel — notoire⁽¹⁴³⁾ — de la Cour interaméricaine.

Dès lors que le mariage est une question politique sensible au niveau national, le volontarisme de la Cour interaméricaine a pu donner lieu à

(138) Voy. §§ 26-27 et *supra*, note 2.

(139) N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.* ; N. CARRILLO-SANTARELLI, « Gender Identity and Equality and Non-Discrimination of Same Sex couples : Advisory Opinion OC-24/17 », *op. cit.*, p. 483.

(140) F. POU GIMÉNEZ, « Quo vadis, Inter-American Court? Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism », *op. cit.*

(141) N. CARRILLO-SANTARELLI, « The Politics behind the Latest Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights », *op. cit.*

(142) Voy. *supra*.

(143) F. POU GIMÉNEZ, « Quo vadis, Inter-American Court? Activism, Backlash and Latin American Constitutionalism », *op. cit.* Voy. sur la pertinence de l'idée de marge d'appréciation dans le système interaméricain R. MARTINÓN QUINTERO, « El activismo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Revista de derecho publico*, 2018, p. 111, et L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *Estudios Constitucionales*, 2014, p. 141.

des appréciations contrastées. D'un côté, évidemment, l'avis constitue certainement une « victoire » pour les communautés LGBTI dans les Amériques⁽¹⁴⁴⁾ et les activistes des droits de l'homme et des droits LGBT du monde entier l'ont dès lors accueilli avec « faveur »⁽¹⁴⁵⁾. Certains États ont déjà adapté leur ordre juridique à l'avis consultatif 24/17 : dans une décision du 8 août 2018, la Cour suprême du Costa Rica a ainsi demandé au législateur d'agir dans les 18 mois pour permettre le mariage des couples de même sexe⁽¹⁴⁶⁾ ; dans une décision du 12 juin 2019, la Cour constitutionnelle d'Équateur a semblablement ordonné à l'administration de l'état civil d'admettre l'enregistrement d'un mariage homosexuel⁽¹⁴⁷⁾. D'un autre côté, toutefois, la prise de position très « volontariste » de la Cour de San José sur une question aussi sensible présente un incontestable risque de *backlash* préjudiciable à l'autorité de la Cour⁽¹⁴⁸⁾. Ainsi ne peut-on pas ignorer qu'au Costa Rica, l'avis 24/17 a eu un impact sur la campagne électorale en « boostant » la candidature du chrétien évangéliste Fabricio Alvarado qui a fait campagne sur la protection des valeurs traditionnelles et est arrivé en tête au premier tour de l'élection pour s'incliner ensuite durant le second⁽¹⁴⁹⁾. De même faut-il constater que ces difficultés politiques au Costa Rica ont « énergisé » les activistes anti-LGBT dans la région : ainsi, le président brésilien Jair Bolsonaro fait-il notamment état de sa volonté de remettre en question l'acquis du mariage homosexuel⁽¹⁵⁰⁾. Il apparaît ainsi que le mariage homosexuel continue de polariser l'opinion latino-américaine et que certains États s'inscrivent d'emblée de bon cœur dans le sillon tracé par la Cour inter-américaine, tandis que d'autres semblent — à l'inverse — prêts à entrer

(144) E. ABRUSCI, « The IACtHR Advisory Opinion: One Step Forward or Two Steps Back for LGBTI Rights in Costa Rica? », *EJIL: Talk !*, 27 février 2018 (www.ejiltalk.org).

(145) M. SAEZ, « In the Right Direction: Family Diversity in the Inter-American System of Human Rights », *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.*, 2019, p. 351.

(146) Sala Constitucional, Resolución N° 12782 — 2018 del 8 de Agosto del 2018 (dans une longue opinion séparée, le juge Castillo Viquez a affirmé qu'à ses yeux le Costa Rica n'était pas tenu d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe).

(147) Corte constitucional del Ecuador, Sentencia N° 1-18-CN (matrimonio igualitario) del 12 de junio de 2019 (le juge Salgado Pesantes, rallié par quatre collègues, a émis une opinion séparée défavorable à l'ouverture du mariage).

(148) X. SOLEY ET S. STEININGER, « Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights », *International Journal of Law in Context*, 2018, p. 242.

(149) E. ABRUSCI, « The IACtHR Advisory Opinion: One Step Forward or Two Steps Back for LGBTI Rights in Costa Rica? », *op. cit.*, www.ejiltalk.org.

(150) M. SAEZ, « In the Right Direction: Family Diversity in the Inter-American System of Human Rights », *op. cit.*, p. 351.

en résistance contre son avis 24/17 : dans ce contexte, comme le souligne Macarena Saez, « il est impossible, à ce stade, de connaître l'impact politique réel de cette opinion »⁽¹⁵¹⁾.

§ 4. — *Une forte homogénéité idéologique
au sein de la Cour interaméricaine*

Toute spectaculaire qu'elle soit, la décision de la Cour a pu rallier en son sein une majorité confortable puisque six juges se sont prononcés en faveur de l'ouverture du mariage et un seul contre.

