

5. LA VIE FAMILIALE, IDENTITÉ SEXUELLE ET ORIENTATION SEXUELLE

5.1. La vie familiale des personnes homosexuelles

5.1.1. Le couple homosexuel

Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010

Droit de se marier – Mariage homosexuel – CEDH, art. 12 – CDFUE, art. 9
– Couple homosexuel – Diversité des législations nationales – Connotations sociales et culturelles profondément enracinées

Extraits

60. Pour en venir à la comparaison entre l'article 12 de la Convention et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »), la Cour a déjà indiqué que la référence à l'homme et à la femme a été délibérément omise de cette dernière disposition (Christine Goodwin, précité, § 100). Le commentaire relatif à la Charte, qui est devenu juridiquement contraignant en décembre 2009, confirme que l'article 9 est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme (paragraphe 25 ci-dessus). En même temps, la référence qu'il contient aux lois nationales reflète la diversité des législations de chaque pays, qui vont d'une autorisation du mariage homosexuel à une interdiction explicite de celui-ci. En mentionnant les lois nationales, l'article 9 de la Charte laisse les États décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel. Pour reprendre les termes du commentaire : « on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage ».

61. Dès lors, prenant en compte l'article 9 de la Charte, 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. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants.

62. À cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre

appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, § 36).

**C.J.U.E., arrêt *Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări*
du 5 juin 2018, C-673/16**

Regroupement familial – Mariage homosexuel célébré dans un autre État membre – Citoyen européen (directive 2004/38) – Notion de conjoint – Liberté de circulation (art. 21 TFUE) – Droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) – Obligation de reconnaissance limitée à l'octroi du droit de séjour dérivé

Extraits

45. [...] l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, ne porte pas atteinte à l'institution du mariage dans ce premier État membre, laquelle est définie par le droit national et relève, ainsi qu'il a été rappelé au point 37 du présent arrêt, de la compétence des États membres. Elle n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union.

Ainsi, une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné. [...]

47. Il importe d'ajouter qu'une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes ne peut être justifiée que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte dont la Cour assure le respect (voir, par analogie, arrêt du 13 septembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, point 66).

48. S'agissant de la notion de « conjoint », figurant à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte est fondamental.

49. À cet égard, ainsi qu'il résulte des explications relatives à la charte des droits fondamentaux (*JO* 2007, C 303, p. 17), conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, les droits garantis à l'article 7 de celle-ci ont le même sens et la même portée que ceux garantis à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950.

50. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au même titre que

celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation (Cour EDH, 7 novembre 2013, *Vallianatos e.a. c. Grèce*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, ainsi que Cour EDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143).

51. [...] Dans une situation dans laquelle un citoyen de l'Union a fait usage de sa liberté de circulation, en se rendant et en séjournant de manière effective, conformément aux conditions prévues à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2004/38, dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, et a développé ou consolidé à cette occasion une vie de famille avec un ressortissant d'un État tiers de même sexe, auquel il s'est uni par un mariage légalement conclu dans l'État membre d'accueil, l'article 21, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les autorités compétentes de l'État membre dont le citoyen de l'Union a la nationalité refusent d'accorder un droit de séjour sur le territoire de cet État membre audit ressortissant, au motif que le droit dudit État membre ne prévoit pas le mariage entre personnes de même sexe.

C.E., avis n° 32.008/2 du 12 novembre 2001¹

Extraits

1. Au regard du but d'intérêt général que poursuit la législation civile, la situation d'un couple homosexuel n'est pas la même que celle d'un couple hétérosexuel [...].

Un couple homosexuel et un couple hétérosexuel présentent des différences objectives liées à la nature des choses. En effet, seules les unions hétérosexuelles sont de nature à donner naissance à des enfants. Elles ont davantage besoin de stabilité et ont une utilité sociale différente des unions homosexuelles.

La différence entre unions hétérosexuelles et homosexuelles est d'ailleurs reconnue par le projet de loi lui-même ; celui-ci prévoit, en effet, que le mariage de personnes de même sexe n'entraînera aucun effet sur la filiation et ne permettra pas aux personnes homosexuelles d'adopter des enfants. Cette différence compréhensible justifie une différenciation de traitement qui permet à la loi de réserver le mariage aux personnes de sexe différent, et ce, d'autant plus que la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale donne la possibilité de faire une déclaration de cohabitation légale, y compris avec une personne de même sexe, [...].

Contrairement à ce qu'affirme l'exposé des motifs, il n'y a donc pas de discrimination à réserver le mariage aux unions hétérosexuelles.

2.1. Plusieurs articles du Code civil impliquent nécessairement que la différence des sexes soit une condition du mariage.

Selon la doctrine, il s'agit d'une évidence : il va de soi que le mariage ne peut être que l'union d'un homme et d'une femme [...]. Cette évidence tient au fait qu'il y a un lien étroit de causalité entre l'institution du mariage, avec ses caractéristiques

¹ Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, pp. 18 et s.

essentielles, et la nécessité d'assurer la stabilité de l'union entre un homme et une femme afin de permettre l'éducation des enfants qui peuvent en résulter. Cela explique que la nubilité est une condition du mariage et que la loi prévoit des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance afin d'éviter la consanguinité et les désordres au sein des familles [...].

2.2. Le projet examiné tend à substituer à cette conception classique une nouvelle conception sommairement esquissée dans l'exposé des motifs : « Dans notre société contemporaine, le mariage est vécu et ressenti comme une relation (formelle) entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre. Les mentalités ayant évolué – aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer une relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif – il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes de même sexe ».

2.3. Il appartient au législateur de tenir compte de ce que la figure juridique du mariage est définie comme étant l'union entre un homme et une femme. Cette définition est, en effet, consacrée par différentes conventions internationales : l'article 23, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 16, § 1^{er}, de la Déclaration universelle des droits de l'homme disposent qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille.

La question qui se pose est dès lors de savoir s'il est admissible que le législateur adapte la figure juridique du mariage pour y faire entrer une conception nouvelle qui en diffère fondamentalement et de grouper dans un même concept juridique deux conceptions radicalement différentes de l'institution.

Il n'est pas de bonne législation d'utiliser des figures juridiques existantes lorsqu'on ne peut le faire qu'en y apportant des déformations touchant à l'essentiel qui finalement dénaturent les figures en question. Tel est bien le cas du projet à l'examen. Une telle méthode est préjudiciable à l'homogénéité du système juridique dont il est bon que le législateur garde le souci. Il faut se souvenir que le système juridique belge reste un système qui n'est pas clos et qu'il y a donc place pour des constructions nouvelles. Mieux vaut se donner la peine, certes parfois un peu rude, de les entreprendre plutôt que de voir le but anéanti parce que l'on aura cru qu'une figure ancienne peut être indéfiniment dénaturée pour répondre à l'intention de l'auteur du projet.

4. En conclusion, le projet doit être abandonné.

C.A., arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004

Droit de se marier – Mariage homosexuel – « Position de protection relative des personnes mariées de sexe différent » – Absence de discrimination

Extraits

B.4.1. Selon le premier moyen, la loi attaquée viole les articles 10 et 11, lus notamment à la lumière de l'article 11*bis*, de la Constitution, en ce que ses dispositions traitent de la même manière des situations fondamentalement différentes, sans justification raisonnable.

B.4.2. Les parties requérantes font valoir qu'il existe une différence objective entre les personnes qui souhaitent fonder une famille avec une personne de l'autre sexe et les personnes qui souhaitent constituer une communauté de vie avec une personne de même sexe [...].

B.4.7. Il ressort des travaux préparatoires – [...] – que le législateur conçoit désormais le mariage comme une institution ayant pour but principal la création, entre deux personnes, d'une communauté de vie durable, dont les effets sont réglés par la loi.

Au regard d'une telle conception du mariage (la création d'une communauté de vie durable), la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier.

B.4.8. L'article 11*bis* de la Constitution ne conduit pas à une autre conclusion.

Le moyen ne peut être accueilli.

[...]

B.5.4. Selon la seconde branche du deuxième moyen, la loi attaquée est contraire aux dispositions qui traduisent « la dualité sexuelle fondamentale du genre humain » en tant que postulat de l'ordre constitutionnel belge, tels notamment les articles 10 et 11*bis* de la Constitution, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier son paragraphe 1) et « les principes généraux de droit des nations civilisées ».

[...]

B.5.8. L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques imposent aux États qui sont parties à ces conventions l'obligation de reconnaître comme un mariage la communauté de vie d'un homme et d'une femme qui souhaitent se marier et qui remplissent les conditions posées par les lois nationales.

Les dispositions conventionnelles invoquées – pas plus que l'article 23.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – ne peuvent être interprétées en ce sens qu'elles obligeraient les États contractants à considérer la « dualité

sexuelle fondamentale du genre humain » comme un fondement de leur ordre constitutionnel.

L'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'ont pas la portée que leur confèrent les parties requérantes. Il ne saurait dès lors être question d'un traitement discriminatoire dans la jouissance des droits fondamentaux cités au moyen.

B.6.1. En tant que les parties requérantes soutiennent que la loi attaquée porte atteinte « au droit de la famille à la protection de la société et de l'État » visé à l'article 23.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la seconde branche du deuxième moyen se confond avec le quatrième moyen.

Selon le quatrième moyen, la loi attaquée viole l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les principes généraux de droit des nations civilisées, combinés avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en étendant le mariage à une institution qui ne saurait être définie comme un mariage au sens des dispositions conventionnelles citées, ce qui aurait pour effet d'affaiblir la position de protection relative des personnes mariées de sexe différent, alors que l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques oblige l'État belge à prendre des mesures en vue de la protection du mariage.

[...]

B.6.4. Il résulte des dispositions citées au B.6.3 que l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne peuvent être interprétés en ce sens qu'ils empêcheraient des États qui sont parties aux conventions précitées d'accorder le droit garanti par ces dispositions aux personnes qui souhaitent exercer ce droit avec des personnes de même sexe.

[...]

B.6.6. Les parties requérantes ne démontrent pas et la Cour n'aperçoit pas en quoi la « position de protection relative » de la famille pourrait être affaiblie par les dispositions attaquées, dès lors que la loi entreprise n'apporte aucune modification matérielle aux dispositions légales qui régissent les effets du mariage civil de personnes de sexe différent.

Il ne saurait dès lors pas non plus exister de discrimination dans la jouissance des droits évoqués dans le moyen.

[...]

Par ces motifs, la Cour rejette le recours.

Observations

Introduction

Il ne fait désormais plus aucun doute, en droit européen comme en droit belge, que le couple de même sexe constitue, à l'égal d'un couple de sexes différents, une « vie familiale » méritant d'être reconnue et protégée par le droit.

Sur le plan du droit belge, la reconnaissance et la protection des couples homosexuels ont emprunté, on le sait, une voie rapide. À la charnière des XX^e et XXI^e siècles, l'hésitation entre l'organisation d'un partenariat conjugal alternatif au mariage et l'ouverture de l'accès au statut matrimonial en tant que tel, sous-tendue par l'opposition entre des conceptions très différentes des exigences de l'égalité et de l'institution du mariage, s'est soldée par l'adoption rapprochée de la loi sur la cohabitation légale en 1998² et de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe en 2003³. À l'issue des réformes, et contre l'avis du Conseil d'État, la Belgique s'est dotée d'un système « pluraliste » consacrant pleinement l'égalité des conjugalités et la diversité des aspirations conjugales, dans le cadre duquel les couples – quelle que soit leur orientation sexuelle – peuvent choisir entre le mariage et le statut conjugal plus « léger » et (donc) moins protecteur de la cohabitation légale. Il y a désormais à peu près autant de cohabitations légales que de mariages chaque année en Belgique et, dans chacun de ces statuts, les couples homosexuels représenteraient environ 2,5 à 5 % des effectifs totaux⁴. Les couples de même sexe optent donc, semble-t-il, dans des proportions plus ou moins égales pour le mariage et l'alternative à celui-ci. Les questionnements, épineux, que suscite aujourd'hui l'articulation des deux statuts conjugaux offerts par le droit belge sont, alors, entièrement étrangers à la question de l'orientation sexuelle : ils concernent essentiellement la nature et l'ampleur des droits et obligations à associer à chaque statut, compte tenu de l'exigence d'égalité et de non-discrimination⁵.

Le paysage européen, quant à lui, reste – à ce stade – encore très contrasté⁶ : seuls seize États membres du Conseil de l'Europe ont ouvert le mariage aux

² Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999.

³ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.

⁴ A.-C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : Quo vadis ? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, pp. 20-24.

⁵ Voy. dans cet ouvrage, les contributions de V. ROSENAU et F. PEETERS, « Les effets du mariage », et de Chloé Harmel, « La cohabitation légale ». Voy. aussi not. G. WILLEMS, « Les statuts juridiques du couple : liberté, égalité, équité ? », in J. SOSSON (dir.), *La séparation du couple non marié*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 7 et s. ; A.-C. VAN GYSEL, « Cohabitation légale et mariage : terme des mesures et termes de comparaison », note sous C. const., arrêt n° 177/2018 du 6 décembre 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, pp. 75 et s. ; A.-C. VAN GYSEL, « Cohabitation légale sans famille », note sous C. const., arrêt n° 83/2019 du 28 mai 2019, *Rev. trim. fam.*, 2019, pp. 804 et s.

