



**Le rôle du juge dans la reconnaissance et la protection des couples de même sexe en
Europe**

*Analyse des évolutions prétorienne conférant un statut et des droits aux couples de même
sexe dans les Etats parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des
libertés fondamentales*

Mathilde GENET

Sous la direction de **Mme Chloë GEYNET-DUSSAUZE**, maître de conférence en droit
public

Master 1 - Affaires publiques

Année universitaire 2024-2025

Résumé et mots-clés

Liberté sexuelle - discrimination - homosexualité - vie privée - couple - mariage - vie familiale - filiation - égalité - juge - Europe - droits de l'homme

Cette analyse étudie les évolutions prétoriennes, c'est-à-dire menées par le juge, de la reconnaissance et de la protection des couples de même sexe et de leur famille en Europe. Les juridictions étudiées sont les juridictions nationales de plusieurs Etats européens, notamment la France, l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche, le Portugal, la Grèce, et les juridictions européennes, CEDH et CJUE. La jurisprudence de la CEDH fera l'objet d'une analyse approfondie dans la mesure où son rôle a été central dans la reconnaissance du droit à la vie privée puis à la vie familiale des personnes LGBT+, notamment sous l'angle du couple homosexuel et de la filiation, avec également des questions de genre et de bioéthique. Sera également étudiée sur ces questions la relation entre le juge national, le juge européen et le législateur.

* * *

Sexual liberty - discrimination - homosexuality - private life - couple - marriage - family life - filiation - equality - courts - Europe - human rights

This analysis studies judge-made evolutions of the recognition and protection of same-sex couples and their family in Europe. It focuses on national courts in various European States, such as France, Italy, Germany, Austria, Portugal and Greece, and on European courts such as the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. The ECHR's jurisprudence will be thoroughly analysed as its role has been crucial in the recognition of the right to private life, then to family life, for LGBT+ people. This is the case with regards to gay couples and their access to filiation, but also for gender and bioethics questions. On those matters, we will also focus on the relationship between national judges, European judges and the legislature.

Remerciements

Mes sincères remerciements à Mme Chloë Geynet-Dussauze, maître de conférence en droit public, pour sa disponibilité et son accompagnement stimulant tout au long de la rédaction de ce mémoire, ainsi qu'à Mme Manon Bonnet qui a accepté d'être deuxième jurée à ma soutenance. Merci également à Mme Laurence Gareil Sutter, maître de conférence en droit privé, pour ses conseils en droit de la famille ; et à MM. Laurent Fichot et Félix Delaporte, magistrats, qui ont accepté de m'éclairer, respectivement sur le rôle du magistrat français face au flou juridique en matière d'union et de filiation pour les couples de même sexe et sur le rôle général du juge de la Cour européenne des droits de l'homme.

Je remercie aussi mes amies pour nos discussions sur nos divers sujets de mémoire, de la beauté de la ville à l'utilisation de l'intelligence artificielle dans les entreprises en passant par le théâtre documentaire ou les sanctions économiques sur l'énergie. Elles ont été précieuses pour cultiver ma curiosité et m'aider à formuler plus simplement les enjeux de mon travail. Merci enfin à mes parents et à toutes les personnes de divers horizons avec qui j'ai échangé sur ces enjeux de mariage, de justice ou de droits LGBT. Votre approche, qu'elle soit juridique, militante ou personnelle, a nourri mon intérêt pour ce sujet.

Liste des acronymes et abréviations

Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CE : Conseil d'Etat

CEE : Communauté économique européenne

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CIDE : Convention internationale des droits de l'enfant

Civ. 1ère : Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 3ème : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Com. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

Cons. const. : Conseil constitutionnel

DC : décision constitutionnelle

EDH : européen/européenne des droits de l'homme, accolé à « juge », « Cour », « Convention » ou « Commission » (se rapporte aux organes du Conseil de l'Europe et non de l'Union européenne)

EWHC : *England and Wales High Court* (Cour de justice d'Angleterre et du Pays de Galles), à la fois juridiction civile de premier ressort et cour d'appel criminelle et civile pour les *county courts* et les *family courts*.

GPA : gestation pour autrui

LGBT+ : lesbiennes, gays, bisexuel.le.s , transgenres, autres. Acronyme utilisé pour désigner les minorités sexuelles (on peut y ajoute aussi les personnes intersexes, asexuelles, *queer*).

PACS : pacte civil de solidarité (France)

PMA : procréation médicalement assistée

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

SCOTUS : *Supreme Court of the United States*, Cour suprême des Etats-Unis (cour constitutionnelle saisie en dernier ressort).