Ainsi, seul le juge chilien Eduardo Vio Grossi s'est désolidarisé de la position de la Cour en considérant que la Convention américaine n'impose ni la reconnaissance et la régulation des unions homosexuelles (sp. §§ 70-75), ni *a fortiori* l'ouverture du mariage (sp. §§ 80 et s.)⁽¹⁵²⁾. L'avis consultatif 24/17 peut alors être considéré comme le reflet de la forte homogénéité idéologique qui prévaut à San José articulée sur une interprétation sans compromis des droits de l'homme et un dynamisme juridictionnel assumé. Pour autant, souligne Laurence Burgorgue-Larsen, la Cour interaméricaine, longtemps caractérisée par un « activisme légendaire », rend désormais occasionnellement des décisions dans lesquelles « le *self-restraint* parvient à s'imposer » tandis que « la fracture entre activisme et retenue juridictionnelle [...] est chaque jour plus présente dans le contentieux interaméricain »⁽¹⁵³⁾. Le juge Vio Grossi est d'ailleurs notoirement le « champion » des opinions dissidentes empreintes de « classicisme analytique enclin à la retenue » professant une interprétation

(151) *Ibid.*

(152) Le juge chilien a récusé l'interprétation évolutive de la Cour (« *la interpretación evolutiva de la Convención o la consideración de que ella es derecho vivo, no consiste en que se le interprete con el fin de hacer legítimo, de modo casi automático, lo que la realidad social exprese en el momento de la interpretación, pues en tal evento dicha realidad sería el intérprete y aun la que ejercería la función normativa* » [§ 93]) et défendu la légitimité de la prise en considération des convictions religieuses pour l'interprétation de la Convention (« *al presumir, sin dar explicación o fundamento de ello, que quienes se oponen al matrimonio entre personas del mismo sexo, tienen convicciones religiosas o filosóficas inapropiadas, por tanto, para la interpretación de la Convención, se corre el riesgo de que más de alguien considere a aquellas personas como contrarias a los derechos humanos y, por ende, susceptibles de limitarles su discurso, esto es, en definitiva, discriminarlos* » [§ 101]).

(153) L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 141.

plus « orthodoxe » et « retenue » de la Convention⁽¹⁵⁴⁾. Face à lui, le juge mexicain Eduardo Ferrer Mac-Gregor incarne le courant « progressiste », voire « activiste », au sein de la Cour⁽¹⁵⁵⁾. L'on verra alors comment ces tendances pourront s'articuler dans le contentieux interaméricain et si, à terme, un outil tel que la marge d'appréciation, voué à la recherche d'un certain équilibre entre interventionnisme et pluralisme, pourra s'y implanter⁽¹⁵⁶⁾.

§ 5. — *Un dialogue largement ouvert :
l'exemple de l'universalisme*

L'un des aspects les plus remarquables de l'opinion consultative 24/17 est la constante référence opérée, à toutes les étapes du raisonnement, à des sources extérieures au système interaméricain et — en particulier — à la jurisprudence de la Cour européenne : le contraste avec les usages qui prévalent à Strasbourg⁽¹⁵⁷⁾ et à Washington⁽¹⁵⁸⁾ est, à cet égard, frappant.

Ainsi, tant pour l'extension de la vie familiale protégée que pour l'examen des modalités possibles de la reconnaissance et de la protection des couples de même sexe, la Cour renvoie-t-elle constamment à son « homologue européen » (*par europeo*⁽¹⁵⁹⁾). La Cour se réfère aussi constamment, au cours de son raisonnement, aux instruments, décisions⁽¹⁶⁰⁾

(154) Sa dissidence emblématique — dans *Artavia Murillo* — expose ainsi, de façon particulièrement détaillée et articulée de l'interprétation évolutive telle que la conçoit la majorité des juges interaméricains (Cour. int. dr. h., arrêt *Artavia Murillo c. Costa Rica* du 28 novembre 2012) (L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 143).

(155) Moins nombreuses que celles de Vio Grossi, ses opinions séparées n'en offrent pas moins une « théorisation » très élaborée du contrôle de conventionnalité (voy. en particulier Cour. int. dr. h., 26 novembre 2010, arrêt *Cabrera y Montiel Flores c. Mexico*). (L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 142).

(156) L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 145.

(157) Voy. *supra*, section I, § 5.

(158) Voy. *supra*, section II, § 5.

(159) Voy. not. les §§ 68, 77, 180, 187, 192, 204 et 205.

(160) La Cour renvoie notamment, lorsqu'elle envisage les modalités de la régulation des unions homosexuelle, aux observations délivrées — en 2003 — par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Young v. Australia* (traitement différencié des couples de même sexe en matière de pensions de retraite) (§ 203).

et recommandations⁽¹⁶¹⁾ émanant du système universel de protection des droits humains. L'avis rendu par la Cour à propos du mariage homosexuel témoigne donc de la propension de la Cour à « importer » de façon « massive mais sélective » les interprétations des droits de l'homme formulées dans les systèmes « extra-américains »⁽¹⁶²⁾. Pour Domenico Giannino, cela tiendrait non seulement à « l'indifférence politique des États de l'OEA pour les questions de protection des droits de l'homme » et corrélativement à « l'environnement difficile dans lequel la Cour opère », mais aussi à « l'approche universelle » de la protection des droits de l'homme que la Cour a toujours plébiscitée⁽¹⁶³⁾. Cette tendance à s'émanciper des consensus régionaux pour favoriser une approche transnationale est, aux yeux de cet auteur, ambivalente : elle confère indéniablement un certain « prestige argumentatif » aux décisions de la Cour, mais elle peut avoir un impact négatif sur la création d'un « corpus de standards communs » en matière de droits de l'homme⁽¹⁶⁴⁾.

Les références aux options canadiennes et américaines sont nettement moins appuyées, même si les évolutions nord-américaines sont expressément mentionnées et si — au surplus — l'arrêt *Obergefell* est spécifiquement mobilisé au soutien de l'énumération, par la Cour, des avantages dont le bénéfice a été progressivement étendu aux couples de même sexe (§ 197). L'attention limitée accordée aux solutions retenues en Amérique du Nord procède probablement d'une pluralité de facteurs : la non-ratification de la CADH par les États-Unis et le Canada explique probablement en partie cette relative « défiance » ; mais, en ce qui concerne les États-Unis, il faut probablement aussi prendre en considération le poids d'une histoire commune très violente et de relations politiques encore extrêmement complexes et tendues⁽¹⁶⁵⁾.