⁶ Voy. p. ex. la *ILGA-Europe Rainbow Map and index 2020* disponible en ligne : <https://www.ilga-europe.org/rainbow-europe/2020>. Cette page propose une série d'indicateurs du progrès des droits des personnes de même sexe. La Belgique arrive au deuxième rang des pays les plus respectueux des droits des homosexuels, juste après Malte. Monaco, la Russie, l'Arménie, la Turquie et l'Azerbaïdjan occupent, quant à eux, le bas du classement.

couples d'hommes et de femmes⁷ et onze autres leur offrent, à défaut d'accès au mariage, l'accès à une forme de partenariat enregistré⁸⁹. Dans les autres États européens, les personnes homosexuelles ne bénéficient donc d'aucune forme d'union conjugale officiellement reconnue. La répartition géographique fait au demeurant apparaître un clivage entre l'Europe occidentale qui a aujourd'hui largement plébiscité le mariage homosexuel (à l'instar de l'Amérique du Nord et du Sud) et l'Europe orientale où les droits des couples de même sexe restent très limités, lorsqu'ils ne sont pas bafoués¹⁰. L'intervention des juges européens s'est, en la matière, un peu fait attendre, puisque ce n'est qu'en 2010 que la Cour de Strasbourg a finalement affirmé que le couple de même sexe, longtemps cantonné dans l'antichambre de la « vie privée », pouvait se prévaloir d'une véritable « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne. Si, dans ce contexte, l'affirmation solennelle par les instances européennes d'un droit européen au mariage homosexuel ne semble pas devoir intervenir dans un avenir immédiat, des progrès significatifs, résultant de l'action combinée de la Cour européenne et de la Cour de justice, sont néanmoins observables.

Les lignes qui suivent retracent d'abord les évolutions de la législation belge en mettant l'accent sur les débats – houleux – qui ont émaillé la consécration progressive des droits conjugaux des hommes et des femmes homosexuels (I). L'on s'y attache ensuite à l'examen des jurisprudences européennes en mettant en évidence l'état actuel et les évolutions possibles de l'enjeu fondamental du mariage aussi bien que les droits subsidiairement reconnus, dans l'attente d'une éventuelle consécration européenne de l'égalité matrimoniale (II). Dans une brève conclusion, il est insisté sur la façon remarquable dont les jurisprudences de la Cour de Strasbourg et de la Cour de Luxembourg s'inspirent, se complètent et se renforcent mutuellement, afin de faire progresser – en Europe – la reconnaissance et la protection des couples gays et lesbiens.

1. La reconnaissance et la protection des couples de même sexe en droit belge

À la différence de certains États européens, la Belgique n'a jamais condamné pénalement les actes homosexuels, mais nous avons eu dans notre ordre juridique, de 1965 à 1985, une forme indirecte de « délit d'homosexualité ».

7 Les Pays-Bas (2002), la Belgique (2003), l'Espagne (2005), la Norvège (2009), la Suède (2009), le Portugal (2010), l'Islande (2010), le Danemark (2012), la France (2013), le Royaume-Uni (2014), le Luxembourg (2015), l'Irlande (2015), l'Allemagne (2017), la Finlande (2017), Malte (2017) et l'Autriche (2019).

8 Andorre (2005), la Croatie (2014), Chypre (2015), la République tchèque (2006), l'Estonie (2016), la Grèce (2015), la Hongrie (2009), l'Italie (2016), le Liechtenstein (2011), la Slovaquie (2017) et la Suisse (2007).

9 Certains États européens ont, à l'inverse, inscrit l'hétérosexualité matrimoniale dans leur Constitution : la Bulgarie, la Croatie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Macédoine, la Moldavie, le Monténégro, la Pologne, la Serbie, la Slovaquie et l'Ukraine. Voy. not. M. Mos, « The anticipatory politics of homophobia: explaining constitutional bans on same-sex marriage in post-communist Europe », *East European Politics*, 2020, pp. 395-416.

10 M. Lipka et D. Masci, « Where Europe stands on gay marriage and civil unions », 28 October 2019, *Pew Research Center* (<https://www.pewresearch.org>). Voy. aussi, *infra*, les développements introductifs du point II.

Ainsi, durant vingt ans, l'âge à partir duquel on pouvait légalement s'adonner à la sexualité a-t-il été différent selon l'orientation sexuelle : l'on pouvait avoir des rapports sexuels à partir de 16 ans et des rapports homosexuels à 18 ans (art. 372bis ancien C. pén.). Ainsi que l'écrivait Françoise Tulken en 1986, l'idée sous-jacente était que « les relations homosexuelles pendant l'adolescence [pouvaient] à cet âge transformer un hétérosexuel ou un indécis en homosexuel », qui reflétait elle-même « la conviction que l'homosexualité est, sur le plan moral et social, une sexopathie et un dérèglement »¹¹. En tout état de cause, cette différence a été supprimée par la loi du 18 juin 1985.

La Belgique s'est également positionnée parmi les États précurseurs ou pionniers en matière de reconnaissance et de protection des couples homosexuels. Notre pays a tout d'abord créé un partenariat enregistré ouvert aux couples de même sexe dès 1998¹², puis, en 2003, le législateur leur a donné accès à l'institution du mariage¹³.

Relevons encore que la loi du 25 février 2003 a expressément prévu des sanctions civiles et pénales en cas de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle¹⁴. Cette loi a aujourd'hui été abrogée, et les outils tendant à lutter contre l'homophobie ont été transposés dans la loi du 10 mai 2007¹⁵. On sait cependant que les personnes homosexuelles continuent à subir des discriminations et des atteintes à leur intégrité physique : l'actualité nous offre à cet égard, trop souvent, de sinistres rappels¹⁶. Relevons encore, avant de ne plus nous attacher qu'à la vie familiale conjugale à proprement parler, la persistance de certaines discriminations étatiques à l'égard des personnes homosexuelles : sur le recours d'associations représentatives, la Cour constitutionnelle a été récemment amenée à censurer partiellement la loi du 11 août 2017 qui excluait du don de plasma frais congelé « les hommes qui ont eu un contact sexuel avec un autre homme » pendant une période de « 12 mois après le dernier contact sexuel avec un autre homme »¹⁷.

11 F. TULKENS, « Égalité et discrimination en droit pénal belge », *Document de travail du Crid&p*, 13/1986, pp. 11 et s. (<https://www.uclouvain.be/>).

12 Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999.

13 Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.

14 Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12844.

15 Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

16 Pour une analyse sociologique, voy. D. PATTERNOTTE, « Belgique : les violences homophobes en débat », *Service social*, 2013/1, pp. 104-107. Voy. aussi le rapport de recherche d'Unia sur l'homophobie en Belgique : UNIA, « L'homophobie en Belgique anno 2016 : rapport de recherche » (<https://www.unia.be>).

17 C. const., arrêt n° 122/2019 du 26 septembre 2019.

A. La cohabitation légale : une première forme de reconnaissance et de protection du couple homosexuel

1. Du contrat de vie commune à la cohabitation légale

C'est à partir des années 1990 que les premières réflexions quant à une prise en compte, par le droit, de la vie de couple homosexuelle ont débuté. Elles s'inscrivaient dans un contexte de réflexions plus large tendant à amener sur la scène légale d'autres modèles de conjugalité, via la création de statuts alternatifs à l'institution du mariage.

Les faits de société à l'origine de ces réflexions sont multiples et variés¹⁸ et peuvent être l'explication d'un double phénomène. D'une part, les couples hétérosexuels manifestaient un désintérêt pour l'institution du mariage et refusaient que l'État ne s'approprie désormais leur relation de couple¹⁹. Ils ne souhaitaient alors plus s'inscrire dans les liens du mariage²⁰. D'autre part, les couples homosexuels partageant une vie commune demandaient une reconnaissance officielle de leur union et la légitimation de celle-ci par la création d'un statut légal de protection²¹.

La proposition de loi qui donnera lieu à la création de la cohabitation légale a été déposée le 23 octobre 1995 et prévoyait initialement la mise en place d'un « contrat de vie commune »²². Cette première initiative permettait aux personnes de s'engager dans un « contrat de vie commune » par le biais d'une déclaration conjointe effectuée devant l'officier de l'état civil²³. Ce contrat se voulait radicalement distinct du mariage en étant accessible tant aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels²⁴. Il offrait néanmoins un panel étendu d'effets juridiques, en droit civil, en droit public, en droit fiscal et en droit de la sécurité sociale à ceux qui y souscrivaient²⁵.

18 Voy. les facteurs cités dans la proposition de loi concernant le contrat de vie commune, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 49-170/1, pp. 1-2.

19 J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 559 et s. et J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *op. cit.*, pp. 9 et s.

20 J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *ibid.*, p. 7.

21 *Ibid.*, pp. 9 et 13, J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, pp. 559 et s., A.-C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *Quo vadis ?* », *op. cit.*, p. 16, et O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale, une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *J.T.*, 2000, p. 103.

22 Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 49-170/1. C'est le gouvernement Dehaene II (coalition « rouge-romaine », composée par les CVP, SP, PSC et PS) qui est alors au pouvoir de 1995 à 1999.

23 Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 49-170/1, pp. 4-5.

24 Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 49-170/1, pp. 1-2.

25 Il prévoyait ainsi notamment une obligation de secours et d'assistance et obligeait les partenaires à contribuer aux charges de la vie commune en proportion de leurs facultés respectives. En cas de séparation, un délai de préavis de deux mois était fixé et il était permis à l'un des partenaires de réclamer à l'autre une pension alimentaire pour une durée limitée. En outre, le partenaire survivant était investi de droits successoraux. Si le contrat de vie commune créait donc entre les partenaires une solidarité morale et alimentaire, il ne prévoyait cependant aucun devoir de fidélité. Voy. proposition de loi concernant le contrat de vie commune, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 49-170/1, pp. 5-6, et J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *op. cit.*, pp. 26 et s.

Cette première formule a toutefois été jugée excessive par certains partis de la majorité²⁶. La proposition initiale a dès lors été abandonnée au profit d'un nouveau texte instituant la « cohabitation légale »²⁷, jugée moins proche du mariage. L'intention du législateur n'était en effet pas de créer un statut qui viendrait concurrencer l'institution du mariage, mais de proposer tant aux couples hétérosexuels qu'aux couples homosexuels un statut de protection volontairement « inférieur »²⁸. C'est ainsi que le ministre de la Justice de l'époque affirmait qu'à travers la création de la cohabitation légale, « [c]e projet continu[ait] à reconnaître l'importance du mariage et les prérogatives liées à celui-ci et [...] ne cré[ait] aucune institution nouvelle »²⁹. La nouvelle formule proposée a alors totalement vidé de sa substance la proposition initiale, au point que Jean-Louis Renchon n'a pas hésité à qualifier le statut proposé de « coquille vide de tout vrai lien juridique et humain »³⁰.

2. Le statut a minima de la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale

La loi du 23 novembre 1998³¹ permet alors à deux personnes qui vivent ensemble³² – peu importent leurs liens affectifs ou sexuels – d'effectuer une déclaration de cohabitation, au moyen d'un acte conjoint écrit et remis, contre récépissé, à l'officier de l'état civil de leur domicile commun. Au « contrat de vie commune », l'on a donc préféré la voie allégée – voire minimaliste³³ – de la « cohabitation légale », n'impliquant que des droits et obligations limités entre partenaires, afin « de ne pas faire d'ombre ou de risquer toute assimilation avec le mariage »³⁴.

Le régime de la cohabitation légale n'emporte ainsi aucun devoir de secours, d'assistance ou de fidélité entre cohabitants. Les quelques droits civils attachés à la cohabitation sont calqués sur le modèle du régime matrimonial primaire. Ainsi, les paragraphes 2 à 4 de l'article 1477 du Code civil instaurent, outre la protection du logement familial, une obligation pour les partenaires de contribuer aux charges de la vie commune et une solidarité pour les dettes

26 Voy. not. les propos de M. Duquesne : « si d'aucuns estiment que l'amendement ne va pas suffisamment loin, d'autres considèrent qu'il va jusqu'à la limite de ce qui est socialement acceptable », proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1997-1998, 170/8, p. 62, et J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *op. cit.*, pp. 25 et s.

27 Proposition de loi concernant le contrat de vie commune, Amendement n° 1, 7 janvier 1998, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1997-1998, n° 170/2.

28 O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale, une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *op. cit.*, pp. 97 et 103, et A.-C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis ?* », *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 17.

29 Projet de loi instaurant la cohabitation légale, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sénat, 1997-1998, 1-916/5, p. 2.

30 J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 573.

31 Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999.

32 Art. 1475 C. civ.

33 A.-C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis ?* », *op. cit.*, pp. 16 et s.

34 G. WILLEMS, « Les statuts juridiques du couple : liberté, égalité, équité ? », *op. cit.*, p. 26.

contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants. La nouvelle formule prévoit en outre une révocabilité *ad nutum* de la cohabitation légale, ce qui a amené certains auteurs à parler de répudiation³⁵. De la même manière, aucune protection du conjoint survivant n'avait été à l'origine imaginée. La déclaration de cohabitation légale n'engendrait en outre – à tout le moins lors de son entrée en vigueur – aucune conséquence juridique, ni en matière fiscale ni en matière de sécurité sociale.

3. Une portée pratique limitée, une portée symbolique remarquée

Ce statut alternatif ne procurait donc aux partenaires faisant le choix d'adhérer au nouveau régime (par conviction ou à défaut de pouvoir accéder à l'institution du mariage) qu'une protection très réduite ou limitée³⁶.

Olivier De Schutter et Anne Weyembergh ont déploré le contenu de cette formule alternative au mariage, loin de satisfaire aux attentes spécifiques des couples homosexuels³⁷. Ne pouvant que constater l'apport limité de cette nouvelle opportunité de reconnaissance pour ces partenaires, ils ont émis le regret que leur situation n'ait à aucun moment fait l'objet d'une préoccupation distincte du législateur, mais ait plutôt été considérée comme un motif parmi d'autres tendant à l'institutionnalisation d'une nouvelle forme de conjugalité, alternative au mariage, par les auteurs de la proposition, qui ont préféré ouvrir cette voie à deux personnes, quels que soient leurs liens affectifs et/ou sexuels³⁸. En mélangeant les genres et les besoins, et en allant jusqu'à permettre l'accès à ce statut à ceux qui ne constituent pas un couple³⁹, Jean-Louis Renchon a affirmé que l'on avait cherché à dissimuler que l'on institutionnalisait par là l'homosexualité⁴⁰. Qualifiée de « coquille vide »⁴¹, la cohabitation légale ne s'impose donc pas en alternative satisfaisante au mariage pour ceux à qui cette option est encore prohibée⁴².