TCE : Traité de Rome de 1957

TFUE : Traité de fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité de l'Union européenne

UE : Union européenne

Sommaire

Introduction.....	7
I. Cadre analytique.....	8
II. État de l’art : contexte historique, sémantique et juridique.....	10
III. Problématisation.....	22
I. La construction prétorienne progressive de droits pour les couples de même sexe. 23	
A/ Les balbutiements du juge européen, de la protection de la vie privée des personnes homosexuelles aux prémices de la reconnaissance des couples de même sexe.....	24
B/ La relative prise d’assurance du juge dans la protection de la vie familiale des couples de même sexe.....	33
II. La portée de la construction juridictionnelle de droits pour les couples de même sexe.....	45
A/ L’affirmation en demi-teinte d’obligations pour les Etats tirées de cette création de droits.....	45
B/ Rivalité des normes, matières nouvelles : le juge face au flou juridique.....	63
Conclusion.....	88
Bibliographie.....	91
Table des matières.....	106

Introduction

« *Nous sommes mariageophiles, pas homophobes* »¹

Si vous le dites ! Cette formule, choisie parmi un florilège d'autres slogans plus ou moins subtils de La Manif pour tous, visait à dédramatiser les détracteurs de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe lors de la vague d'opposition parfois violente au projet de loi présenté par Christiane Taubira, garde des Sceaux, le 7 novembre 2012. Parfois au nom de valeurs morales ou religieuses et toujours au nom de la protection de la famille, nombreux aussi étaient les juristes qui s'opposaient à un tel mariage, parmi lesquels Philippe Malaurie, qui estimait que « le mariage homosexuel tue le mariage parce qu'il en est la négation »². Aujourd'hui, le mariage « pour tous » est garanti en France, mais tel n'est pas le cas partout dans le monde, ni même en Europe.

Que ce soit à l'échelle européenne ou à celle des Etats, nous nous sommes posé la question du rôle du juge, garant des libertés individuelles, dans la reconnaissance du mariage des couples de même sexe. Il est vite apparu que l'absence de consensus au niveau européen sur la question nous amènerait à plutôt parler de reconnaissance et de protection des couples de même sexe, qui englobent plusieurs réalités, que de *mariage* à proprement parler. Cette réflexion s'inscrit dans un intérêt personnel à la question, à la fois sous l'angle du thème abordé, les droits des minorités sexuelles, et du prisme choisi, le rôle du juge.

Il s'agit d'analyser le raisonnement du juge sur la reconnaissance d'un droit à l'union des personnes de même sexe, et le cas échéant d'un droit au mariage et d'autres droits découlant de cette reconnaissance, notamment sur la famille et la filiation. Ce qui nous intéresse particulièrement ici n'est pas la dimension sociale de la question du mariage homosexuel ou celle de sa réception politique, même si ces sujets peuvent être mobilisés en éclairage, mais bien la dimension juridique de l'instauration du mariage ou d'autres formes d'unions pour les couples de même sexe et la place que tient le juge à cet égard. Cette introduction vise à préciser le cadre de notre analyse (I), ainsi que son contexte historique et sémantique (II) avant de problématiser le sujet (III).

¹ Un des slogans du mouvement d'opposition à l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe La Manif pour Tous. Guégan N., « Manif pour tous : les meilleurs slogans », *Le Point*, 22 avril 2013, en [ligne](#).

² Malaurie P., « Mariage homosexuel et homoparentalité », *Commentaire*, vol. 116, n°4, 2006, p. 996 ; cité par Pierre Michel dans sa thèse *Le transfert de concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre*, Mare & martin, 2023, p. 491.

I. Cadre analytique

A/ Termes et cadrage

Nous disons « le juge », mais différents juges seront mentionnés, c'est-à-dire différentes juridictions, à la fois sur le plan géographique (différents États, juridictions européennes) et matériel (juridictions administratives, civiles, constitutionnelles, spécialisées en droits de l'homme). « Le juge » est ainsi pris comme une notion juridique englobante synonyme de « juridiction », à laquelle des implications politiques pourront éventuellement se superposer au cours de la réflexion.