(161) La Cour renvoie notamment, lorsqu'elle s'interroge sur les implications du principe de non-discrimination, aux principes de Jogjakarta élaborés — en 2007 — par un groupe d'experts indépendants à l'initiative des Nations unies et mis à jour en 2017 (« Jogjakarta + 10 ») (§ 196).

(162) G. NEUMAN, « Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights », *Eur. J. Int'l L.*, 2008, p. 101.

(163) D. GIANNINO, « Are We Looking Up or Are We Looking Out? The Transnational Constitutionalism of the Inter-American Court of Human Rights: Conventionality Control and the Fight Against Impunity », *Transnational Legal Theory*, 2019, p. 15.

(164) *Ibid.*

(165) Ainsi Laurence Burgorgue-Larsen pointe-t-elle d'emblée, parmi les éléments qui concourent au contexte politique dans lequel intervient la Cour interaméricaine, « les horreurs générées par la politique des États-Unis d'Amérique dans ce qu'ils ont longtemps considéré comme leur 'arrière cour' » (L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 110).

SECTION IV. — RÉFLEXIONS COMPARATISTES

Tous trois soumis à la paradigmatique question du mariage homosexuel, les juges européens et (inter)américains des droits de l’homme ont donc abouti à des réponses contrastées en empruntant des chemins différents. La comparaison de leurs décisions et avis au prisme des cinq enjeux identifiés en introduction met en évidence les *tensions dialectiques* qui sous-tendent l’interprétation des droits fondamentaux et les *modalités possibles de leur résolution*.

	Dialectique	Cour européenne	Cour suprême	Cour inter-américaine
Applicabilité des droits	Continuité/ changement	Rénovation prudente fondée sur le droit de l’UE	Extension par extrapolation de quatre principes	Consolidation d’une appréhension originellement flexible
Mise en balance des droits et intérêts	Collectif/ individu	Priorité à l’État mais compromis stratégique	Priorité au droit (au mariage) avec refus exprès du compromis	Priorité au droit (à l’égalité) avec refus exprès du compromis
Légitimité du juge	Passivisme/ activisme	Consensualisme provisoire (mise en garde)	Activisme modéré (par la nette tendance préexistant aux États-Unis)	Activisme modéré (par l’allocation d’une période de transition)
Cohésion intrajuridictionnelle	Orthodoxie/ dynamisme	Unanimité constante (avec dissensus périphérique)	Prévalence momentanée (et révolue) du dynamisme	Prévalence habituelle (mais compromise) du dynamisme
Dialogue interjuridictionnel	Universalisme/ insularisme	Régionalisme	Insularisme	Universalisme

§ 1. — *L’applicabilité des droits : donner vie au texte*

C’est en prenant appui sur les instruments de droit de l’Union européenne que la Cour de Strasbourg « vivifie » sa compréhension du mariage et de la vie familiale : les perceptions plus ouvertes que charrient la Charte et les directives relatives au regroupement familial procurent, en quelque sorte, un « étayage » pour la « rénovation » de

l'interprétation conventionnelle⁽¹⁶⁶⁾. Singulière, cette démarche n'en présente pas moins des similarités remarquables avec les approches retenues à la Cour suprême et à la Cour interaméricaine.

En se référant, comme la Cour de Strasbourg, aux règles de la convention de Vienne, le juge interaméricain suit un raisonnement très proche : le texte et le contexte des dispositions conventionnelles ne bornent pas l'interprétation de droits « vivants » réclamant une interprétation « évolutive » et, au regard des transformations de la société, il serait « artificiel » d'exclure les couples de même sexe du champ d'application de la vie familiale protégée par l'article 11.2⁽¹⁶⁷⁾. Sans être tenue par les canons interprétatifs viennois, la Cour suprême propose une analyse substantiellement similaire : l'histoire et la tradition guident l'analyse de *due process* sans en « définir les limites ultimes » et, compte tenu de l'évolution du mariage et de la perception de l'homosexualité, le droit constitutionnel au mariage devait être étendu aux couples de même sexe⁽¹⁶⁸⁾. En Europe aussi bien qu'en Amérique, l'extension des droits procède donc d'une forme de tension entre tradition et modernité : c'est dans la résolution toujours provisoire de la dialectique de la continuité et du changement que se joue l'extension à pas comptés de la protection conventionnelle ou constitutionnelle⁽¹⁶⁹⁾. À la Cour interaméricaine et à la Cour suprême, il est d'ailleurs insisté sur le « mandat » donné par les rédacteurs des dispositions conventionnelles ou constitutionnelles aux « générations futures » chargées d'en « redécouvrir » et d'en « réapprendre » les significations constamment renouvelées par « le changement des temps »⁽¹⁷⁰⁾.

Les juges (inter)américains mettent aussi l'accent sur l'« importance névralgique » de la famille et la « beauté » du mariage qui — pour autant — évoluent l'une et l'autre au diapason des mutations de la société : à leurs yeux, le désir d'une minorité sexuelle historiquement discriminée de pouvoir y accéder confirme leur centralité et enrichit leur signification, sans rien retirer en dignité et en droit aux autres modalités familiales. Plus lyriques, assurément, que celle — prudente jusqu'à l'ambiguïté⁽¹⁷¹⁾ ou la

(166) Voy. *supra*, section I, § 1.

(167) Voy. *supra*, section III, § 1.

(168) Voy. *supra*, section II, § 1.