Toutefois, au-delà de sa portée substantielle limitée, la portée symbolique de la législation instaurant la cohabitation légale mérite sans doute d'être soulignée⁴³. Si elle ne parvient pas à combler toutes les attentes des couples homosexuels, l'introduction du partenariat enregistré en droit belge leur procure

35 Art. 1476, § 2, C. civ., et J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, pp. 550 et s.

36 O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale, une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *op. cit.*, p. 103 et J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 551.

37 O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, « La cohabitation légale, une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes de même sexe ? », *op. cit.*, pp. 93 et 103.

38 A.-C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : *quo vadis* ? », p. 30, et O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, *ibid.*, pp. 95-96.

39 Au sens de A.-C. VAN GYSEL et J. SAUVAGE, « Le couple : notion, rôle et statut », in *Le couple*, Bruxelles, Anthemis, 2018, pp. 15 et s.

40 J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *op. cit.*, p. 18.

41 O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, *ibid.*, p. 106, et J.-L. RENCHON « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 557.

42 O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, *ibid.*, p. 93.

43 *Ibid.*, pp. 93, 100 et 103 et J.-L. RENCHON, « Mariage, cohabitation légale et union libre », *op. cit.*, p. 557, et J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *op. cit.*, pp. 39 et s.

une première forme de visibilité sociale et constitue un premier pas dans la reconnaissance d'une légitimité des unions homosexuelles et d'une égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels. À travers l'adoption de la loi de 1998, le droit reconnaît pour la première fois que la relation hétérosexuelle n'est plus l'unique modèle de vie commune⁴⁴.

B. Le mariage homosexuel : l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe

1. De la réforme du droit de l'adoption à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe

Dès le début des années 2000, le gouvernement « Arc-en-ciel »⁴⁵ a envisagé de faire un pas de plus dans la reconnaissance d'une légitimité aux couples de même sexe en leur permettant d'accéder à l'institution du mariage. De façon peut-être surprenante, l'ouverture du mariage est étroitement corrélée à la réforme du droit de l'adoption⁴⁶ qu'il fallait adapter aux exigences de la Convention de La Haye relative à l'adoption internationale⁴⁷. Ainsi, dans le cadre des réflexions préalables à la réforme, s'est posée la question de l'ouverture de l'adoption à tous les couples non mariés, tant hétérosexuels qu'homosexuels. Une « formule de compensation »⁴⁸ a alors été négociée au sein du gouvernement suivant laquelle seuls les couples non mariés hétérosexuels se verraient accorder le droit d'adopter⁴⁹, tandis qu'en contrepartie, les couples de même sexe pourraient désormais accéder à l'institution du mariage⁵⁰.

Le 18 juillet 2001, un avant-projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe est ainsi déposé pour avis au Conseil d'État⁵¹. Afin de justifier son ouverture aux unions homosexuelles, les auteurs du projet de loi font valoir que le mariage a(urait) perdu son caractère procréatif pour ne plus devenir « que »⁵² « la relation intime de deux personnes »⁵³. Ils soulignent, à cet égard, que « des enfants sont conçus et naissent aussi bien dans le mariage

44 J.-L. RENCHON, « La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié, présentation générale de la loi du 23 novembre 1998 », *ibid.*, p. 41, et X. DIJON, « L'alliance des sexes », in *La raison du corps*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 65.

45 Gouvernement Guy Verhofstadt I de coalition dite « arc-en-ciel » au pouvoir entre 1999 et 2003 et composée du VLD, du PRL, du SP, du PS, d'Agalev et d'Ecolo.

46 F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels, Rapport belge », *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Washington*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 183 et s.

47 Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993.

48 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003/3, p. 443.

49 Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2003. Pour un état des lieux détaillé de la réforme du droit de l'adoption en 2003, nous renvoyons le lecteur à la contribution de L. COHEN et G. MATHIEU.

50 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 442, et F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels, Rapport belge », *op. cit.*, pp. 183 et s.

51 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, pp. 18 et s.

52 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 445.

53 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 4.

qu'en dehors de celui-ci, et beaucoup de couples mariés ne considèrent plus la procréation comme la finalité essentielle du mariage »⁵⁴. En d'autres termes, le mariage « est vécu et ressenti comme une relation (formelle) entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable » et « offre aux deux partenaires la possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre »⁵⁵. Compte tenu de cette évolution, il est discriminatoire de priver les couples homosexuels de l'accès à l'institution matrimoniale⁵⁶.

2. L'avis négatif du Conseil d'État

Dans son avis du 12 novembre 2001⁵⁷, le Conseil d'État recommande au gouvernement d'abandonner le texte et de privilégier la création d'autres constructions juridiques plus à même d'accompagner les nouveaux modes de conjugalité⁵⁸. Ces recommandations ont soulevé de vives polémiques. Certains ont jugé le propos homophobe⁵⁹ ou moralisateur et ont vu dans l'avis du Conseil d'État la négation de trente ans d'histoire et d'évolution du contexte sociojuridique belge en termes de tolérance et de reconnaissance de l'homosexualité⁶⁰. D'autres, à l'inverse, ont estimé que la haute juridiction avait fourni un avis purement juridique, faisant ressortir l'incohérence du projet⁶¹.

Selon le Conseil d'État, il est, en effet, erroné d'affirmer que le mariage a perdu toute dimension procréative⁶². À ses yeux, « un couple homosexuel et un couple hétérosexuel présentent des différences objectives liées à la nature des choses »⁶³. Ainsi, « seules les unions hétérosexuelles sont de nature à donner naissance à des enfants » et « elles ont davantage besoin de stabilité et ont une utilité sociale différente des unions homosexuelles »⁶⁴. Il se réfère notamment aux propos du professeur de droit français Bernard Beignier pour qui :

Il importe de ne pas perdre de vue que certains droits sociaux sont accordés aux couples, mariés ou non, hétérosexuels, parce que ce sont des couples qui supportent

54 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 4.

55 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 4.

56 X. DION, « L'alliance des sexes », *op. cit.*, p. 69.

57 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, pp. 18 et s.

58 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 22.

59 D'après ce qu'a relaté J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *J.T.*, 2002/121, pp. 505 et s.

60 T. DELAVAL, « Un avis pour rien : l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe », *J.L.M.B.*, 2013/1, pp. 70 et s.

61 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 446.

62 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 19, et J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 447.

63 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 19.

64 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2002, n° 50-1692/001, p. 19.

la charge des enfants. Dès lors, se trouve parfaitement justifiée au nom même de la justice distributive qu'il puisse y avoir une différence de droits entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel. Il est inique de refuser tout droit au concubinage homosexuel, mais il serait absurde de lui donner les mêmes droits qu'à un couple hétérosexuel [...]. Un couple homosexuel n'a pas vocation à fonder une famille, c'est ce qui le distingue profondément du couple hétérosexuel⁶⁵.

D'après le Conseil d'État, cette différence est en outre reconnue par les auteurs du projet de loi. Ainsi, ils affirmaient que « les règles relatives à la conclusion, la dissolution et les effets du mariage, tel qu'il [était alors] conçu [...], devront autant que possible être applicables à un mariage entre personnes du même sexe »⁶⁶, mais concédaient que le mariage homosexuel comporterait malgré tout des différences et ne pourrait entraîner aucun effet en termes de filiation biologique ou adoptive⁶⁷. Le projet indiquait, à cet égard, que « lier de plein droit des effets en matière de filiation à un mariage entre deux personnes du même sexe reviendrait, en effet, à faire trop abstraction de la réalité [...] et entraînerait une distance trop importante entre la réalité et le droit »⁶⁸. Pour les conseillers d'État, il y a là un souci de cohérence juridique : permettre aux couples de même sexe d'accéder à l'institution du mariage entraînerait alors la création de deux types de mariages ou de deux institutions différentes, qui n'auraient pas la même portée ni les mêmes effets, et qui pourtant, porteraient le même nom⁶⁹. Or il n'est « pas souhaitable de faire croire que le juriste organise semblablement alors qu'il organise différemment »⁷⁰. Bien plus, l'on ne pourrait que « dénaturer » et « défigurer » la figure juridique traditionnelle et ancienne du mariage en y faisant entrer une nouvelle conception qui en diffère radicalement, et cela de manière « préjudiciable à l'homogénéité » de l'ensemble du système juridique belge⁷¹.

Le Conseil d'État a donc conclu qu'il n'y avait « pas de discrimination à réserver le mariage, défini comme l'union entre l'homme et la femme, aux unions hétérosexuelles »⁷².

65 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2002, n° 50-1692/001, pp. 18-19.

66 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2002, n° 50-1692/001, p. 5.

67 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2002, n° 50-1692/001, pp. 5-6.

68 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6.

69 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, pp. 21-22, et J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *op. cit.*, p. 511.

70 J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *ibid.*, p. 511.

71 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 22, et J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 447.

72 Avis n° 32.008/2 du Conseil d'État du 12 novembre 2001, projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2002-2002, n° 50-1692/001, p. 19.

3. La controverse autour de l'alternative du renforcement d'un statut différent, mais équivalent au mariage

Plusieurs experts ont été entendus par la Commission de la Justice lors des travaux préparatoires de la loi du 13 février 2003, dont Jean-Louis Renchon et Olivier De Schutter. Pour Jean-Louis Renchon, sur le terrain du pur droit positif, le mariage ne peut être réduit à la seule relation entretenue entre deux personnes, puisqu'il est aussi une institution qui prend en compte et organise la filiation des enfants issus du couple⁷³. Dès lors, en ouvrant l'institution du mariage aux unions de même sexe, le législateur crée en réalité deux types de mariage, le mariage qui se nomme encore actuellement le mariage, et l'union que l'on pourrait dénommer « le mariage homosexuel »⁷⁴. En effet, rejoignant en ce point l'avis du Conseil d'État, sur le plan de la cohérence juridique, il semble difficile d'accepter que l'on se trouve face aux deux mêmes constructions, puisque le mariage homosexuel, à la différence du mariage, ne produirait aucun effet en termes de filiation. Jean-Louis Renchon s'est donc montré critique à l'égard de cette nouvelle institution qui porterait le même nom de « mariage », tout en correspondant à une situation autre et générerait des effets juridiques différents⁷⁵. Il est incontestable, selon lui, que l'unique statut – pauvre et précaire – de la cohabitation légale ne peut plus suffire à protéger ces couples⁷⁶. Il est de même indispensable d'admettre qu'il y a une discrimination si l'on empêche ces couples d'accéder à un statut juridique de protection équivalente au mariage⁷⁷. Toutefois, comme l'a fait le Conseil d'État, l'éminent juriste a préconisé la voie de la création d'une solution juridique autre, à l'image des partenariats enregistrés ouverts dans quelques pays voisins, accessibles aux partenaires de même sexe et permettant d'offrir une protection en tout point comparable ou identique au mariage, mais qui n'en porterait pas le nom, dès lors qu'aucune règle en matière de filiation ne pourrait être déduite de cette relation⁷⁸.

Se plaçant du point de vue de la reconnaissance sociale des homosexuels, Olivier De Schutter a, lui, au contraire, estimé qu'aucune institution, même en tout point comparable au mariage, ne pourrait remplacer le « label » de cette institution⁷⁹. Beaucoup d'auteurs rejoignent cette idée, soulignant la portée symbolique de l'ouverture du mariage aux unions homosexuelles⁸⁰. En

permettant aux partenaires de même sexe d'accéder à cette institution – en dépit des quelques incohérences juridiques – sans créer de statut alternatif, le législateur fait le choix « symbolique »⁸¹ et « idéologique »⁸² de « frapper un grand coup »⁸³ et d'éviter tout séparatisme de fait, permettant certainement une intégration plus facile et une tolérance plus grande de l'homosexualité⁸⁴.

4. La loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe

En dépit de l'avis négatif du Conseil d'État, le gouvernement a, dès lors, malgré tout, persévéré. Selon Jean-Louis Renchon, l'avis du Conseil d'État a été perçu comme un « boulet » dont il convenait de se débarrasser rapidement dès lors que le gouvernement était tenu par le compromis politique précédemment négocié⁸⁵. En témoigne sans doute la rapidité avec laquelle la suite du travail parlementaire s'est déroulée⁸⁶. Ainsi, le 14 mars 2002, le projet de loi du gouvernement est déposé à la Chambre⁸⁷. En raison de l'encombrement de la Commission de la Justice de la Chambre, le texte est retiré, et une proposition de loi identique est déposée au Sénat le 28 mai 2002 afin d'être examinée par la Commission de la Justice du Sénat⁸⁸. La loi « ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil » est finalement adoptée le 13 février 2003⁸⁹.

Les auteurs du projet de loi ont vigoureusement contesté la conception « classique »⁹⁰ du mariage retenue par le Conseil d'État en soulignant que « le droit n'est pas une matière morte, il n'est pas immuable » et qu'il « n'est pas à l'écart des évolutions dans la société et ne peut rester indifférent aux changements qui s'y manifestent »⁹¹. En somme, ont-ils conclu, « notre société a évolué dans un sens tel qu'il ne reste aucun motif pour refuser à une personne

73 J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *op. cit.*, p. 510.

74 *Ibid.*, p. 511.

75 *Ibid.*, p. 511 et J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 440.

76 J.-L. RENCHON, « Mariage et homosexualité », *op. cit.*, p. 508.

77 *Ibid.*, pp. 508-509.

78 *Ibid.*, p. 511.

79 Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Audition de M. Olivier De Schutter, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1173/3, pp. 31 et s.

80 Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Audition de M. Olivier De Schutter, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1173/3, pp. 31 et s. ; J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, pp. 463 et s. ; F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels, Rapport belge », *op. cit.*, pp. 184 et s. et T. DELAVAL, « Un avis pour rien : l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe », *op. cit.*, p. 71.