Le cadre géographique est celui de l'Europe des États parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH ou Convention EDH) entrée en vigueur en 1953. Pour les juridictions nationales, nous nous arrêterons principalement aux juridictions de dernier ressort et cours ou tribunaux constitutionnels, du moins aux juridictions dont les décisions portent autorité de la chose jugée, sont motivées et interprètent voire créent du droit. Des juridictions similaires hors de l'Europe, comme la Cour suprême des États-Unis, pourront servir d'éclairage dans la mesure où elles représentent des exemples particulièrement parlants du rôle prétorien du juge, notamment sur la question qui nous intéresse. Pour les juridictions supranationales, sera principalement abordée la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH ou Cour EDH) et de manière plus marginale celle de la Cour européenne de justice (CJUE³). Le cadrage temporel est quelque peu imposé par le caractère récent de la matière étudiée : la jurisprudence en matière de reconnaissance des droits des personnes homosexuelles débute en 1981 avec l'arrêt de la CEDH *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, et celles sur la reconnaissance du couple et de la famille suivent dans les décennies ultérieures. Nous nous concentrerons donc sur la période contemporaine, depuis les années 1980, et jusqu'au jour du rendu de ce mémoire, le sujet étant en perpétuelle évolution.

Au début de la recherche, nous avons envisagé la question du mariage des couples de même sexe, avec pour départ la fameuse loi française dite « Mariage pour tous » de 2013⁴. Toutefois, la recherche de jurisprudence a vite montré que la CEDH était loin de consacrer un droit au *mariage*, et que nombre d'arrêts antérieurs à la légalisation du mariage « pour tous » visaient déjà une forme de reconnaissance d'un couple ; c'est pourquoi le terme «

³ Pour les décisions antérieures à 2008, Cour de justice de la communauté européenne, CJCE.

⁴ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage des couples de même sexe.

union » sera privilégié. Toutefois, il est intéressant d'aborder, dans la partie historique de l'introduction, la notion de mariage, érigée au rang d'institution dans les sociétés européennes y compris sur le plan du droit, et les raisons de la longue exclusion des couples de même sexe de cette institution.

Enfin, l'approche juridique choisie pour ce mémoire force à quelques concessions sur des termes qui ne paraissent pas toujours exacts d'un point de vue sociologique ou appropriés d'un point de vue militant. Si la diversité des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres, asexuelles, non binaires, intersexes, n'est pas remise en cause, de même que la pertinence de la notion de genre, fluide et socialement construite par rapport à celle de « sexe », entachée d'essentialisation pseudo-biologique, il n'est pas ici question de réaliser une étude de sociologie du genre ou de la famille non-hétérosexuelle. Le terme « sexe » sera donc employé dans son sens juridique dans la langue française, c'est-à-dire le sexe mentionné sur l'état civil de la personne concernée. Il s'agit d'un biais, dans la mesure où cette notion est propre au droit français qui n'utilise pas le mot « genre » et refuse la mention d'un genre neutre sur l'État civil des personnes⁵, mais qui permettra une certaine harmonisation entre les époques et les aires géographiques mentionnées. Ainsi, « couple de même sexe » pourra désigner un couple formé de deux hommes ou de deux femmes, tels qu'inscrits à leur état civil.⁶

B/ Méthodologie de la recherche

Plutôt qu'un travail empirique peu adapté au sujet, nous avons retenu une approche analytique, fondée sur la l'étude de la jurisprudence en matière de reconnaissance des unions de même sexe. Le principal terrain est donc constitué par les arrêts des juridictions nationales et supranationales, avec une majorité d'arrêts de la CEDH, éventuellement commentés dans des ouvrages de doctrine consistant en des compilations de grands arrêts de droit des libertés fondamentales par thème ou par juridiction. La lecture d'articles et d'ouvrages sur les systèmes de droit, le rôle du juge, le droit de la famille, le droit européen des droits de l'homme ou encore l'évolution du droit avec la société permettent de poser un cadre juridique rigoureux et de préciser certaines notions clés. Enfin, de manière marginale sur notre analyse, des entretiens exploratoires permettent de donner quelques exemples concrets et l'éclairage de deux magistrats, en l'occurrence un magistrat français ayant

⁵ Cf. notamment Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, 16-17.189.

⁶ Sur la notion de genre en droit, voir Michel P., *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre* (thèse sous la direction du prof. F. Rouvière), Mare & Martin, 2023.

dirigé le service civil du parquet de Nantes et un juriste français à la CEDH. Ces entretiens ayant plutôt pris la forme d'un exposé par les magistrats avec une liste de cas pratiques qui n'ont pas tous été mobilisés, il nous a paru inutile de les retranscrire.

II. État de l'art : contexte historique, sémantique et juridique

Ce mémoire consiste en une analyse juridique qui aborde des notions marquées historiquement, culturellement, en plus de principes et organes juridiques spécifiques. Il est donc nécessaire d'examiner brièvement le contexte du sujet en distillant trois grands axes : la question de l'homosexualité et du droit en Europe dans une perspective d'histoire moderne et contemporaine (A), la notion culturelle et juridique de mariage (B) et enfin les droits de l'homme et le rôle particulier des juridictions européennes dans cette matière (C).