(169) C. O'MAHONY et K. DZEHTSIAROU, « Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the US Supreme Court », *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 2013, p. 309.

(170) Voy. Cour int. dr. h., Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre 2017, § 193 et *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ 1, 11 (2015).

(171) Voy. *supra*, section I, § 1.

contradiction⁽¹⁷²⁾ — du juge européen, les interprétations (inter)américaines conduisent à une consécration franche des droits des couples homosexuels dont on perçoit d'emblée qu'ils sont appelés à revêtir, dans la balance des intérêts, un poids considérable, voire décisif. Elles n'empruntent pas, néanmoins, exactement le même chemin : la Cour suprême appuie l'extension du droit au mariage sur une construction élaborée articulant quatre principes constitutionnels de large portée⁽¹⁷³⁾, tandis que le juge interaméricain renvoie plus laconiquement à l'appréhension « flexible et large » de la famille qui a prévalu depuis l'origine dans sa jurisprudence⁽¹⁷⁴⁾.

§ 2. — *La mise en balance des droits et intérêts :
domestiquer l'incommensurabilité*

Alors que la Cour de Strasbourg élude, dans *Schalk et Kopf* et la jurisprudence subséquente, la spécificité de l'exigence d'égalité⁽¹⁷⁵⁾, les juges (inter)américains « combinent » le droit au mariage et l'interdiction de la discrimination. *Obergefell* rend un puissant hommage au mariage dont l'importance dans la société américaine est telle qu'il n'est plus concevable d'en exclure les couples homosexuels : l'exigence d'égalité ne vient alors qu'en « renfort » ou en « complément »⁽¹⁷⁶⁾. L'avis 24/17 charrie une vision stricte de l'égalité et l'ouverture du mariage est la façon la plus simple et efficace de mettre fin aux discriminations auxquelles sont exposés les couples de même sexe : le mariage n'apparaît pas comme une « fin » en soi, mais comme le « moyen » de l'égalité⁽¹⁷⁷⁾.

L'apologie américaine du mariage présente — selon certains⁽¹⁷⁸⁾ — le risque d'ostraciser les familles qui se déploient hors de lui et de n'offrir qu'une protection sectorielle à la communauté LGBT : l'approche interaméricaine — centrée sur l'égalité — serait alors éventuellement préférable. Quoi qu'il en soit, la « prioritisation » (inter)américaine du droit

(172) Voy. *supra*, section I, § 2.

(173) Voy. *supra*, section II, § 1.

(174) Voy. *supra*, section III, § 1.

(175) Voy. *supra*, section I, § 2 et C. JENART, « Rechterlijk activisme in keuze tussen vrijheid en gelijkheid ? Vergelijkende rechtspraakanalyse van het US Supreme Court en het EHRM over het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht », *op. cit.*, p. 613.

(176) Voy. *supra*, section II, § 2.

(177) Voy. *supra*, section III, § 2.

(178) voy. par ex. M. MURRAY, « *Obergefell v. Hodges* and Nonmarriage Inequality », *Cal. L. Rev.*, 2016, spéc. pp. 1212 et s., et M. M. WALLS, « *Obergefell v. Hodges* : right idea, wrong analysis », *Gonz. L. Rev.*, 2017, spéc. pp. 138 et s.

au mariage ou du principe d'égalité paraît préférable au renoncement européen à toute « coopération » entre droits substantiels et principe d'égalité. Il est plus problématique encore — nous semble-t-il — que le Cour de Strasbourg s'abstienne à ce stade de discuter le fond des arguments formulés contre le mariage homosexuel et s'en tienne à la validation de « connotations culturelles et sociales » dont la nature et la teneur ne sont pas autrement exposées. De l'autre côté de l'Atlantique, les juges des droits de l'homme n'hésitent pas, quant à eux, à examiner (et à rejeter) les arguments tirés de la dimension procréative du mariage et des convictions religieuses hostiles à l'homosexualité.

Est-ce alors, par-delà l'invocation pudique de « connotations culturelles et sociales », le poids des « croyances religieuses » relatives au mariage qui « bloque » actuellement la Cour de Strasbourg au seuil d'un véritable contrôle de proportionnalité ? La conception religieuse du mariage a en tout cas été au cœur d'une récente affaire *Babiarz c. Pologne* dans laquelle la Cour a finalement confirmé l'absence de droit européen au divorce⁽¹⁷⁹⁾ : il est alors permis de penser que l'enjeu religieux n'est pas entièrement étranger au choix strasbourgeois d'emprunter à ce stade — s'agissant de la reconnaissance et de la protection des couples de même sexe — les pistes de compromis récusées à Washington et à San José plutôt que la voie frontale de la consécration du droit au mariage que les juges (inter)américains ont privilégiée.

§ 3. — *La légitimité du juge : respecter la souveraineté*

La Cour européenne choisit une approche retenue qui laisse (pour le moment) la question du mariage aux États⁽¹⁸⁰⁾, en net contraste avec l'attitude plus audacieuse de la Cour suprême et de la Cour interaméricaine. C'est certainement dans le système européen que le principe de subsidiarité est le mieux ancré, ainsi qu'en témoignent la prégnance, dans la jurisprudence strasbourgeoise, du mécanisme du « consensus

(179) Le juge portugais a fait valoir dans son opinion dissidente que « la Convention est un texte *'religious-friendly'*, mais elle ne permet pas l'imposition par l'État de valeurs religieuses ou morales, même lorsqu'elles sont partagées par la majorité de Paulo Pinto de Albuquerque la population » (Cour eur. dr. h. 10 janvier 2017, arrêt *Babiarz c. Pologne*, opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, § 33). Voy. à propos de cet arrêt les critiques très dures de Thomas Hochmann qui rapproche la décision de la Cour des « visées catholiques intégristes » (T. HOCHMANN, « Le mariage est une prison (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt *Babiarz c. Pologne*, 10 janvier 2017), *Rev. trim. dr. h.*, 2017, p. 1015.