81 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, pp. 463 et s.

82 F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels, Rapport belge », *op. cit.*, pp. 184 et s.

83 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 463.

84 Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Audition de M. Olivier De Schutter, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1173/3, pp. 31 et s.

85 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 447.

86 Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1173/3, p. 5.

87 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 5.

88 Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n° 2-1173/1.

89 Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003.

90 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 5.

91 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 5.

la possibilité de se marier sur les seules bases de son sexe et de ses affinités sexuelles »⁹².

La loi du 13 février 2003 a procédé, pratiquement, à un « remodelage » du texte des articles du Code civil relatifs au mariage, afin d'en adapter le vocabulaire et d'y introduire « l'indifférenciation sexuée »⁹³. Le mariage homosexuel a donc été assimilé au mariage hétérosexuel et produit les mêmes conséquences juridiques, à l'exception – notable – des effets en matière de filiation⁹⁴. D'une part, l'article 143, alinéa 2, du Code civil précise que l'article 315 du même Code – prévoyant une présomption de paternité du mari de la mère de l'enfant – ne s'applique pas aux unions de même sexe. Ainsi, l'épouse d'une femme qui accouche d'un enfant n'est pas considérée automatiquement comme la co-mère de cet enfant, car cela a été considéré, à l'époque, « trop distant de la réalité »⁹⁵. D'autre part, les articles 345 et suivants du Code civil précisaient que l'adoption d'un enfant n'était possible que par deux époux de sexes différents. On sait, néanmoins, que des réformes subséquentes ont – depuis lors – consacré l'homoparenté par présomption (au profit des couples de femmes) et par adoption (au profit de tous les couples homosexuels)⁹⁶.

Depuis le 1^{er} juin 2003, deux hommes ou deux femmes peuvent donc se marier au regard du droit belge.

5. Le recours en annulation introduit devant la Cour d'arbitrage

La loi du 13 février 2003 a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'arbitrage⁹⁷. Les parties requérantes, catholiques, se sont plaintes de ce que la suppression du caractère nécessairement hétérosexuel du mariage les obligeait à adhérer à une institution qui n'était plus conforme à leurs convictions religieuses (A.1.1).

Un des moyens invoqués par les requérants soulignait que l'ouverture du mariage aux couples homosexuels entraînait un traitement égal de deux situations objectivement différentes (B.4.1), à savoir, d'une part, la situation des personnes qui souhaitent fonder une famille avec une personne de l'autre sexe et celle, d'autre part, des personnes qui souhaitent constituer une communauté de vie avec une personne de même sexe (B.4.2). Dans son arrêt du 20 octobre 2004, la Cour a répondu à ce moyen en renvoyant à la nouvelle conception du mariage retenue par le législateur : une institution permettant « la création

d'une communauté de vie durable entre deux personnes »⁹⁸. À ses yeux, « la différence entre, d'une part, les personnes qui souhaitent former une communauté de vie avec une personne de l'autre sexe et, d'autre part, les personnes qui souhaitent former une telle communauté avec une personne de même sexe n'est pas telle qu'il faille exclure pour ces dernières la possibilité de se marier » (B.4.7). L'ouverture du mariage aux couples de même sexe ne constituait dès lors pas une discrimination à l'égard des couples hétérosexuels⁹⁹.

II. La reconnaissance et la protection des couples homosexuels en droit européen

Le droit européen tend aujourd'hui à exiger des États membres du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne qu'ils reconnaissent et protègent le couple homosexuel en lui garantissant l'accès à un statut conjugal et/ou à un ensemble de prérogatives matérialisant le lien conjugal.

Il ne faudrait pas oublier, cependant, qu'il a fallu – préalablement – réclamer de certains États qu'ils abandonnent les politiques de répression pénale des rapports homosexuels. L'incrimination des actes homosexuels entre adultes consentants a ainsi, notamment, persisté en Irlande du Nord jusqu'à la condamnation du Royaume-Uni par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'historique arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981¹⁰⁰. Dans cet arrêt, dont la Cour suprême des États-Unis s'inspirera¹⁰¹ pour exiger l'abolition du crime d'homosexualité dans tous les États américains, la Cour de Strasbourg a indiqué que :

On comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois, et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui : dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale ; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger¹⁰².

Dans des arrêts ultérieurs, la Cour a pu également juger contraires à la Convention européenne aussi bien la répression pénale d'actes sexuels

98 M. BEAGUE, S. CAP et J. SOSSON, « La formation et la dissolution des couples », *op. cit.*, p. 20.

99 F. SWENNEN et Y.-H. LELEU, « Les mariages homosexuels, Rapport belge », *op. cit.*, pp. 188 et s.

100 Cour eur. D.H. (pl.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981.

101 Dans *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 [2003]), la Cour suprême s'est départie de l'approche retenue dans *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 [1986]) en renvoyant expressément à *Dudgeon* (« To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not Bowers but its own decision in *Dudgeon v. United Kingdom* »).

102 Cour eur. D.H. (pl.), arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, § 60. Voy. cependant les opinions dissidentes et, notamment, celle du juge Walsh, suivant laquelle, « pour ce qui est de l'homosexualité masculine, et en particulier de la sodomie, cette attitude face à la morale sexuelle peut sembler mettre la population d'Irlande du Nord à l'écart de quantité de membres des autres collectivités d'Europe, mais la question de savoir s'il s'agit d'un défaut peut pour le moins se discuter. De telles idées sur les pratiques sexuelles antinaturelles ne diffèrent pas sensiblement de celles qui, à travers l'histoire, ont conditionné l'éthique des cultures juive, chrétienne et musulmane ».

92 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 5.

93 D. STERCKX, « À propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *J.T.*, 2003/21, p. 434.

94 J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *op. cit.*, p. 453.

95 Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6.

96 Voy., à ce sujet, la contribution que nous consacrons, dans cet ouvrage, à « La famille homoparentale ».

97 C.A., n° 159/2004 du 20 octobre 2004.

accomplis en privé par plusieurs hommes (*A.D.T. c. Royaume-Uni*¹⁰³) que la fixation d'âges différents pour l'engagement licite dans des actes hétérosexuels ou homosexuels (*L. et V. c. Autriche*¹⁰⁴). À l'heure actuelle, plus aucun État membre du Conseil de l'Europe ne réprime pénalement les comportements homosexuels¹⁰⁵.

Dans certains États européens, toutefois, les autorités de police se livrent toujours à des violences homophobes ne donnant lieu à aucune enquête effective : à cet égard, la Cour a notamment pu conclure à la violation de l'article 3 de la Convention dans un très récent arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*¹⁰⁶. Dans d'autres cas, les autorités étatiques font preuve de laxisme à l'égard des violences physiques¹⁰⁷ ou verbales¹⁰⁸ infligées par des personnes privées à des homosexuels en raison de leur orientation sexuelle.

La Cour européenne a également été amenée à condamner des États qui excluaient les homosexuels des forces armées (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*¹⁰⁹ et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*¹¹⁰). À l'inverse, elle a approuvé, dans *Ladele et McFarlane*¹¹¹, les décisions étatiques validant le licenciement d'officiers publics (en l'occurrence, un officier de l'état civil) ou d'employés (en l'occurrence, un employé d'une société de conseil en sexothérapie) qui avaient refusé d'accomplir des tâches concernant des couples formés de personnes de même sexe¹¹².

Relevons encore, avant d'aborder la reconnaissance et la protection des liens familiaux noués entre personnes de même sexe, les très nombreux arrêts rendus à l'encontre de la Russie au titre de la liberté de réunion, d'association ou d'expression des personnes homosexuelles et – en particulier – à propos de l'interdiction des manifestations pacifiques organisées par des associations LGBT¹¹³.

103 Cour eur. D.H., arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni* du 31 juillet 2000.

104 Cour eur. D.H., arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003.

105 D. YANG, « Global trends on the decriminalisation of consensual same-sex sexual acts (1969-2019) », in L.R. MENDOS (éd.), *State-Sponsored Homophobia*, 13th ed., ILGA-World, 2019, pp. 175 et s. (www.ilga.org).

106 Cour eur. D.H., arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie* du 8 octobre 2020 (descente de police brutale dans les locaux d'une organisation LGBT à Tbilissi : violation des articles 3 et 14 de la CEDH).

107 Cour eur. D.H., arrêt *M.C. et C.A. c. Roumanie* du 12 avril 2016 (enquête inadéquate à la suite de l'attaque groupée de participants à la marche annuelle des homosexuels : violation des articles 3 et 14 de la CEDH).

108 Cour eur. D.H., arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie* du 14 janvier 2020 (refus d'ouvrir une enquête au sujet de commentaires haineux publiés sur Facebook : violation des articles 8 et 14 de la CEDH).

109 Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

110 Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1999.

111 Cour eur. D.H., arrêt *Ladele et McFarlane c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013.

112 Voy., aux USA, la retentissante affaire *Masterpiece Cakeshop*. 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 Law Review*, 2019 [<https://www.uclalawreview.org>].

113 Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Lashmankin et autres c. Russie* du 7 février 2017 (restrictions à des projets de rassemblements pacifiques) ; arrêt *Alekseyev et autres c. Russie* du 27 novembre 2018 (refus d'autoriser des rassemblements LGBT) ;

Progressivement, les couples homosexuels ont également fait valoir devant les instances européennes le droit de voir leurs liens familiaux reconnus et protégés par le droit. Ainsi qu'il sera exposé dans les pages qui suivent, les juges européens n'ont pas, jusqu'à présent, considéré qu'il leur revenait d'affirmer solennellement la pleine égalité des conjugalités homosexuelle et hétérosexuelle en consacrant un droit européen au mariage homosexuel (A). Ce n'est pas à dire cependant, tant s'en faut, que les instances européennes renonceraient à consolider progressivement la condition juridique des couples d'hommes et des couples de femmes : la Cour européenne a ainsi formulé, de façon d'abord hésitante puis plus nette, l'exigence que les États parties mettent à leur disposition, à tout le moins, un statut alternatif au mariage, sous la forme d'un partenariat enregistré ou d'une union civile (B). Au demeurant, la jurisprudence européenne – celle de la CEDH et celle de la C.J.U.E. – tend à garantir aux couples gays et lesbiens la jouissance des droits et obligations essentiels à l'épanouissement de la vie familiale conjugale, y compris lorsque ces droits et obligations sont *a priori* réservés aux époux et que le mariage leur reste inaccessible (C).

A. Le droit au mariage : *Schalk et Kopf c. Autriche*¹¹⁴

C'est en 2010 que la Cour de Strasbourg a été pour la première fois confrontée à la revendication du mariage homosexuel. Les requérants étaient deux hommes autrichiens qui avaient demandé au bureau de l'état civil de la mairie de Vienne de procéder aux formalités préalables à leur mariage, alors même qu'à l'époque (en 2002), l'Autriche ne permettait pas (encore) le mariage entre deux personnes de même sexe. Après que leur demande avait été rejetée et que les voies de recours internes avaient été épuisées, les deux hommes s'étaient tournés vers la Cour de Strasbourg en faisant valoir une violation de leurs droits garantis par la Convention.

1. Le droit de se marier et l'article 9 de la Charte

La Cour a relevé que l'interprétation textuelle¹¹⁵ et contextuelle¹¹⁶ de l'article 12 excluait 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).

arrêt *Zhdanov et autres c. Russie* du 16 juillet 2019 (refus d'enregistrer des organisations LGBT) et arrêt *Berkman c. Russie* du 1^{er} décembre 2020 (absence de protection des participants à une manifestation LGBT).

114 Cour eur. D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010. Voy. aussi, p. ex., 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.

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

116 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).

Le juge de Strasbourg a alors puisé dans la formulation plus « moderne »¹¹⁷ ou « libérale »¹¹⁸ 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 CEDH¹¹⁹. 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 droits¹²⁰. La Cour se fonde alors sur cette formulation plus ouverte pour affirmer 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).

Puisque l'article 12 était applicable, il appartenait *a priori* à la Cour de s'assurer que les limitations prévues par le droit national ne le restreignaient ou ne le réduisaient pas « d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même »¹²¹. Rien de tel toutefois : aussitôt après avoir admis que les couples homosexuels pouvaient se prévaloir du droit de se marier, la Cour a simplement affirmé qu'« en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales », dès lors en particulier que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre » (§ 62). L'inclusion des couples de même sexe dans le champ d'application de l'article 12 semble donc purement formelle : elle n'active pas un véritable contrôle de conventionalité semblable à celui qui avait pu être opéré, par exemple, s'agissant du mariage des personnes transsexuelles (*Goodwin*)¹²² ou du mariage entre un beau-père et sa belle-fille (*B. et L.*)¹²³. On peut certainement comprendre le réflexe subsidariste qui sous-tend cette désactivation de l'examen de proportionnalité, ce qui n'empêche pas de le regretter¹²⁴, à plus

forte raison dans un contexte où la Cour se montre parfois très peu encline à se satisfaire de la simple préférence pour la famille traditionnelle (dont les « connotations culturelles et sociales » de *Schalk et Kopf* sont – à l'évidence – un pudique avatar) comme motif justifiant une restriction aux droits individuels¹²⁵. L'on peut aussi être d'autant plus déçu que, de par le monde, d'autres juges des droits de l'homme, agissant certes dans des contextes distincts, mais n'échappant pas pour autant (tant s'en faut !) aux enjeux de la subsidiarité et du pluralisme, ont fait preuve de plus d'audace ou de détermination dans la défense des droits des personnes homosexuelles : en 2015, la Cour suprême des États-Unis a ainsi imposé l'ouverture du mariage homosexuel dans les cinquante États américains¹²⁶ ; en 2017, c'est la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui préconisait l'autorisation des unions de même sexe pour les États membres de l'Organisation des États américains¹²⁷.