A/ La question de l'homosexualité en Europe : entre répression, tolérance et protection des droits

Dans un article sur Beccaria, figure du droit en Europe au dix-huitième siècle, Dario Ippolito et Camille Noûs écrivent à propos de l'homosexualité : « en tant que péché, [elle] exclut du règne des cieux, et en tant que crime [elle] exclut du monde des hommes »⁷. C'est un bon résumé du statut de l'homosexualité dans la société européenne d'Ancien Régime : l'influence du christianisme et son intrication avec les systèmes juridique et politique fait de l'homosexualité un interdit moral et religieux, un péché, qui se confond avec un interdit pénal, un crime.

1. L'homosexualité, de péché biblique à interdit moral

Si dans la société antique grecque et romaine l'homosexualité est tolérée tant qu'elle ne remet pas en cause la hiérarchie sociale⁸, il s'agit toujours de relations cachées. Dans les sociétés européennes, la perception de l'homosexualité comme interdit vient surtout de la tradition chrétienne. Sa caractérisation comme péché dans l'Europe d'Ancien Régime repose sur plusieurs passages de la Bible, mais celui qui est le plus resté dans

⁷ Ippolito et Noûs, « Prohibitions pénales et laïcité du droit - Adultère, homosexualité et infanticide chez Beccaria », *Dix-huitième siècle*, 2021/1 n° 53, p. 692.

⁸ Michel P., *op. cit.*, p. 493-497. Les relations homosexuelles masculines sont fréquentes mais il y a une véritable hiérarchie entre l'homme actif, plus riche, plus élevé socialement et/ou plus âgé, et l'homme passif au statut inférieur (esclave, étranger, pauvre, jeune homme voire jeune garçon). Elles sont aussi présentes dans la littérature : mythe de l'androgynie chez Platon (*Le Banquet*), bataillon sacré de l'armée Thèbes (Plutarque).

l'imaginaire collectif est l'histoire de Sodome qui donne le terme de « sodomie », d'ailleurs couramment utilisé pour désigner les relations entre hommes puisque le mot « homosexualité » n'apparaît que dans les années 1860⁹, mélange du grec *homos* (même, semblable) et du latin *sexus* (sexe), dans un contexte médical. L'épisode de Sodome est raconté dans la Genèse, le premier livre de la Bible. Les habitants de la ville, coupables de tous les crimes, accueillent des anges envoyés par Dieu et veulent les « connaître »¹⁰, c'est-à-dire les violer. Aujourd'hui des lectures plus tolérantes (et fines) de la Bible mettent l'accent sur la gravité du péché et crime de viol, *a fortiori* sur un hôte avec le manquement aux règles de l'hospitalité comme péché immense chez les Juifs – et de manière générale, chez les Anciens et au Proche-Orient – mais cet épisode est largement compris dans les enseignements chrétiens comme une condamnation de l'homosexualité en tant que péché qui déplaît particulièrement à Dieu¹¹ puisque l'histoire se conclut sur la destruction complète de Sodome et de la ville voisine, Gomorrhe :

« Alors, YHWH¹² fit pleuvoir sur Sodome et Gomorrhe du soufre et du feu d'auprès de YHWH, du ciel. Il détruisit ces villes et toute la Plaine et tous les habitants des villes et les plantes de la terre. »¹³

D'autres passages de la Bible sont aussi souvent utilisés pour justifier la condamnation chrétienne de l'homosexualité¹⁴, mais ce n'est pas l'objet de notre étude. C'est surtout sur le caractère supposément naturel – dans le sens de « voulu par Dieu » – de la complémentarité des sexes que la doctrine, y compris contemporaine, de l'Eglise se

⁹ Par le médecin hongrois Karl Maria Benkert, qui utilise le terme allemand *Homosexualität* pour mettre un terme scientifique et neutre sur ce qui était auparavant qualifié de dégénérescence, vice, sodomie ou encore bougrerie.

¹⁰ *Genèse (Gn)* chap. 19, v. 5.