(180) Voy. *supra*, section I, § 3.

européen » et de son corrélat la « marge nationale d'appréciation »⁽¹⁸¹⁾. Pour autant, les considérations « subsidiaristes » ne sont pas absentes dans les deux autres systèmes.

C'est certainement vrai aux États-Unis où un principe de *judicial restraint* aux contours relativement indéterminés constitue la contrepartie du pouvoir de *judicial review*. C'est moins clair à la Cour interaméricaine dont « l'activisme » a longtemps pu être qualifié de « légendaire », mais des « traces ténues »⁽¹⁸²⁾ de subsidiarité sont détectables dans la jurisprudence. Des auteurs autorisés font d'ailleurs valoir que le système de la « marge d'appréciation » pourrait à terme se déployer en droit constitutionnel américain⁽¹⁸³⁾ et/ou dans le système interaméricain⁽¹⁸⁴⁾. Quoi qu'il en soit, alors que les juges strasbourgeois considèrent que les conditions d'une harmonisation européenne ne sont pas réunies, les juges (inter)américains estiment qu'il est « nécessaire et urgent » de consacrer le droit au mariage quitte à couper court au débat démocratique en cours au niveau étatique⁽¹⁸⁵⁾ et quelles que soient les difficultés institutionnelles auxquelles les États devront trouver des solutions⁽¹⁸⁶⁾. Encore faut-il bien préciser, pour atténuer le contraste, que, d'un côté, la Cour suprême pouvait s'appuyer sur le choix déjà opéré par trente-cinq États américains de permettre le mariage homosexuel et que, de l'autre côté, la Cour interaméricaine laisse aux États latino-américains une certaine latitude pour mettre en œuvre « réellement et de bonne foi » la « transition » vers l'égalité matrimoniale.

(181) À la suite du processus dit « d'Interlaken », la subsidiarité a par ailleurs été « réaffirmée » avec force comme un principe directeur fondamental de l'office du juge européen des droits de l'homme : le protocole additionnel n° 15 a intégré une référence au mécanisme de la marge d'appréciation au sein du préambule de la CEDH (voy. not. F. SUDRE [dir.], *Le principe de subsidiarité au sens de la CEDH*, coll. Droit & Justice, Limal, Anthemis, 2014).

(182) L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 145. Voy. aussi G. WILLEMS, « La tensión entre pluralismo y armonización en la jurisprudencia de la Corte EDH y de la Corte IDH : el caso del derecho de la persona y de la familia », in J.-A. MARTÍNEZ-MUÑOZ (dir.), *Multiculturalismo y derechos humanos*, Mexico, Ed. Porrúa, 2015, pp. 225-252.

(183) S. G. CALABRESI et L. D. BICKFORD, « Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law », *Nomos*, 2014, pp. 76-78.

(184) L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 145.

(185) Voy. *supra*, section II, § 3.

(186) Voy. *supra*, section III, § 3.

Comme nous l'avons souligné, *Obergfell* et l'avis 24/17 n'ont pas clôturé le débat (inter)américain sur le mariage homosexuel, mais l'ont — bien davantage — inscrit dans de nouvelles formes : il est encore trop tôt pour mesurer leur impact politique et sociétal précis et juger si le risque d'un « retour de bâton » (*backlash*) conservateur s'est réalisé ou non. Dans un récent arrêt *Fedotova et autres c. Russie*⁽¹⁸⁷⁾, la Cour a jugé, comme dans *Oliari*, que l'absence de toute forme d'union disponible pour les couples de même sexe constituait une violation de la Convention : elle a souligné à cet égard que l'organisation d'un partenariat entre personnes de même sexe « ne serait pas en conflit avec la “conception traditionnelle du mariage” qui prévaut en Russie, ni avec les opinions de la majorité [...] », car ces opinions ne s'opposent qu'aux mariages entre personnes de même sexe, mais n'excluent pas d'autres formes de reconnaissance juridique. Il semble donc que, malgré le timide avertissement donné dans *Orlandi*⁽¹⁸⁸⁾, la Cour entend, pour l'instant, renforcer l'obligation positive de fournir une certaine forme de reconnaissance, sans intensifier la pression sur les États en ce qui concerne la question spécifique du mariage.

§ 4. — *La cohésion intrajuridictionnelle :
parler d'une seule voix*

Il est frappant de constater l'unanimité qui prévaut à Strasbourg sur le « compromis stratégique » consistant à ne pas consacrer le droit au mariage homosexuel tout en déployant progressivement un « réseau » ou un « maillage » d'obligations étatiques concourant à une certaine reconnaissance et à une certaine protection des couples de même sexe. Pas moins de vingt et un juges européens se sont prononcés, dans trois arrêts, sur la question et tous ont jugé le maintien de la règle de l'hétérosexualité matrimoniale conventionnellement acceptable⁽¹⁸⁹⁾.

Ce n'est qu'à la marge, dans des affaires ne touchant qu'indirectement au mariage⁽¹⁹⁰⁾, que s'ébauche une opposition entre des sup-

(187) Cour eur. dr. h., 13 juillet 2021, arrêt *Fedotova et autres c. Russie* (une demande de renvoi devant la grande chambre a été formulée).

(188) Voy. *supra*, section I, § 3.

(189) C'est aussi à l'unanimité que la Cour a jugé que l'Italie devait organiser un statut conjugal au bénéfice des couples de même sexe (*Oliari*) et que les États restaient assez libres de déterminer le contenu précis de tels statuts (*Chapin et Charpentier*).