Quoi qu'il en soit, depuis dix ans que l'arrêt *Schalk et Kopf* a été rendu, la Cour a persisté dans son refus d'examiner de façon approfondie les justifications proposées par les États qui maintiennent la règle de l'hétérosexualité matrimoniale. En 2016, dans *Chapin et Charpentier c. France*, elle a d'ailleurs expressément souhaité rappeler que l'article 12 consacre « le concept traditionnel de mariage »¹²⁸.

2. Le droit à la vie familiale et les directives 2003/86 et 2004/38

MM. Schalk et Kopf ne fondaient pas leur revendication de pouvoir accéder au mariage sur le seul article 12 de la CEDH : ils invoquaient aussi, à cet égard, le droit à la vie familiale (art. 8) combiné à l'interdiction de la discrimination (art. 14).

La Cour a fait montre, ici également, d'une certaine ouverture interprétative, nourrie par les évolutions sociales et les développements du droit européen.

117 Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02), J.O.U.E., C 303 du 14 décembre 2007, p. 21.

118 P. MURAT, « Article II-69 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : la Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 165.

119 Voy., pour des analyses plus approfondies, 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, pp. 238 et s.

120 Son commentaire officiel indique qu'il s'agit d'un choix délibéré d'« élargir 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.

121 Voy., en dernier lieu, Cour eur. D.H., arrêt *Theodorou et Tsotsorou c. Grèce* du 5 septembre 2019, § 26 (annulation d'un mariage entre beau-frère et belle-sœur : violation de l'article 12) et références citées.

122 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, §§ 97 et s.

123 Cour eur. D.H., arrêt *B. et L. c. Royaume-Uni* du 11 septembre 2005, §§ 34 et s.

124 L. HODSON, « A marriage by any other name? *Schalk and Kopf v. Austria* », *Human Rights Law Review*, 2011, 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 Journal of International Law*, 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 constitution d'un droit européen de la famille : l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales », in E. BERNARD, M. CRESPIER et M. HO-DAC (dir.), *Connaissiez-vous la famille européenne ? / Introducing the European Family*, Bruxelles, Larcier, 2020, 67 ; G. WILLEMS, « Le droit de la famille réformé par les juges des droits de l'homme : réflexions sur la diversité des stratégies juridictionnelles et les enjeux du dialogue interjuridictionnel au départ du cas du mariage homosexuel », *Onati Socio-Legal Series*, 2021, à paraître ; 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.*, 2020, p. 179.

125 Voy. not. Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, § 139. Voy. aussi, p. ex., G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1025-1042. Plus généralement, sur la référence à la morale et à la tradition : 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.

126 *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. (2015). Voy. aussi, à propos de cet arrêt : K. YOSHINO, « A new birth of freedom? *Obergefell v. Hodges* », *Harvard Law Review*, 2015, p. 170. Voy. aussi : G. WILLEMS, « Le droit de la famille réformé par les juges des droits de l'homme ... », *op. cit.* ; G. WILLEMS, « La vie privée et familiale au prisme des droits de l'homme ... », *op. cit.*, p. 179. En anglais : G. WILLEMS, « Private and family life through the lens of human rights: a comparative analysis of the United States Supreme Court and the European Court of human rights case-laws », *Cridho Working papers*, series 2019/4 (<https://sites.uclouvain.be>).

127 Cour interam. D.H., Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre 2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Voy. aussi, à propos de cet avis : N. CARRILLO-SANTARELLI, « Gender identity and equality and non-discrimination of same-sex couples: Advisory opinion OC-24/17 », *A.J.I.L.*, 2018, p. 479. Voy. aussi : G. WILLEMS, « Le droit de la famille réformé par les juges des droits de l'homme ... », *op. cit.*

128 Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016, § 37. Voy. aussi Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 96. Voy. not. H.J. LIESKER, « Caught in a balancing act », *Oslo Law Review*, 2017, pp. 172-194 ; D. E. III SOLES, « Truism & tautologies: Ambivalent conclusions regarding same-sex marriage in *Chapin v. France* », *Journal of Global Justice and Public Policy*, 2016, pp. 149-156.

Ainsi, alors qu'elle avait jusque-là tout au plus accepté que le couple homosexuel puisse relever de la « vie privée » protégée par la Convention¹²⁹, elle a jugé, dans *Schalk et Kopf*, qu'« il [était] artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8 » (§ 94). Elle relève, à cet égard, d'une part, que « l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux États membres » et, d'autre part, que « certaines dispositions du droit de l'Union européenne [NDLA : les directives 2003/86¹³⁰ et 2004/38^{131 132}] reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille » » (§ 93). Pour la première fois, la Cour allait donc pouvoir appréhender le sort différent réservé aux couples homosexuels, non plus seulement comme une distinction affectant leur vie privée, mais comme une différenciation engageant leur droit au respect de la vie familiale.

Or le juge strasbourgeois a ici également renoncé à se livrer à une véritable analyse proportionnaliste et s'est borné à souligner qu'un droit refusé sous l'angle de l'article 12 ne pouvait pas être dégagé par le biais d'une interprétation évolutive de l'article 8. La Cour a rappelé à cet égard que « la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres ». Elle en a déduit que, « [puisque] l'article 12 n'impose pas aux États contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne saurait être compris comme imposant une telle obligation ». Cette approche dite « systémique » qui subordonne l'interprétation de l'article 8 à celle de l'article 12 bénéficie assurément d'un ancrage solide dans la jurisprudence de la Cour¹³³. Elle s'est toutefois récemment trouvée remise en question par la juge Angelika Nussberger qui constate que l'article 8 a fait l'objet d'une jurisprudence foisonnante et vivante, riche de centaines d'arrêts, tandis que l'article 12 est demeuré, quant à lui, un « parent pauvre » de l'interprétation

129 Cour eur. D.H., déc. *Manenc c. France* du 21 septembre 2010, p. 7 ; Cour eur. D.H., déc. *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001, p. 5 (dans les deux affaires : droit à la pension).

130 Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, J.O., L 251 du 3 octobre 2003, pp. 12-18.

131 Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), J.O., L 158 du 30 avril 2004, pp. 77-123.

132 Voy. aussi, dans cet ouvrage, les contributions de S. SAROLEA, « Le regroupement familial des ressortissants de pays tiers », et de M. Lys, « Le regroupement familial des citoyens européens ».

133 Voy. en particulier Cour eur. D.H. (plén.), arrêt *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, § 57 (« la Convention doit se lire comme un tout ; la Cour ne croit pas que l'on puisse logiquement déduire de l'article 8 (art. 8), texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu, elle l'a constaté, de l'article 12 (art. 12) »). Dans un autre domaine, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002, § 54 (« si la Cour doit adopter une démarche souple et dynamique pour interpréter la Convention, qui est un instrument vivant, il lui faut aussi veiller à ce que toute interprétation qu'elle en donne cadre avec les objectifs fondamentaux poursuivis par le traité et préserve la cohérence que celui-ci doit avoir en tant que système de protection des droits de l'homme. L'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2 [...] [qui] ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès »).

strasbourgeoise, et suggère – alors – de renverser le postulat de *Schalk et Kopf* en avançant que la lecture systémique des articles 8 et 12 implique d'insuffler dans le second la vitalité du premier¹³⁴. Lire la Convention « comme un tout » impliquerait ainsi de comprendre le droit au mariage à l'aune des transformations rapides de la vie familiale, plutôt que de corseter l'interprétation de l'article 8 en l'alignant sur celle, peut-être trop retenue, de l'article 12.

Relevons encore que la « désactivation » par la Cour du droit à la vie familiale implique ici, par ricochet, celle de l'exigence de non-discrimination (art. 14) qui n'était invoquée qu'en combinaison avec lui. L'on peut assurément le regretter, car le refus de l'accès au mariage a de la sorte échappé, dans l'incontournable *leading case* que constitue *Schalk et Kopf*, aux standards très exigeants dégagés par le juge européen relativement aux différenciations fondées sur l'orientation sexuelle¹³⁵. Il apparaît toutefois que, dans des affaires subséquentes où la Cour a été expressément invitée par les requérants à se prononcer sur une violation alléguée des articles 12 et 14 combinés, ce qui n'était pas le cas dans *Schalk et Kopf*, et où l'on pouvait alors espérer une « réhabilitation » de l'exigence d'égalité, la Cour a rappelé que, dans l'affaire autrichienne, elle avait jugé que les articles 8 et 14 combinés n'exigeaient pas la consécration d'un droit européen au mariage homosexuel et signalé qu'à ses yeux, « la même approche était valable pour l'article 12 combiné avec l'article 14 »¹³⁶. Assurément, on peut juger qu'il y a là une autre manœuvre d'évitement mobilisée par la Cour pour éviter d'évaluer, à l'aune d'une véritable démarche proportionnaliste, l'acceptabilité conventionnelle du principe de l'hétérosexualité matrimoniale.

3. L'absence de consensus européen

En somme, la formule lapidaire suivant laquelle le mariage renvoie à des connotations sociales et culturelles profondément enracinées conduit à une neutralisation « en cascade » ou « en chaîne » de toutes les exigences conventionnelles. Le procédé, elliptique, traduit – on l'a déjà signalé – le malaise du juge européen face à une question très sensible¹³⁷, à propos de laquelle il n'entend pas, à ce stade, jouer un rôle prépondérant.

134 Ainsi, « [il] y a un déséquilibre structurel dans l'interprétation de ces deux articles de la Convention. Tandis que, dans des centaines d'arrêts, la Cour a élargi les garanties de l'article 8 pour les développer en une sorte de "protection parapluie", elle a traité l'interprétation de l'article 12 comme un parent pauvre. Mais si le droit de se marier n'était pas régi par une disposition distincte, il pourrait aussi bien tomber dans le champ de l'article 8, la jurisprudence sur les droits des couples homosexuels en étant la preuve » (Cour eur. D.H., arrêt *Delecalle c. France* du 25 octobre 2018, opinion séparée de la juge Nussberger, p. 17 [mariage d'une personne sous curatelle]).

135 Voy. avant *Schalk et Kopf* : Cour eur. D.H., arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, § 36, et après *Schalk et Kopf* : Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, §§ 132-153.

136 Cour eur. D.H., *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, §§ 191-194 (art. 12+14) ; Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016, §§ 36-40 (art. 12+14). Voy. not., à propos de ces arrêts, C. POPPELWELL-SCEVAK, « Oliari, Orlandi and homophobic dissenting opinions: The Strasbourg approach to the recognition of same-sex marriages », *Strasbourg Observers*, 2 February 2018 (<https://strasbourgothers.com>).

137 L. AUDOUY et C. PICHERAL, « Le critère principal du domaine », in G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 190-191.

À cet égard, il est vrai que la Cour de Strasbourg doit tenir compte de l'absence de consensus européen sur la question du mariage des couples de même sexe. Dans *Schalk et Kopf*, il est ainsi relevé que seuls six États européens le permettent (§ 58) et, dans la jurisprudence subséquente, l'évolution du consensus est soigneusement « monitorée ». En 2014¹³⁸, en 2015¹³⁹ et 2016¹⁴⁰, la Cour s'est prononcée à trois reprises sur l'accès au mariage alors que 11 États permettaient désormais le mariage des personnes homosexuelles : elle a constamment relevé l'absence de consensus et renvoyé à sa position dans *Schalk et Kopf*. C'est finalement dans l'arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017 que la Cour donne le premier indice tangible d'un possible resserrement du contrôle européen lié à l'évolution des législations nationales. Quinze États¹⁴¹ parties permettaient alors le mariage homosexuel et la Cour a affirmé, d'une façon qui n'est évidemment pas passée inaperçue, que « les États [étaient] encore libres de limiter l'accès au mariage aux couples de sexe[s] différent[s] »¹⁴².

Le nombre limité d'États admettant les unions de même sexe est assurément de nature à justifier, jusqu'à un certain point, la latitude laissée aux autorités nationales. Deux éléments méritent toutefois d'être soulignés qui tendraient à justifier un engagement un peu plus significatif du juge strasbourgeois sur le terrain du droit au mariage des couples de même sexe. D'une part, l'absence de consensus européen et la concession d'une marge de manœuvre significative aux États n'impliquent pas *ipso facto* que l'on renonce à toute discussion de fond sur l'importance que revêt l'accès au mariage pour les couples homosexuels et le poids des intérêts étatiques qui seraient encore à même de justifier que seuls les couples hétérosexuels puissent s'y engager. D'autre part, la Cour s'émancipe parfois du consensus européen en cristallisant des standards européens bien qu'ils n'aient pas encore été adoptés dans la majorité des États parties : l'exigence de la reconnaissance juridique de la nouvelle identité des personnes transsexuelles¹⁴³ puis le refus des conditions médicales préalables à l'amendement de l'identité civile¹⁴⁴ constituent à cet égard des exemples

138 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Hamalainen c. Finlande* du 16 juillet 2014, § 74.

139 Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015, § 192.

140 Cour eur. D.H., arrêt *Chapin et Charpentier c. France* du 9 juin 2016, § 39.

141 Voy. la liste *supra*, note 7.

142 Nous soulignons. Voy. 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 (« la Cour de Strasbourg n'impose pas la reconnaissance en tant que telle du mariage de personnes de même sexe et admet, comme le fait la Cour de Luxembourg, la légitimité de l'objectif poursuivi par certains États considérant, au regard de la Convention, "that States are still free [...] to restrict access to marriage to different-sex couples". On notera toutefois, dans la phrase citée, l'adverbe "still" qui laisse entendre de possibles évolutions »). Voy. aussi *infra*, point II.B.3.

143 Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, § 103 (« le nombre des pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des États qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même. La Cour n'est toutefois pas convaincue que cela soit de nature à conforter la thèse selon laquelle les États contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur marge d'appréciation »).