¹¹ À titre d'anecdote, il suffit de voir la réponse obscure proposée suite à la recherche internet « histoire Sodome et Gomorrhe » : « Les habitants de Sodome et Gomorrhe étaient coupables de nombreux péchés épouvantables, mais c'est à cause de leur homosexualité que Dieu a fait tomber le feu du ciel sur leurs villes afin de les détruire entièrement. Jusqu'à ce jour, la région où ces deux villes étaient jadis situées est un désert sans vie. Sodome et Gomorrhe illustrent bien la colère de Dieu contre le péché en général et contre l'homosexualité en particulier. » Cette position extrême est aujourd'hui marginale et absente en ces termes du discours officiel de l'Eglise catholique qui est plus insidieux, il s'agit ici de la réponse d'une église évangélique des États-Unis.

¹² Tétragramme, les quatre lettres utilisées pour désigner Dieu et éviter d'écrire son nom, parfois écrit dans la tradition chrétienne Yahvé ou Yahweh, ce qui est interdit dans la tradition juive.

¹³ *Gn* 19, 24-25.

¹⁴ *Lévitique* 18, 22. « Tu ne coucheras point avec un homme comme on couche avec une femme. C'est une abomination. » Il y a aujourd'hui débat dans les cercles chrétiens progressistes sur la traduction, qui pourrait aussi prohiber la pédocriminalité : « Tu ne coucheras point avec un [jeune, petit] garçon comme on couche avec une femme. C'est une abomination. » Dans tous les cas, cette phrase est à remettre dans le contexte moral de l'époque (vraisemblablement Vème siècle avant J.-C.), et particulièrement du livre du *Lévitique*, corpus de règles qui prohibe également les tatouages (*Lv* 19, 28) ou la consommation de crustacés et de fruits de mer (*Lv* 11, 9-12), des interdits qui visiblement préoccupent un peu moins les chrétiens conservateurs !

fonde¹⁵. Toutefois, cette idée de Nature n'est pas l'apanage de la tradition chrétienne : au dix-huitième siècle, le courant philosophique des Lumières introduit l'idée de sentiment naturel (Rousseau) par opposition à des sentiments allant contre la nature comme l'homosexualité. Les relations entre personnes de même sexe ne font ainsi plus seulement offense à Dieu mais à la Nature, le nouvel être suprême.

2. *La répression pénale de l'homosexualité en Europe (époque moderne et contemporaine)*

En 1750 a lieu la dernière condamnation à mort pour le crime de sodomie en France. Thierry Pastorello, spécialiste d'histoire du genre et des homosexualités et auteur de *Sodome à Paris. Fin XVIIIème - milieu XIXème siècle : l'homosexualité masculine en construction* et Pauline Varlade, docteure en histoire moderne et autrice du roman historique *Bruno et Jean*, parlent de la condamnation de Bruno Lenoir et Jean Diot comme d'une « procédure régulière » mais d'une « condamnation extraordinaire »¹⁶ : si les rencontres homosexuelles (ici on parle principalement d'homosexualité masculine) sont fréquentes dans les villes françaises du dix-huitième et réprimées en principe, les condamnations sont rares et les exécutions rarissimes ; elles se produisent normalement quand les condamnés sont reconnus coupables d'autres crimes de droit commun. Dans ce cas précis, les historiens ne parviennent pas à comprendre ce qui a conduit les deux accusés à être condamnés, puis étranglés et brûlés en place de Grève.

En 1791, le crime de sodomie est aboli dans le Code pénal par l'Assemblée nationale législative nouvellement constituée. Cette abolition intervient dans un mouvement de laïcisation du droit, dans lequel le juriste italien Beccaria joue un rôle important. Chez Beccaria, la dimension religieuse perd de l'importance et des termes nouveaux apparaissent, définissant l'homosexualité plutôt comme un type de sexualité (« *attica venere* », érotisme attique ou « *greca libidine* », sexualité grecque) ou éventuellement une déviance sociale, mais en tout cas plus comme le « crime contre nature » ou la « sodomie » issus de la

¹⁵ De nos jours, l'Eglise prône une approche « pastorale » fondée sur l'accueil et l'écoute des personnes LGBT+, mais le *Catéchisme de l'Eglise catholique* mentionne toujours des « actes [...] intrinsèquement désordonnés » (art. 2357) pour les relations homosexuelles et une « propension [...] objectivement désordonnée » pour l'orientation sexuelle en elle-même (art. 2358).