(190) Voy. *supra*, section I, § 4.

porters modérés de l'inclusivité matrimoniale et des hérauts discrets de l'hétéronormativité conjugale qui renvoie aux clivages observables dans le contentieux (inter)américain. L'avis 24/17, adopté à une écrasante majorité de six voix contre une, témoigne du maintien — temporaire⁽¹⁹¹⁾ ? — de la prévalence des juges privilégiant une « protection maximale des droits » sur leurs collègues sensibles aux « théories classiques du droit international où la volonté de l'État reste déterminante »⁽¹⁹²⁾. L'arrêt *Obergefell*, décidé par cinq voix contre quatre (et tributaire du vote d'un *swing voter* aujourd'hui retraité), reflète — quant à lui⁽¹⁹³⁾ — le clivage partisan qui divise la Cour suprême et la Nation américaine entre « libéraux » et « conservateurs »⁽¹⁹⁴⁾. Par-delà les termes actuels des (dés)équilibres caractérisant les trois systèmes⁽¹⁹⁵⁾, il apparaît que c'est, au fond, une « tension » identique qui oppose, dans chacun d'entre eux, deux conceptions de la justice des droits humains : l'une « dynamique » et « pro-droits », l'autre « orthodoxe » et « souverainiste », l'adhésion des juges à l'une ou l'autre de ces « doctrines » procédant de dynamiques collectives aussi bien que de leurs parcours individuels⁽¹⁹⁶⁾.

Sans-doute alors l'« opposition » opère-t-elle de façon plus « diffuse » à la CEDH qui compte quarante-sept magistrats répartis en formations : les « contrastes » sont nécessairement plus marqués quand — comme à la CIDH et à la Cour suprême — un même groupe de sept ou neuf juges siège dans toutes les affaires. Sans doute aussi la jurisprudence européenne est-elle, pour la même raison, moins « sensible » au renouvellement de son personnel⁽¹⁹⁷⁾ : dans les systèmes (inter)américains, le remplacement d'un ou de deux juges peut avoir un « impact » notable,

(191) Voy. *supra*, section II, § 4.

(192) L. BURGORGUE-LARSEN, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de derechos humanos », *op. cit.*, p. 117.

(193) Voy. *supra*, section III, § 4.

(194) M. A. BAILEY et F. MALTZMAN, « Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the US Supreme Court », *American Political Science Review*, 2008, p. 369.

(195) Sur les vertus d'un « équilibre » entre les deux tendances, voy. D. ORENTLICHER, « Politics and the Supreme Court: The Need for Ideological Balance », *U. Pitt. L. Rev.*, 2018, p. 412.

(196) Voy. E. VOETEN, « Politics, Judicial Behaviour, and Institutional Design », *op. cit.*, p. 64.

(197) Voy. néanmoins N. HERVIEU, « Cour européenne des droits de l'homme : de l'art de la résilience juridictionnelle », *RDH*, Actualités Droits-Libertés, 16 février 2015, pp. 13 et s. (<https://journals.openedition.org>).

voire décisif, sur les orientations jurisprudentielles. L'on sait, à cet égard, les inquiétudes suscitées — notamment quant aux droits reproductifs et LGBT — par l'arrivée de Neil Gorsuch et Brett Kavanaugh à la Cour suprême ; des questionnements comparables ont pu accompagner, à San José, la nomination des juges Alberto Pérez Pérez et Eduardo Vio Grossi.

§ 5. — *Le dialogue interjuridictionnel :
enrichir sa perspective*

La jurisprudence de la Cour européenne relative aux couples de même sexe s'est déployée, au cours des dix dernières années, sous les auspices de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Depuis l'inaugural arrêt *Schalk et Kopf*, les emprunts mutuels se sont enrichis et — progressivement — les jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg tendent à se compléter et se renforcer pour resserrer le maillage des obligations étatiques de reconnaissance et de protection des couples de même sexe. Les références aux décisions interaméricaines et américaines restent par contre à ce stade tout à fait éparses et superficielles, alors même qu'ont été esquissés — ces dernières années — des rapprochements institutionnels tant avec Washington qu'avec San José⁽¹⁹⁸⁾.

L'approche européenne du dialogue interjuridictionnel se conçoit alors en quelque sorte comme le « chaînon manquant » entre l'insularisme américain et l'universalisme interaméricain⁽¹⁹⁹⁾. Si séduisante que puisse être, *a priori*, l'idée d'un « dialogue global » sur les droits, les objections formulées à l'encontre d'une ouverture « à tous les vents » méritent d'être entendues et considérées⁽²⁰⁰⁾. Ces légitimes réticences devraient à

(198) Voy. *supra*, note 3.

(199) Nul doute que les racines de ces approches contrastées sont à trouver — au moins pour partie — dans l'histoire politique et juridique (partiellement commune) de l'Europe, des États-Unis et de l'Amérique latine.