144 Cour eur. D.H., arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France* du 6 avril 2017 (« 122. En l'espèce, la Cour note que les États parties sont partagés sur la condition de stérilité (paragraphe 71 ci-dessus). Il n'y a donc pas consensus en la matière. Elle relève ensuite que des intérêts publics sont en jeu, le Gouvernement invoquant à cet égard la nécessité de préserver le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et de garantir la fiabilité et la cohérence de l'état civil, et que les présentes affaires soulèvent des

paradigmatiques d'« anticipation » strasbourgeoise du consensus européen¹⁴⁵. La Cour pourrait donc, dès à présent, s'attacher à examiner de façon un peu plus approfondie les droits et intérêts concernés par la question du mariage homosexuel et – par là même – poser des jalons pour l'affirmation d'un droit européen au mariage homosexuel qui saurait être uniquement tributaire du dépassement d'un nombre critique d'États ayant amendé leur législation à cet égard.

Une montée en puissance de la Cour européenne sur la question du mariage des couples de même sexe paraîtrait aujourd'hui éminemment souhaitable, au regard des évolutions observables à l'échelle internationale et, en particulier, de la consécration déjà mentionnée du droit au mariage homosexuel par les juges américains et interaméricains¹⁴⁶. Elle se justifierait également au regard des développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a expressément affirmé – on y reviendra – que, pour l'interprétation des instruments européens relatifs au regroupement familial, le terme « époux » inclut les époux de même sexe¹⁴⁷. En 2019, un 16^e pays européen – l'Autriche – a, au demeurant, ouvert le mariage aux couples de même sexe et la République tchèque pourrait également bientôt rejoindre le groupe des pays ayant consacré l'égalité matrimoniale.

B. Le droit à un statut conjugal alternatif

À défaut d'imposer aux États européens l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, la Cour de Strasbourg a progressivement affirmé et renforcé le droit à un statut conjugal alternatif. Ayant constaté, dans *Schalk et Kopf*¹⁴⁸, le déploiement rapide de partenariats civils dans les États membres, la Cour avait affirmé que le rythme des réformes aussi bien que la teneur précise des droits conférés relevaient de la marge de manœuvre étatique. Elle a cependant exigé, tout d'abord, qu'un État offrant une alternative au mariage aux couples de sexes différents l'offre également aux couples de même sexe (1). Elle a ensuite ébauché puis consolidé l'exigence qu'un statut alternatif au mariage soit accessible aux couples homosexuels, y compris lorsqu'un tel statut n'a pas été offert aux couples hétérosexuels (2), notamment pour permettre que soit reconnu – au titre de partenariat enregistré ou d'union civile – un mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger (3).

questions morales et éthiques délicates. 123. Elle constate toutefois également qu'un aspect essentiel de l'identité intime des personnes, si ce n'est de leur existence, se trouve au cœur même des présentes requêtes. [...] Ce constat la conduit à retenir que l'État défendeur ne disposait en l'espèce que d'une marge d'appréciation restreinte »).

145 Voy. à ce sujet : G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, spéc. p. 128.

146 Voy. *supra*, point II.A.1.

147 Voy. *infra*, point II.C.3.

148 MM. Schalk et Kopf se plaignaient, outre de l'absence d'accès au mariage (voy. *supra*), du caractère tardif de l'introduction du *Eingetragene Partnerschaft* et de l'insuffisance de ses effets (§§ 102 et s.).

1. L'impossibilité de réserver un partenariat enregistré aux couples hétérosexuels : Vallianatos c. Grèce

Dans l'arrêt de grande chambre *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013¹⁴⁹, la Cour a jugé que la Grèce ne pouvait pas, sans violer la Convention, créer un statut conjugal alternatif au mariage et le réserver aux couples hétérosexuels.

La Cour a réaffirmé que les relations conjugales homosexuelles relèvent de la vie familiale protégée par la Convention au même titre que les relations conjugales hétérosexuelles (§ 73). Elle a expressément souligné que « le partenariat civil [...], en tant que forme de vie commune officiellement reconnue autre que le mariage, a en soi une valeur pour les requérants, indépendamment des effets juridiques, étendus ou restreints, que celui-ci produirait »¹⁵⁰. Ainsi :

« L'extension du pacte de vie commune aux couples de même sexe leur permettrait de régler les questions patrimoniales, de pension alimentaire et de succession non pas à titre de simples particuliers concluant entre eux des contrats de droit commun, mais en se prévalant du régime juridique du pacte de vie commune, donc en bénéficiant d'une reconnaissance officielle de leur relation par l'État (§ 81) ».

La Cour a estimé louable la volonté du législateur grec d'encadrer la situation des enfants nés hors mariage et de renforcer de ce fait indirectement l'institution du mariage (puisque le choix de se marier serait dorénavant le reflet d'un choix libre d'engagement conjugal et plus de la nécessité de sécuriser le statut de l'enfant). La Cour a aussi admis que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constituait un but important et légitime bien qu'il soit plutôt abstrait et puisse être poursuivi de multiples façons (§§ 83-84). Toutefois, dès lors que les hétérosexuels « bénéficiaient en droit grec, avant même l'introduction de la loi [...], d'une reconnaissance de leur relation », tandis que les couples de même sexe « [avaient] tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du "pacte de vie commune" » qui aurait constitué pour eux la seule forme reconnue d'union (§ 90), la Cour a jugé que « le Gouvernement [n'avait] pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe » (§ 92).

2. La nécessité de créer un statut alternatif au bénéfice des couples de même sexe : Oliari c. Italie

L'arrêt *Vallianatos* a certainement constitué une étape importante, mais sa portée immédiate était assurément limitée, puisqu'il ne concerne que les situations – *a priori* très rares¹⁵¹ – où un partenariat serait ouvert aux hétérosexuels

et refusé aux homosexuels. La Cour a alors franchi un pas supplémentaire, un an et demi plus tard, en condamnant, dans son arrêt *Oliari et autres c. Italie*¹⁵², l'absence de tout statut conjugal accessible aux couples de même sexe, dans un contexte différent de celui de l'arrêt *Vallianatos*, puisque l'Italie n'offrait d'alternative au mariage ni aux couples hétérosexuels ni aux couples homosexuels.

Elle a d'abord rappelé que les liens noués entre les requérants relevaient de la vie familiale (§ 103) et décidé d'appréhender l'affaire sous l'angle des obligations positives (§ 159). Elle a ensuite rappelé que, suivant sa jurisprudence, les couples de même sexe avaient, comme les couples de sexes différents, besoin d'être reconnus et protégés (§ 165), ce besoin étant d'ailleurs mis en évidence également par les autres organes du Conseil de l'Europe (§ 166). Elle a ensuite souligné que :

« 167. [...] les requérants en l'espèce, qui ne peuvent se marier, n'ont pas pu avoir accès à un cadre juridique spécifique (tel que celui des unions civiles ou des partenariats enregistrés) susceptible de leur apporter la reconnaissance de leur statut et de leur garantir certains droits pertinents pour un couple engagé dans une relation stable et engagée »¹⁵³.

De très rares municipalités italiennes (moins de 2 %) permettaient une inscription purement symbolique dans le « registre local des unions civiles », mais cette inscription avait une valeur purement symbolique et ne conférait dès lors aucun « statut » ni aucun « droit » aux intéressés (§ 168). Quant aux « contrats de cohabitation » que pouvaient conclure les couples homosexuels, ils réglaient certaines questions liées à la cohabitation, ne rencontraient pas certains besoins « basiques » qui sont « fondamentaux » s'agissant d'un lien de couple stable et engagé (spéc. les droits et obligations de soutien mutuel comme les obligations alimentaires et les droits successoraux). Le fait que ces contrats n'avaient pas vocation à organiser la vie de couple était évident dès lors qu'ils étaient accessibles à tous ceux qui cohabitaient, qu'ils soient en couple ou non. Dans *Vallianatos*, au demeurant, la Cour avait affirmé qu'une union stable pouvait exister sans cohabitation dans « le monde globalisé d'aujourd'hui » (§ 169). Il apparaissait donc que ni les registres locaux ni les contrats de cohabitation ne procuraient aux couples de même sexe la protection et la reconnaissance requises par l'article 8. Les couples de même sexe ne bénéficiaient alors que de quelques dispositions légales, leur octroyant expressément une reconnaissance très limitée et de certains droits supplémentaires

uniquement aux couples de sexe[s] opposé[s] ». Voy. néanmoins, à cet égard, N. BITUKOVA, « *Vallianatos and Others v. Greece: What is in there for Lithuania?* », *Strasbourg Observers*, 13 January 2014 (<https://strasbourgobservers.com>).

152 Cour eur. D.H., arrêt *Oliari et autres c. Italie* du 21 juillet 2015. Voy. not. A. HAYWARD, « Same-sex registered partnerships – A right to be recognized », *Cambridge Law Journal*, 2016, pp. 27-30 ; V.J. MARZANO, « Oliari and the European Court of Human Rights: Where the Court Failed », *Pace International Law Review*, 2017, pp. 241-278 ; S. RAGONE et V. VOLPE, « Emerging right to a gay family life: The Case *Oliari v. Italy* in a comparative perspective », *German Law Journal*, 2016, pp. 451-486.

153 Traduction libre.

149 Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013.

150 Nous soulignons.

151 Selon la Cour, en 2013, « [la] Lituanie et la Grèce sont les seuls États au sein du Conseil de l'Europe qui, outre le mariage (possible uniquement pour les couples hétérosexuels), prévoient une autre forme de partenariat enregistré qui est destinée

consacrés par la jurisprudence et dont la mise en œuvre impliquait souvent de saisir les cours et tribunaux italiens surchargés (§§ 170-171).

Pour la Cour, la protection offerte en Italie était à la fois insuffisante quant au contenu et insuffisamment stable, puisqu'elle dépendait de la cohabitation des intéressés et de l'attitude des cours et tribunaux (§ 172). Il y avait un contraste entre la « réalité sociale » d'une vie de couple ouvertement vécue et l'absence de « reconnaissance officielle » de celle-ci alors même qu'une telle reconnaissance n'aurait emporté aucune « charge particulière » pour l'État (§ 173). La Cour a encore souligné qu'à défaut d'avoir accès au mariage, les couples homosexuels avaient un « intérêt particulier » à bénéficier d'un statut alternatif, lequel donnait accès aux « droits fondamentaux » (« *core rights* ») pertinents pour un couple et doté d'une « valeur intrinsèque » (« *intrinsic value* ») indépendante de ses effets (§ 174). En revanche, le gouvernement italien restait en défaut d'indiquer l'« intérêt de la communauté » qui aurait justifié l'absence d'un statut : il mentionnait le temps requis pour l'assimilation des « nouvelles formes de familles » et les « sensibilités différentes sur [une] question sociale délicate », tout en se défendant de toute intention de protéger la « famille traditionnelle » ou la « morale » (§ 176). La Cour a admis que le sujet pouvait donner lieu à des « questions morales et éthiques sensibles » à même de justifier une large marge d'appréciation en l'absence de consensus. Cela étant, ces questions sensibles étaient plutôt liées à certains « droits supplémentaires » (« *supplementary* »), et pas les « droits fondamentaux » (« *core* ») réclamés par les requérants. Si une large marge de manœuvre étatique devait être reconnue quant au « statut exact » conféré, elle ne s'appliquait pas au « besoin général » de reconnaissance légale (§ 177), à plus forte raison dans un contexte européen où le mouvement favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels se déployait rapidement (§ 178).

La Cour s'est finalement référée à la situation spécifique de l'Italie, notant que la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation avaient affirmé la nécessité de reconnaître et de protéger les couples de même sexe (§ 180), au diapason du sentiment de la population italienne tel qu'il ressortait de sondages officiels (§ 181). C'est au regard de ces signaux favorables aux couples de même sexe et méconnus par le législateur italien que la Cour a finalement jugé que l'« intérêt important » (« *momentous interest* ») des requérants n'était contrebalancé par aucun « intérêt collectif prééminent » (« *prevailing community interest* ») et que la Convention avait été violée.

3. L'obligation de reconnaître les mariages célébrés à l'étranger à tout le moins comme des partenariats enregistrés : *Orlandi c. Italie*

Cet ancrage très appuyé de l'arrêt *Oliari* dans la spécificité du contexte italien, pointé par les juges concurrents, créait inévitablement un doute sur la

« transposabilité » de ses exigences aux autres États européens¹⁵⁴. L'obligation d'instaurer un statut alternatif au mariage a, en tout état de cause, été réaffirmée par la Cour quelques années plus tard dans une autre affaire italienne, *Orlandi c. Italie*¹⁵⁵, où la question se posait sous l'angle différent de la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés à l'étranger. Les requérants étaient des couples homosexuels mariés au Canada, aux États-Unis ou aux Pays-Bas et se plaignaient de ce que différentes administrations locales italiennes avaient refusé d'enregistrer officiellement leur mariage. Consolidant les exigences formulées dans *Oliari*, la Cour a jugé que l'Italie ne pouvait, sans violer la Convention, refuser toute forme de reconnaissance à ces mariages étrangers.

Ayant confirmé l'applicabilité au couple de même sexe du droit au respect de la vie familiale (§ 143), la Cour a ajouté que la reconnaissance du « statut matrimonial réel » d'une personne relevait de son identité personnelle et sociale et de son « intégrité psychologique » (§ 144). Elle a aussi souligné – ce qui n'est pas anodin – que, depuis *Schalk et Kopf*, le droit de se marier était applicable aux couples homosexuels désireux de se marier et qu'il s'ensuivait que l'article 12 s'appliquait aussi aux couples homosexuels déjà mariés dans un autre ordre juridique (§ 145). En sens inverse, les États étaient « encore libres » de réserver le mariage aux hétérosexuels (§ 192). Ils pouvaient aussi souhaiter prévenir le désordre en empêchant leurs nationaux de recourir à l'étranger à des institutions refusées dans leur ordre juridique (§ 207). Au demeurant, le refus litigieux n'avait pas privé les intéressés de droits dont ils disposaient auparavant en Italie, ni mis en cause les droits liés au mariage dans le pays où ils l'avaient contracté (§ 208). Il fallait en outre consentir à l'Italie une marge d'appréciation confortable dès lors que, malgré le développement rapide d'un mouvement en faveur de la reconnaissance des couples homosexuels en Europe, en Amérique et en Australasie (§ 204), il n'existait pas de consensus parmi les États refusant le mariage homosexuel sur la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger (§ 205).