¹⁶ Mauduit, Pastorello *et al.*, « 1750 : l'homosexualité au bûcher », série « Crime, tabou, péché, juger l'intime », *Le cours de l'histoire* (France culture), 2024.

tradition biblique ou rousseauiste¹⁷. De manière générale, chez Beccaria, « pour qu'il y ait un crime, il faut qu'il y ait une victime »¹⁸. Les crimes sans victimes ou dont la victime est Dieu ou la Nature, des concepts subjectifs sans personnalité juridique qui ne sauraient justifier d'un préjudice, disparaissent. C'est le cas par exemple de la sorcellerie, et de la « sodomie », dans le cas bien sûr où toutes les parties sont consentantes. Chez Beccaria et dans ce courant de laïcisation du droit, « l'abolition du crime de sodomie n'est pas une volonté de faire progresser des droits »¹⁹ mais bien de faire émerger un droit véritablement indépendant de la religion : aux soins de l'Eglise est laissée la réprobation des péchés, à ceux des tribunaux la répression des crimes.

Après 1791, l'homosexualité est toujours poursuivie en France mais plutôt via la répression de l'outrage public à la pudeur, passible d'emprisonnement ou d'une amende. La morale publique codifiée dans le code pénal de 1810 est en effet une préoccupation centrale du dix-neuvième siècle, du Premier empire à la période haussmannienne. L'homosexualité reste pénalisée jusqu'en 1982, année de l'entrée en vigueur d'une loi abrogeant la différenciation de majorité sexuelle pour les personnes homosexuelles et hétérosexuelles. Cette disposition avait été introduite en 1942 sous Vichy, à l'article 334 du code pénal qui réprimait « l'excitation à la débauche [...] d'un mineur de moins de vingt-et-un ans de son sexe », alors que la majorité sexuelle était fixée à treize ans pour des partenaires de sexe différent.

Dans d'autres États d'Europe occidentale, une évolution similaire a eu lieu. En Allemagne, l'homosexualité est réprimée par l'article 175 du Code pénal de 1871 à 1994. En 1871, l'article reprend les vieilles lois prussiennes en les appliquant à l'Empire en ces termes :

« § 175 Les actes sexuels contre nature qui sont perpétrés, que ce soit entre personnes de sexe masculin ou entre hommes et animaux, sont passibles de prison ; il peut aussi être prononcé la perte des droits civiques. »

On retrouve la confusion fréquente entre les relations homosexuelles (*inter masculos*, le texte ne vise que les hommes) et la bestialité ou zoophilie (*cum bestia*), qui conduisent aux

¹⁷ Une lecture plus fine de l'oeuvre de Rousseau révélerait des nuances dans sa vision de l'homosexualité ; mais ici nous gardons en tête son attachement à l'idée d'un ordre naturel auquel l'homosexualité serait contraire.

¹⁸ Beccaria cité par Pastorello in Mauduit, Pastorello *et al.*, « 1750 : l'homosexualité au bâcher », *op. cit.* Il avait déjà établi le principe de légalité en droit pénal, résumé par l'adage latin *nullum crimen, nulla poena sine lege* (il n'y a pas de crime ni de peine sans loi) et consacrée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 8), mais y ajoute cette idée de « il n'y a pas de crime sans victime ».

¹⁹ *Idem.*

mêmes effets, ainsi que l'idée de relations « contre nature », un terme flou et marqué philosophiquement. Si la répression est assez forte sous l'Empire, une relative tolérance s'installe pendant la République de Weimar, notamment à Berlin. Sous le Troisième Reich, l'homosexualité devient un fléau menaçant l'utopie nazie, et la répression atteint son paroxysme : l'article 175 est aggravé, les condamnations sont plus fréquentes et mènent à l'arrestation, puis à la déportation dans des camps de concentration de dizaines de milliers d'homosexuels réels ou supposés. Cette répression continue après la fin de la guerre, et est même reconnue conforme à la Constitution par la Cour fédérale de Karlsruhe en 1957. Même si le champ de l'article 175 se rétrécit, en rejoignant comme en France la différenciation de la majorité sexuelle des homosexuels et des hétérosexuels, et que les condamnations sont de facto de plus en plus rares, il n'est abrogé définitivement qu'en 1994.

En Angleterre, c'est la *buggery* (bougrerie, sodomie) qui est criminalisée depuis le XVI^{ème} siècle. Le *Buggery Act* est ensuite appliqué aux territoires qui intègrent la Grande-Bretagne puis le Royaume-Uni. La peine de mort pour sodomie est abolie en 1861 mais le *Criminal Law Enforcement Act* de 1885 étend la répression à toutes les pratiques sexuelles entre hommes. En 1950, la répression des comportements homosexuels masculins – comme ailleurs, l'homosexualité féminine n'est pas mentionnée dans les textes et sa répression moins explicite – connaît une recrudescence. En 1967 avec le *Sexual Offences Act*, elle suit là aussi la voie de la majorité sexuelle différenciée en autorisant les relations homosexuelles entre personnes de plus de 21 ans (contre 16 ans pour les relations hétérosexuelles)²⁰.