(200) Ainsi certains considèrent-ils, à Washington, que le recours à des sources extra-étasuniennes « distord » le prescrit constitutionnel et « dénature » le rôle du juge fédéral (voy. *supra*, section II, § 5) ; de même certains estiment-ils, à San José, que le recours inconsidéré à des matériaux extérieurs empêche la constitution progressive d'un « corpus commun » proprement interaméricain (voy. *supra*, section III, § 5). D'éminents spécialistes de la CEDH pointent — quant à eux — « le danger que le dialogue des “sources” et de leurs interprètes, pratiqué universellement et à haute dose, aboutisse, dans la protection des droits fondamentaux, à une forme de conservatisme consensuel plutôt qu'à une saine et innovante émulation » (F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft

nos yeux présider à l'élaboration de méthodologies⁽²⁰¹⁾ pour le dialogue universel des juges des droits de l'homme, plutôt qu'à sa disqualification pure et simple. En effet, bien au-delà de la simple coquetterie consistant à faire étalage de sa connaissance juridique (*window-dressing-approach*⁽²⁰²⁾), la prise en considération — mesurée et distanciée — par le juge des droits de l'homme des interprétations retenues par ses « alter ego » officiant dans d'autres systèmes est indéniablement de nature à enrichir ses analyses : enrichissement « intellectuel », d'une part, tant il est vrai que les bons arguments et les bons raisonnements se transplantent aisément d'un système à l'autre ; enrichissement « politique », d'autre part, dès lors qu'en empruntant à une juridiction estimée, l'on s'approprie — un peu — son prestige. Dans cette perspective, le dialogue transatlantique est fondé sur « la valeur reconnue aux arguments juridiques » et sur « le sentiment des juges d'appartenir à une communauté herméneutique »⁽²⁰³⁾.

Le cas du mariage homosexuel nous semble en être un exemple significatif : on peut penser que les analyses proportionnalistes de la Cour européenne gagneraient à s'inspirer des élaborations plus riches et fines de la Cour suprême et de la Cour interaméricaine⁽²⁰⁴⁾ ; on peut aussi considérer que l'activisme des juges (inter)américains offrirait un surcroît de légitimité à une intervention strasbourgeoise favorable au mariage des couples de même sexe⁽²⁰⁵⁾.

law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, p. 481).

(201) F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : questions de légitimité et de méthode », *op. cit.*, pp. 487-488.

(202) L. GARLICKI, « Universalism v Regionalism? The role of the Supranational Judicial Dialogue », in J. GARCIA ROCA *e.a.* (éds.), *El diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, 2012, pp. 56 et s.

(203) F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, « Human Rights and Judicial Dialogue between America and Europe: Toward a New Model of Law? », *The Age of Human Rights Journal*, 2016, p. 33. Voy. aussi G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 214.

(204) Voy. en particulier *supra*, section II, § 2, et section III, § 2.

(205) Voy. en particulier *supra*, section II, § 3, et section III, § 3.

CONCLUSION

L'approche strasbourgeoise de la question du mariage homosexuel a été définie il y a dix ans par l'arrêt *Schalk et Kopf* du 24 juin 2010. Cet important arrêt inaugural et la jurisprudence foisonnante qui s'est déployée dans son sillage sont indubitablement empreints d'une volonté de *mesure* qui se manifeste dans tous les aspects du processus d'interprétation de la Convention. Dix ans plus tard, le paysage juridique international s'est enrichi des décisions — moins « orthodoxes » ou plus « dynamiques » — rendues sur la même question par la Cour suprême des États-Unis et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il nous semble alors que la jurisprudence européenne qui relaie — aujourd'hui encore — l'approche adoptée dans *Schalk et Kopf* pourrait ou devrait — à différents égards — tirer profit des expériences (inter)américaines de 2015 et 2017.

Il apparaît, *d'abord*, que la Cour européenne devrait dépasser l'ambiguïté ou l'hésitation qui a présidé — dans *Schalk et Kopf* — à l'inclusion des couples de même sexe dans le *champ d'application* de l'article 12. Il ne semble pas approprié, en effet, de déterminer la portée d'un droit par le biais d'énigmatiques doubles négations (« on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas ») ou par référence à de mystérieuses circonstances qui présideraient à son (in)applicabilité (« 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 »⁽²⁰⁶⁾). Il ne semble pas cohérent — au demeurant — de réitérer, dans la jurisprudence subséquente, l'affirmation suivant laquelle « l'article 12 consacre le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme »⁽²⁰⁷⁾ qui vient déforcer l'interprétation plus ouverte de l'arrêt autrichien.

La Cour pourrait, à cet égard, étayer l'extension du champ d'application de l'article 12 en affirmant — à l'instar de la Cour suprême — que les principes qui sous-tendent la protection du droit au mariage des couples de sexe différent sont pleinement transposables aux couples de même sexe⁽²⁰⁸⁾

(206) Quelles-sont les « circonstances » dans lesquelles il pourrait s'y limiter ? Et celles dans lesquelles il s'appliquerait — par contre — aux couples de même sexe ? En ce sens L. HODSON, « A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria », *op. cit.*, p. 173.

(207) Cour eur. dr. h., 9 juin 2016, arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, § 37.

(208) Voy. *supra*, section II, § 1, et section IV, § 1. La figure de l'extension par extrapolation n'est pas inconnue du juge européen des droits de l'homme (voy. par exemple

et/ou en considérant — à l'instar de la Cour interaméricaine — que le mariage n'est plus aujourd'hui qu'un aspect ou une modalité du droit à la vie familiale expressément reconnu aux couples de même sexe⁽²⁰⁹⁾. En tout état de cause, l'interprétation européenne du droit au mariage pourrait s'approprier la conception — embrassée à Washington et à San José — suivant laquelle les évolutions du mariage et de la famille ont enrichi plutôt que déforcé ces institutions et y trouver un motif supplémentaire d'*étendre de façon plus assumée et explicite la portée de l'article 12*.