Pour autant, la Cour a jugé que l'Italie, sans devoir reconnaître le mariage comme tel, aurait dû permettre sa prise en considération en tant qu'union civile, car l'absence de toute reconnaissance et le vide juridique subséquent méconnaissaient la réalité sociale de la situation des requérants sans que des considérations impérieuses le justifient (§ 209). À la suite de l'arrêt *Oliari*, la loi italienne 76/2016 organisait une union civile et permettait l'enregistrement

¹⁵⁴ Selon les juges concurrents, « [o]ur colleagues are careful to limit their finding of the existence of a positive obligation to Italy and to ground their conclusion on a combination of factors not necessarily found in other Contracting States » (§ 10). Voy. aussi A. HAYWARD, « Same-sex registered partnerships - A right to be recognized », *op. cit.*, pp. 2-3 (« *Oliari* compels Italy to act but for other Member States it appears that both the scope of the positive obligation under Article 8(1) and the breadth of the margin of appreciation could be heavily dependent on several factors »).

¹⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017. Voy., à propos de cet arrêt, H. FULCHIRON, « La CEDH et la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger : avis de tempête ou signal brouillé ? », *D.*, 2018, p. 446 ; J. LIEVENS, « EHRM opent deur naar Europese erkenning homohuwelijk », *Juristenkrant*, n° 361, 2018, p. 1 ; C. POPPELWELL-SCEVAK, « *Oliari*, *Orlandi* and homophobic dissenting opinions », *op. cit.*

des mariages étrangers comme unions civiles (§§ 193 et 195) : le constat de violation de la CEDH ne valait donc que pour la période antérieure à la réforme (§ 196).

Moins tributaire qu'*Oliari* des spécificités du contexte italien, *Orlandi* semble bien charrier une obligation européenne de prévoir, pour les couples de même sexe, un statut alternatif au mariage. Il reste que ce deuxième arrêt italien aborde la question sous l'angle singulier du droit international privé et l'on peut dès lors souhaiter qu'intervienne une confirmation ultérieure, plus nette et frontale. Il faut aussi relever qu'*Orlandi* ne remet pas en question la marge de manœuvre laissée aux États quant à la teneur précise du statut conféré aux partenaires.

C. Le droit à certaines prérogatives conjugales

L'on peut assurément souhaiter que la CEDH engage bientôt une réflexion proportionnaliste plus soutenue à propos du mariage en s'inspirant éventuellement des riches exemples nord et sud-américains et qu'elle formule avec plus de vigueur l'exigence minimale portant sur l'ouverture d'une formule d'union civile ou de partenariat enregistré rencontrant les besoins essentiels d'un couple stable et engagé. On comprend néanmoins les raisons qui sous-tendent la prudence du juge européen et l'on sait aussi que lorsque des exigences plus fermes auront (finalement) été formulées, elles ne seront pas (d'emblée) respectées par tous les États. Il faut alors saluer le développement de lignes jurisprudentielles tendant à permettre que, privés d'accès au mariage et/ou à un statut alternatif, les couples de même sexe puissent – au moins – bénéficier des droits et obligations contribuant à l'épanouissement de la vie familiale conjugale.

1. Le droit aux mêmes avantages que les hétérosexuels non mariés : Karner c. Autriche

La Cour de Strasbourg a en premier lieu exigé que les couples homosexuels non mariés puissent être traités de la même façon que les couples hétérosexuels non mariés. L'Autriche aura décidément contribué de manière déterminante au développement de la jurisprudence relative au couple de même sexe, puisque c'est encore dans un arrêt autrichien de 2003 – *Karner c. Autriche*¹⁵⁶ – que la Cour a formulé cette exigence d'égalité minimale. Le requérant était un homme dont le partenaire de même sexe était mort du sida. À la suite du décès, il n'avait pas pu bénéficier des dispositions de la loi sur les loyers qui permettaient au partenaire survivant de poursuivre le bail du défunt, la Cour suprême

¹⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010 ; Cour eur. D.H., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010.

autrichienne ayant considéré que la notion de « compagnon de vie » n'incluait pas les couples homosexuels.

Alors qu'elle ne considérait pas encore que le couple de même sexe jouissait d'une vie familiale conventionnellement protégée, la Cour a jugé l'article 8 applicable au titre de la protection du domicile (§ 33). Elle a affirmé que les différences de traitement fondées sur l'orientation sexuelle devaient, comme celles fondées sur le sexe, être justifiées par des « raisons particulièrement graves » (§ 37). Le but de protéger la famille traditionnelle était légitime, mais son caractère « assez abstrait » permettait de le poursuivre par « une grande variété de mesures concrètes » et le gouvernement ne démontrait pas, en l'occurrence, qu'il était nécessaire – pour réaliser cet objectif – d'exclure les homosexuels par une interprétation étroite de la loi sur les loyers.

La Cour réitérera cette approche dans plusieurs autres arrêts : dans *Kozak c. Pologne*¹⁵⁷, le juge strasbourgeois a reconduit l'approche de *Karner* dans une affaire très proche où le partenaire survivant avait été évincé du logement social dont le défunt était identifié comme occupant officiel ; dans *P.B. et J.S. c. Autriche*¹⁵⁸, cette approche a été transposée à la question de l'extension de l'assurance maladie et accident des fonctionnaires à leurs partenaires dépendants. De façon plus significative encore, la grande chambre a jugé – dans *X. et autres c. Autriche* – que deux femmes cohabitant de fait devaient pouvoir mettre en œuvre une adoption intrafamiliale (l'adoption de l'enfant de l'une par l'autre), puisqu'une telle adoption était possible au sein des couples hétérosexuels non mariés.

L'exigence que les couples non mariés soient traités de la même façon, quelle que soit leur orientation sexuelle, est donc formulée avec force et appliquée rigoureusement par le juge européen, y compris sur les terrains délicats, tels que celui de l'adoption¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010.

¹⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010.

¹⁵⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013. À propos de cet arrêt, voy. not. G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *X. et autres c. Autriche* du 19 février 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, pp. 1025-1042. Voy. aussi, dans cet ouvrage, la contribution cosignée avec M.-P. ALLARD à propos de « La famille homoparentale ». Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Pajic c. Croatie* du 23 février 2016 (impossibilité pour une femme bosniaque de séjourner légalement auprès de sa partenaire de même sexe résidant en Croatie alors qu'une telle possibilité était offerte aux partenaires d'un couple hétérosexuel non marié : violation de l'article 14 de la CEDH).

2. Le droit aux mêmes avantages que les hétérosexuels mariés :

Hay c. Crédit agricole

La Cour de Strasbourg a, en revanche, longtemps toléré les différences opérées entre couples homosexuels non mariés et couples hétérosexuels mariés, en insistant sur le statut spécifique conféré par le mariage, sans tenir compte du fait que les couples de même sexe étaient précisément privés d'accès à ce statut spécifique. Ainsi la Cour a-t-elle jugé, dans sa décision *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001, que l'Espagne pouvait, sans violer la Convention, refuser à un homme homosexuel dont le partenaire de fait était décédé le bénéfice d'une pension de survie dès lors que ce bénéfice était réservé aux époux, et cela même si les homosexuels n'avaient pas la possibilité de se marier (la *ley de matrimonio igualitario* a été adoptée en 2005)¹⁶⁰. De même, la Cour a jugé, dans une décision *Manenc c. France* du 21 septembre 2010, que la France pouvait, sans méconnaître l'article 14 de la CEDH, refuser le bénéfice d'une pension de réversion à un homme homosexuel après le décès de son partenaire avec lequel il s'était pacsé cinq ans plus tôt. La Cour a souligné à cet égard que le PACS restait « étranger au mariage » et que le fait que la France ne permettait pas le mariage homosexuel « ne [pouvait] par lui-même suffire à [placer le requérant dans une situation analogue ou comparable à celle d'un conjoint survivant] au regard du droit à pension » (la loi sur le mariage pour tous a été adoptée en 2013)¹⁶¹. La Cour jugeait donc acceptable que les couples de même sexe privés d'accès au mariage soient – en conséquence – privés également des avantages y associés, et cela qu'ils soient des partenaires de pur fait (*Mata Estevez*) ou qu'ils aient conclu un partenariat enregistré ou une union civile (*Manenc*). Dans les deux cas, la Cour considérait légitime la volonté des États de protéger la « famille fondée sur le mariage » et leur reconnaissait le bénéfice d'une « grande marge d'appréciation ».

Cette jurisprudence « circulaire », opposant aux couples homosexuels le fait qu'ils n'avaient pas souscrit un engagement matrimonial qu'il leur était impossible de souscrire et refusant de voir la différenciation fondée sur l'orientation sexuelle sous-jacente à celle opérée sur la base du statut conjugal a fait l'objet de critiques nourries et fondées¹⁶². Encore mobilisée, en matière d'adoption, par l'arrêt *Gas et Dubois*¹⁶³, elle a finalement été désavouée par le juge strasbourgeois en 2016, dans l'arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., déc. *Mata Estevez c. Espagne* du 10 mai 2001. Voy. aussi Cour eur. D.H., déc. *Courten c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008 et Cour eur. D.H., déc. *M.W. c. Royaume-Uni* du 23 juin 2009.

¹⁶¹ Cour eur. D.H., déc. *Manenc c. France* du 21 septembre 2010.

¹⁶² Voy. not. F. LAMBINET et S. GILSON, « Arrêt "Hay" : les partenaires (de même sexe) pacsés doivent-ils être traités comme des (hétérosexuels) mariés », *J.D.E.*, 2014, p. 243, et C. TOBLER, « Equality and non-discrimination under the ECHR and EU law a comparison focusing on discrimination against LGBTI persons », *Heidelberg Journal of International Law*, 2014, spéc. p. 552.

¹⁶³ Cour eur. D.H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Taddeucci et McCall c. Italie* du 30 juin 2016. Voy. p. ex. N. KOFFEMAN, « Taddeucci and McCall v. Italy: welcome novelty in the ECtHR's case-law on equal treatment of same-sex couples », *Strasbourg Observers*, 27 July 2016 (<https://strasbourgothers.com>).

La requête concernait, en l'occurrence, l'impossibilité pour un homme néo-zélandais de séjourner auprès de son partenaire de même sexe italien en Italie, dès lors que le regroupement familial était réservé aux époux (et le mariage nécessairement hétérosexuel). La Cour a expressément considéré que :

« 94. [...] Il est vrai que la loi italienne ne traitait pas différemment les couples hétérosexuels non mariés des couples homosexuels [...], mais limitait la notion de « membres de la famille » aux conjoints hétérosexuels. Cependant, le fait d'appliquer la même règle restrictive [...] aux couples hétérosexuels non régularisés et aux couples homosexuels, dans le seul but de protéger la famille traditionnelle [...], a soumis les requérants à un traitement discriminatoire. En effet, sans justification objective et raisonnable, l'État italien a omis de les traiter différemment des couples hétérosexuels et de tenir compte de la capacité de ces derniers d'obtenir une reconnaissance légale de leur relation, et donc de satisfaire aux exigences du droit interne aux fins de l'octroi du permis de séjour de famille, une possibilité dont les requérants ne jouissaient pas [...] ».

Ce passage important signe l'abandon par la Cour de la perspective de *Mata Estevez* et *Manenc* :

À défaut d'ouvrir l'accès au mariage aux couples homosexuels, les États doivent leur offrir, en dehors de celui-ci, les avantages qui y sont associés, à tout le moins lorsqu'il s'agit de prérogatives aussi essentielles à la vie familiale conjugale que la possibilité de vivre ensemble au bénéfice d'un regroupement familial. L'approche adoptée dans *Taddeucci* n'implique pas nécessairement, toutefois, qu'un État ayant finalement ouvert le mariage aux homosexuels doive rétroactivement octroyer à ces couples les bénéfices associés au statut matrimonial pour la période durant laquelle ils n'y avaient pas accès. Tel est, nous semble-t-il, l'enseignement de l'arrêt *Aldeguer Tomas c. Espagne*¹⁶⁵ qui considère que l'Espagne n'a pas violé la Convention en ne prévoyant pas l'octroi du droit à la pension de survie, qui est réservé aux époux, à un homme homosexuel dont le compagnon était décédé en 2002, trois ans avant la loi sur le *matrimonio igualitario*.

Le juge de Luxembourg a été plus prompt à considérer que les couples de même sexe, lorsqu'ils sont privés d'accès au mariage, devraient pouvoir bénéficier sans être mariés de certains avantages offerts aux époux. La Cour de justice a d'abord considéré – dans ses arrêts *Maruko*¹⁶⁶ et *Römer*¹⁶⁷ – que les couples de même sexe engagés dans un *lebenspartnerschaft* allemand (réservé aux homosexuels et largement similaire au mariage) devaient pouvoir bénéficier de la pension de survie dans les mêmes conditions que les époux

¹⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Aldeguer Tomas c. Espagne* du 14 juin 2016. Voy. p. ex. L. LAVRYSEN, « Aldeguer Tomás v. Spain: a missed opportunity for the Court to provide guidance concerning the legal recognition of same-sex relationships », *Strasbourg Observers*, 7 July 2016 (<https://strasbourgothers.com/relationships/>).

¹⁶⁶ C.J.C.E., 1^{er} avril 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-67/06, EU:C:2008:179.

¹⁶⁷ C.J.U.E. (gde ch.), 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, EU:C:2011:286.