3. De la dépénalisation à une protection des droits ?

Les décennies 1980 et 1990 marquent la fin du processus de dépénalisation et le début d'une période de tolérance, puis de reconnaissance et de protection des personnes et couples homosexuels, en Europe occidentale du moins. Nous détaillerons une partie de ce processus dans le développement, dans la mesure où il est enclenché en partie par le juge. En Europe centrale et de l'Est, si l'homosexualité n'est plus pénalisée, la situation des personnes LGBT reste très précaire et celles-ci ne sont que peu ou pas protégées contre les discriminations. Il s'agira de voir dans ce mémoire comment le juge s'inscrit dans ou prend

²⁰ En vigueur en Angleterre et au Pays de Galles alors que la version plus sévère pénalisant toutes les relations homosexuelles reste en vigueur en Ecosse et en Irlande du Nord.

la suite de cette tradition dépenalisation - tolérance - protection sur la question de la reconnaissance des unions de même sexe, aux côtés de la loi, voire à sa place lorsque qu'elle est muette.

L'autre question centrale abordée dans ce mémoire est celle du mariage, même si l'analyse ne se réduit pas à celui-ci mais s'élargit à l'union en général.

B/ Le mariage : une institution excluante ?

De manière générale en Europe, la religion chrétienne est au fondement de nombreuses institutions et coutumes culturelles et sociales dont le mariage, même si elles ont évolué différemment selon les pays. La base utilisée ici est celle de la doctrine et du droit canonique catholiques, qui ont l'avantage (d'un point de vue académique) de constituer un corpus unifié formel, véritable système de droit et de pensée. Des différences existent avec les doctrines orthodoxe et protestantes que nous ne développerons pas ici. De la même manière, l'application du droit et de la doctrine est différente des textes, *a fortiori* dans le contexte religieux, où des éléments d'ordre traditionnel, communautaire ou émotionnel s'ajoutent au corpus formel. Il est tout de même intéressant de passer en revue rapidement cette doctrine qui explique en partie la conception du mariage comme une institution, une base de la société, et l'exclusion d'une partie des couples de cet état de vie.

1. La conception chrétienne aux sources du mariage en Europe : dimension sacramentelle, complémentarité des sexes et procréation

Dans *Le mariage pour tous*, Armelle Le Bras - Chopard introduit son propos par une partie sur l'évolution de la conception du mariage en France, de sa forme chrétienne à sa laïcisation²¹. Il convient d'abord de rappeler que la raison pour laquelle l'Eglise catholique s'exprime autant sur le mariage, qui semble relever du domaine privé, personnel, est que le mariage catholique a une dimension sacramentelle, c'est-à-dire qu'il s'agirait d'une union scellée par Dieu, via un certain nombre de gestes et de paroles, de symboles, qui donnerait des droits et des obligations. Le mariage, pour la doctrine de l'Eglise, est donc un acte et un état indéfaisable – d'où la condamnation et l'impossibilité du divorce – et indissociable de la religion, qui correspondrait à la vocation naturelle d'un homme et d'une femme. L'autrice rappelle qu'avant le concile Vatican II (1962-1965), le

²¹ Le Bras - Chopard A., *Le mariage pour tous*, Dalloz, 2017, p. 9-40.

seul but du mariage catholique est la procréation. Après Vatican II, les relations sexuelles sans but procréatif direct sont tolérées tant que les époux ne mettent pas d'entrave à la procréation par l'usage de la contraception : le but du mariage devient ainsi le « bien des époux », la procréation restant centrale mais insérée dans une « communauté de vie » comprenant également le soutien mutuel. En droit canonique, l'impossibilité de procréer à cause de la stérilité ou de l'âge avancé ne constituent d'ailleurs pas des motifs d'annulation du mariage, contrairement à l'impuissance car la validité du mariage repose sur sa consommation :

« L'impuissance antécédente et perpétuelle à copuler de la part de l'homme ou de la part de la femme, qu'elle soit absolue ou relative, dirime²² le mariage de par sa nature même. [...]

La stérilité n'empêche ni ne dirime le mariage [...] »²³

Il y a ainsi un paradoxe dans le discours de l'Église : la principale justification qu'elle donne contre la possibilité d'une ouverture du mariage aux couples de même sexe est l'impossibilité de la procréation entre deux hommes ou deux femmes, mais dans un couple hétérosexuel la procréation n'est pas la condition *sine qua non* du mariage.