Il apparaît, *ensuite*, que la Cour devrait mobiliser pleinement les potentialités aujourd'hui étouffées du *principe de non-discrimination* et examiner — à l'aune de ses exigences — les *intérêts gouvernementaux* avancés pour justifier l'exclusion des couples de même sexe. À ce stade, l'interprétation strasbourgeoise de l'article 12 « neutralise » l'opération de l'article 14 et empêche la conduite du test auquel sont normalement soumises les différenciations fondées sur l'orientation sexuelle et qui exige qu'elles soient justifiées par des « motifs impérieux » ou des « raisons particulièrement solides et convaincantes »⁽²¹⁰⁾. Or, il est probable que la simple mention de « connotations culturelles et sociales » associées au mariage serait considérée insuffisante au regard de cette exigence : il a déjà été jugé en effet que la tradition (dont les fameuses « connotations » sont l'évident avatar) ne suffit pas à justifier une différenciation fondée sur le sexe⁽²¹¹⁾ ou l'orientation sexuelle⁽²¹²⁾. La Cour pourrait alors embrasser la perspective retenue par la Cour suprême⁽²¹³⁾ et la Cour interaméricaine⁽²¹⁴⁾ suivant laquelle les droits substantiels et le principe de non-discrimination se renforcent mutuellement et exiger — alors — que les États offrent des justifications plus élaborées à leur volonté de conserver au mariage son caractère nécessairement hétérosexuel. La Cour de Strasbourg ne pourrait dans ce cas — pas plus que les juges (inter)américains — se satisfaire des arguments classiquement liés à la dimension procréative du mariage ou à ses significations religieuses : les gouvernements européens seraient — à

Cour eur. dr. h., 29 avril 2002, arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, §§ 61 et s., et G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme : quelques réflexions comparatistes sur la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 207-208).

(209) Voy. *supra*, section III, § 1, et section IV, § 1.

(210) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 19 février 2013, arrêt *X. et autres c. Autriche*, § 99.

(211) Cour eur. dr. h., 7 janvier 2014, arrêt *Cusan et Fazzo c. Italie*, § 66.

(212) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 19 février 2013, arrêt *X. et autres c. Autriche*, § 99.

(213) Voy. *supra*, section II, § 2.

(214) Voy. *supra*, section III, § 2.

n'en pas douter — bien en peine de faire valoir des arguments convainquants *par-delà l'invocation circulaire de la tradition*⁽²¹⁵⁾.

Il apparaît, *enfin*, que la Cour pourrait progressivement s'émanciper de *l'approche consensuelle* qui est depuis dix ans le principal levier de sa jurisprudence relative au mariage homosexuel. La Cour suprême des États-Unis s'est autorisée — dans *Obergefell* — à élargir aux cinquante États américains une solution déjà sensiblement majoritaire (35/50) en considérant que la discussion avait été dense et que le temps de l'harmonisation était venu. La Cour interaméricaine s'est quant à elle permis — dans l'avis 24/17 — d'imposer une évolution encore largement minoritaire (5/22) en prenant la précaution d'organiser une période de transition durant laquelle les États avanceraient vers l'ouverture du mariage tout en garantissant d'emblée l'égalité des droits patrimoniaux et non patrimoniaux. À la croisée des deux approches, ne peut-on pas imaginer que la Cour de Strasbourg, lorsque le *ratio* européen aura encore un peu évolué en faveur des couples homosexuels (16/47), accentue progressivement la pression sur les États en réclamant de leur part une attention constante à la question du mariage homosexuel et en renforçant — parallèlement — les exigences relatives à la disponibilité et au contenu des statuts alternatifs ? Dans le contentieux relatif à l'identité sexuelle, une telle « montée en puissance » des exigences européennes⁽²¹⁶⁾ a finalement abouti, dans *Goodwin*, à la consécration du droit au mariage des personnes transsexuelles qui n'était alors reconnu que par 54 % des États parties⁽²¹⁷⁾. Dans *Schalk et Kopf*, la Cour a expressément souligné que c'était l'absence d'une « convergence de normes » à l'échelle internationale qui empêchait de mobiliser pour mariage homosexuel la même approche que pour le mariage des transsexuels : il est indéniable que les décisions de la Cour suprême américaine et de la Cour interaméricaine contribuent de façon significative à la constitution d'une telle convergence.

(215) H. LAU, « Rewriting Schalk and Kopf: Shifting the Locus of Deference », in E. BREMS (dir.), *Diversity and European Human Rights: Rewriting Judgments of the ECHR*, Cambridge, CUP, 2013, p. 250.

(216) Voy. en particulier Cour eur. dr. h. (pl.), 10 octobre 1986, arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, § 47 ; Cour eur. dr. h. (pl.), 27 septembre 1990, arrêt *Cossey c. Royaume-Uni*, § 41 et Cour eur. dr. h. (pl.), 25 mars 1992, arrêt *B. c. France*, §§ 51 et s.

(217) Cour eur. dr. h. (gde ch.), 11 juillet 2002, arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, §§ 57 et 85. Voy. aussi Cour eur. dr. h., 6 avril 2017, arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, spéc. §§ 122-125.

C'est à la source principale du droit de l'Union européenne que la Cour de Strasbourg a puisé, il y a dix ans, l'inspiration d'une lecture prudemment rénovée du droit au mariage. Dans le sillage de *Schalk et Kopf* s'est déployé un dialogue intermittent entre le juge de Strasbourg et celui de Luxembourg qui cristallise progressivement un « *package* » de droits bénéficiant aux couples de même sexe sans franchir le pas d'une consécration européenne du droit au mariage. Si cette collaboration européenne mérite de rester au premier plan, les juges de Strasbourg ne peuvent pas faire abstraction des décisions historiques rendues par de leurs collègues de Washington et de San José. À nos yeux, elles peuvent, tant par la qualité de leurs analyses que par le surcroît de légitimité qu'elles charrient, contribuer aujourd'hui à une nouvelle « vivification » de l'interprétation européenne.