(nécessairement) hétérosexuels. Dans son arrêt *Hay c. Crédit Agricole*¹⁶⁸, la C.J.U.E. a étendu le raisonnement de *Maruko* et *Römer* aux couples de même sexe ayant souscrit un PACS (ouvert aux hétérosexuels et aux homosexuels et moins dense en termes de droits et obligations que le *lebenspartnerschaft*) : un employé homosexuel concluant un PACS avec son partenaire devait alors, au titre de la directive 2000/78/CE sur l'égalité en matière d'emploi et de travail¹⁶⁹, bénéficier des mêmes primes et congés que ceux offerts aux hétérosexuels lors de leur mariage. Plus audacieuse que son homologue strasbourgeoise, la Cour de justice perçait donc le voile matrimonial et faisait, par là même, progresser nettement la cause des couples homosexuels.

La portée de cette jurisprudence de la Cour de justice reste, cependant, limitée, à deux égards. En premier lieu, elle ne concerne que les avantages ressortissant au champ d'application de la directive 2000/78, à l'exclusion, par exemple, des bénéfices civils attachés au mariage. En second lieu, les arrêts *Maruko*, *Römer* et *Hay* concernent tous les trois des situations où des homosexuels ont conclu un partenariat enregistré et ne concernent donc pas la situation des homosexuels n'ayant pas conclu un tel partenariat dans les États qui n'en offrent pas la possibilité.

Dans son arrêt *Parris c. Trinity College Dublin* du 24 novembre 2016, la Cour de justice a expressément jugé acceptable, au regard du droit de l'Union, l'impossibilité pour un homme, chargé de cours au *Trinity College*, de faire désigner son partenaire comme bénéficiaire d'une pension de survie s'il venait à décéder. Les deux hommes n'étaient ni mariés ni enregistrés, car, au moment de la retraite de M. Parris, l'Irlande ne permettait pas le mariage et n'offrait aucune forme alternative d'union. Le juge européen a indiqué :

« 57. [...] Le considérant 22 de la directive 2000/78 prévoit explicitement que celle-ci est sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent.

58. Dans ce contexte, la Cour a constaté que l'état civil et les prestations qui en découlent sont des matières relevant de la compétence des États membres, et que le droit de l'Union ne porte pas atteinte à cette compétence. [...].

59. Les États membres sont ainsi libres de prévoir ou non le mariage pour des personnes du même sexe ou une forme alternative de reconnaissance légale de leur relation, ainsi que, le cas échéant, de prévoir la date à partir de laquelle un tel mariage ou une telle forme alternative produira ses effets.

60. Par conséquent, le droit de l'Union, et notamment la directive 2000/78, n'obligeait l'Irlande ni à prévoir, avant le 1^{er} janvier 2011, le mariage ou une forme d'union civile pour les couples homosexuels, ni à donner des effets rétroactifs à la loi sur

168 C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, EU:C:2013:823. Voy. not. F. LAMBINET et S. GILSON, « Arrêt "Hay" : les partenaires (de même sexe) pacés doivent-ils être traités comme des (hétérosexuels) mariés », *op. cit.*

169 La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, met en place un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et pointe expressément l'orientation sexuelle au titre des critères discriminatoires à bannir (art. 1^{er} et 2).

les partenariats civils ainsi qu'aux dispositions adoptées en application de cette loi [...] »¹⁷⁰.

L'on peut assurément comprendre que la Cour ne condamne pas un État qui, depuis la décision interne litigieuse, a ouvert d'abord un partenariat civil (donnant droit à la pension de survie) (2011) puis le mariage (2015) aux couples de même sexe. L'on peut également comprendre que la Cour renonce à exiger que les droits subséquentement octroyés soient rétroactivement alloués à ceux qui en étaient privés sous le régime antérieur : l'arrêt *Parris* est, en ce sens, un écho luxembourgeois de *Aldeguer Tomas*. Encore faut-il espérer que, dans une affaire où aucune forme reconnue d'union n'aurait été entre-temps instituée et qui ne concernerait pas les prestations de pension, qui se constituent sur le temps long et qui ont un impact considérable sur les ressources publiques, la Cour ne renoncerait pas à exiger, au profit des homosexuels qui ne peuvent officialiser leur relation d'aucune façon, le bénéfice de certains droits dont jouissent les hétérosexuels mariés.

3. La prise en considération « partielle » ou « sectorielle » d'un mariage conclu à l'étranger : *Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări*

Une troisième façon dont le couple homosexuel peut bénéficier de prérogatives attachées au mariage sans jouir du statut matrimonial en tant que tel résulte d'un important arrêt de grande chambre rendu par la Cour de justice le 5 juin 2018. Ainsi, dans son arrêt *Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări*¹⁷¹, le juge luxembourgeois a considéré que, pour l'application du droit européen au regroupement familial, le terme « époux » visé par la directive 2004/38 doit être compris comme incluant les époux de même sexe aussi bien que les époux de sexes différents. Il s'ensuit qu'un État qui n'admet pas le mariage homosexuel (en l'espèce, la Roumanie) doit accueillir sur son territoire le conjoint de même sexe (en l'occurrence, américain) qu'un national a valablement épousé dans un autre État membre (dans ce cas, la Belgique), sans pour autant devoir reconnaître aux intéressés, de façon générale, la qualité d'époux.

170 C.J.U.E., 24 novembre 2016, *Parris c. Trinity College Dublin*, aff. C-443/15, ECLI:EU:C:2016:897. Voy. not. A. TRYFONIDOU, « Another failed opportunity for the effective protection of LGB rights under EU law: Dr David. L. Parris v. Trinity College Dublin and Others », *EU Law Analysis*, 1 December 2016 (<http://eulawanalysis.blogspot.com>).

171 C.J.U.E. (gde ch.), 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne*, aff. C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Voy. not. A. CAIOLA, « Une acception large de la notion de "conjoint" pour garantir la liberté de séjour des citoyens européens », *R.A.E.-L.E.A.*, 2018/2, p. 335 ; 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. 344 ; M. FALLON, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *Cahiers de l'EDEM*, juin 2018, www.uclouvain.be ; H. FULCHIRON et A. PANET, « Citoyenneté européenne, libre circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *D.*, 2018, p. 1674 ; P. HAMMIE, « Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un État membre aux fins d'octroi d'un droit de séjour dérivé », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 816. A. TRYFONIDOU, « An analysis of the ECJ ruling in case C-673/16 *Coman*: the right of same-sex spouses under EU law to move freely between EU member states », *Research report prepared for ELFA*, January 2019 (www.nelfa.org) ; G. WILLEMS, « Le droit au regroupement familial des époux homosexuels consacré par la Cour de justice de l'Union européenne », *J.C.P.G.*, 2018, p. 874.

Le mariage homosexuel valablement célébré à l'étranger fait donc l'objet d'une reconnaissance « partielle » ou « sectorielle », limitée à la mise en œuvre du droit au regroupement familial.

La Cour de justice a souligné que la notion de conjoint était neutre du point de vue du genre et devait être interprétée à l'aune du but de la directive (la libre circulation des personnes) et à la lumière de la Charte (le droit au respect de la vie privée et familiale). Dans cette perspective, le droit des conjoints de même sexe de vivre ensemble dans l'État dont l'un d'entre eux a la nationalité l'emporte sur les velléités des États de protéger leur « ordre public » ou leur « identité nationale ». Ce droit, cependant, n'est cependant – il faut y insister – reconnu qu'aux citoyens européens qui ont contracté un mariage homosexuel dans un autre État membre, et l'avenir dira si sa portée peut être étendue aux étrangers séjournant régulièrement dans l'Union¹⁷² et aux mariages conclus hors de son territoire¹⁷³.

Plus fondamentalement, l'on verra dans quelle mesure il sera ou non « tenable »¹⁷⁴ de cantonner la prise en considération du mariage à la seule question du regroupement familial : forcé d'accueillir le conjoint de même sexe, l'État d'accueil pourra-t-il refuser tout autre effet au lien matrimonial ? Il est permis de penser que cette première forme de « reconnaissance ciblée »¹⁷⁵ en appellera d'autres, par exemple, sur le terrain des effets sociaux et/ou fiscaux du mariage¹⁷⁶, au titre d'un effet « boule de neige »¹⁷⁷ ou d'un effet « de contagion ou de percolation »¹⁷⁸.

Dans cette perspective, l'arrêt *Coman* peut éventuellement se concevoir comme le prélude à une exigence de reconnaissance « pleine et entière » du mariage homosexuel : comment, en effet, justifier qu'il faille lui reconnaître l'ensemble des effets du mariage¹⁷⁹, mais que l'on puisse encore refuser de l'enregistrer officiellement comme tel¹⁸⁰ ?

172 A. TRYFONIDOU, « An analysis of the ECJ ruling in case C-673/16 *Coman*: the right of same-sex spouses under EU law to move freely between EU member states », *op. cit.*, p. 16.

173 *Ibid.*, p. 14.

174 E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *op. cit.*, p. 347.

175 H. FULCHIRON, « Citoyenneté européenne, libre circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *op. cit.*, p. 1678.

176 P. HAMMIE, « Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe... », *op. cit.*, p. 833.

177 E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « L'arrêt *Coman* : quand la Cour de justice contribue à la reconnaissance du mariage homosexuel », *op. cit.*, p. 347.

178 M. FALLON, « Observations sous CJUE, 5 juin 2018, gr. ch., *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385 », *op. cit.*

179 H. FULCHIRON, « Citoyenneté européenne, libre circulation et reconnaissance des situations familiales créées dans un État membre : un petit pas pour de grandes enjambées ? », *op. cit.*, pp. 1677-1678.

180 P. HAMMIE, « Obligation de reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe... », *op. cit.*, p. 833.

Conclusion

La Belgique a – au début des années 2000 – fait figure de précurseur sur le terrain de la reconnaissance et de la protection des couples gays et lesbiens, et ce statut de pionnier a été ensuite confirmé et renforcé par la succession des réformes et décisions qui ont progressivement conduit à l'avènement de l'adoption homoparentale (2006), puis de la comaternité (2014) qui feront l'objet de la contribution suivante.

Si la Cour européenne a pu initialement également se poser au premier plan de la défense des droits des homosexuels en récusant, en 1987, dans *Dudgeon*, la répression pénale de l'homosexualité, force est de reconnaître qu'elle s'est, depuis lors, montrée moins décidée ou audacieuse que d'autres juges des droits humains, comme la Cour suprême des États-Unis ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi que nous l'avons exposé ci-avant, la jurisprudence strasbourgeoise relative au mariage peut être jugée décevante, en raison – en particulier – de son caractère elliptique, dès lors qu'une simple référence aux « connotations culturelles et sociales » du mariage semble neutraliser tous les mécanismes ordinaires du contrôle de proportionnalité. À cet égard, l'on peut espérer que l'apparition du terme « encore » dans l'arrêt *Orlandi* constitue le signe ténu d'une possible montée en puissance des exigences européennes qui, se renforçant d'arrêt en arrêt, pourrait conduire à terme à un basculement similaire à celui qui était intervenu en 2002 dans l'arrêt *Goodwin*. Dans cet arrêt fondamental, la Cour avait – on le sait – exigé que les personnes transsexuelles puissent se marier conformément à leur nouveau sexe, après avoir – dans plusieurs arrêts antérieurs – accepté que les États refusent de tels mariages, mais en les enjoignant à rester très attentifs à la question.

L'absence de consécration européenne du droit au mariage homosexuel est à l'évidence en partie au moins liée à des préoccupations subsidiaristes dans le contexte d'une Europe objectivement divisée sur la question des droits des homosexuels. Elle est partiellement compensée par la suite d'arrêts européens qui, de *Vallianatos* à *Orlandi*, ont progressivement affirmé et renforcé l'exigence d'un statut alternatif accessible aux couples de même sexe. Sur ce point précis, la Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović, a pu indiquer, dans son « carnet des droits de l'homme » du 21 février 2017, qu'« il est difficile de ne pas déduire de l'arrêt *Oliari*, et de l'opinion concordante jointe à l'arrêt, que les États parties à la CEDH ont l'obligation positive d'accorder une reconnaissance juridique aux couples de même sexe afin de protéger leur droit au respect de la vie familiale »¹⁸¹. Il s'agit là d'un message

181 Commissaire aux droits de l'homme, *Accès à la reconnaissance juridique pour les couples de même sexe : c'est une question d'égalité*, 21 février 2017 (<https://www.coe.int>).

clair adressé aux vingt États parties qui restent à ce stade en défaut d'offrir la moindre reconnaissance formelle aux partenaires homosexuels.

Sur un troisième terrain, celui de l'attribution aux couples de même sexe des droits et obligations qui contribuent à l'épanouissement de la vie familiale, indépendamment de la question des statuts qui leur sont ou non accessibles, la jurisprudence de la Cour européenne et celle de la Cour de justice semblent s'accorder aujourd'hui sur le principe essentiel selon lequel, à défaut de pouvoir souscrire officiellement un engagement conjugal (matrimonial ou alternatif), les couples homosexuels doivent pouvoir jouir – hors statut – des droits attachés au statut qui leur est refusé. Souhaitons, à cet égard, que la jurisprudence *Taddeucci* ne reste pas limitée à la question, certes fondamentale, du regroupement familial et que la jurisprudence *Hay* ne demeure pas cantonnée au cas des couples d'hommes ou de femmes ayant accès à un partenariat, mais pas au mariage. Insistons, pour terminer, sur les potentialités considérables de l'arrêt *Coman* qui, en obligeant les États refusant le mariage homosexuel à accueillir sur leur territoire les époux de même sexe mariés ailleurs, crée une « brèche » décisive dans les remparts conservateurs contre l'égalité matrimoniale. Peut-être apparaîtra-t-il, au fond, que, pour avancer vers la consécration européenne du mariage gay et lesbien, le droit à la libre circulation de l'article 21 du TFUE est un levier plus efficace que le droit de se marier garanti par l'article 12 de la CEDH.

Marie-Pascale Allard et Geoffrey Willems