En réalité, la conception du mariage chrétien, qui s'étend à l'ensemble de la société européenne, repose avant tout sur l'altérité et la complémentarité des sexes²⁴. La domination de l'homme sur la femme est assez peu explicite dans la doctrine catholique, mais le mariage est le symbole de l'union entre Jésus (homme) et l'Église (femme), avec de là l'obéissance de l'épouse à son conjoint et une unité de gouvernement sur le modèle du mari père et chef de famille. Dans la doctrine juridique d'Ancien Régime fortement influencée par le christianisme en Europe, on a aussi une inégalité homme - femme « naturelle », où la femme et l'homme homosexuel qui en est rapproché sont considérés comme des intermédiaires entre l'homme et les animaux. Les relations sexuelles *cum*

²² Dirimer signifie faire cesser, supprimer.

²³ *Code de droit canonique*, can. 1084, « *matrimonium est copula carnis legitima* ».

²⁴ Remarque : cette idée de complémentarité des sexes comme condition du mariage selon un ordre moral et naturel pourrait sembler désuète en droit français, qui reconnaît depuis plus de dix ans le mariage pour tous. Mais certains juristes y sont restés, comme Clotilde Brunetti-Pons qui, dès la quatrième de couverture de l'ouvrage intitulé *La complémentarité des sexes en droit de la famille* (2014) affirme : « la réalité est que le genre humain est duel, féminin et masculin. La réciprocité est inhérente à la complémentarité de l'homme et de la femme qui découle de la distinction même des sexes ». Le reste de l'ouvrage flagelle allégrement la « théorie du genre » qui viendrait perturber les fondements de la société : mariage hétérosexuel, famille traditionnelle, « identité sexuée » ... En bref, selon cette autrice et les participants au colloque éponyme dont l'ouvrage est essentiellement un compte-rendu, « c'était mieux avant » en droit français de la famille.

bestia, inter masculos et inter feminas, (c'est-à-dire avec des animaux, entre hommes et entre femmes) sont d'ailleurs considérées dans les textes anciens sur le même plan.²⁵

2. *Le mariage comme contrat et état juridique*

Le caractère contractuel du mariage, qui vient s'ajouter à sa dimension sacramentelle, émerge au dix-huitième siècle, au sein du processus de laïcisation du droit abordé plus haut. « Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil » dit le juriste français Pothier²⁶ ; « le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes : à l'un sont attachés les effets civils ; à l'autre les grâces de l'Église », résume encore Voltaire²⁷. À partir de 1787, le mariage civil est instauré pour les protestants²⁸, pour qui la dimension sacramentelle du mariage n'existe pas. Après la Révolution française, la Constitution de 1791 « fait du mariage un contrat civil reposant sur le consentement des deux parties »²⁹. Le mariage n'est pas explicitement défini dans le Code civil de 1804, qui ne prévoit que ses conditions et ses effets : la mention de sexes différents n'est pas présente, la précision étant considérée comme inutile car évidente pour tous. Toutefois, dans d'autres articles du Code civil, il est bien fait référence au « mari » et à « la femme »³⁰. Si la notion s'émancipe de la religion, la famille et son socle, le mariage, restent au cœur du projet de société français de la fin du dix-huitième jusqu'au dernier quart du vingtième siècle, dans une forme de tradition empreinte de morale.

En droit civil contemporain, c'est cette idée de contrat qui est retenue : le mariage est l'union légale de deux personnes conclue par un acte juridique solennel devant un officier d'état civil. Il crée un effet, la communauté de vie, qui entraîne des droits et des obligations entre époux et envers les enfants du couple marié. Toutefois, le mariage n'est pas un contrat comme les autres : même dans un État comme la France où il est déconnecté de son caractère sacramentel, il est resté une véritable institution, dont les réformes, notamment

²⁵ Le Bras-Chopard, *op. cit.*, p. 30.

²⁶ Cité dans Le Bras-Chopard, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ *Ibid.*, p. 20.

²⁸ Édit de Versailles du roi Louis XVI, 29 novembre 1787.

²⁹ Le Bras-Chopard, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ C'est toujours le cas dans les articles sur la présomption de paternité (312-315), la filiation (329, 332) ou le domicile (108), récents. Mais dès 1804, mention présente par exemple à l'article 75 qui prévoit que les époux déclarent leur volonté de « se prendre pour mari et femme », à l'article 179 sur la légitimité des enfants en cas de mariage réputé nul, ou aux articles abrogés 1941, 2208, 2254, 2256, *etc.*

l'autorisation et les modalités du divorce, puis plus tard l'ouverture aux couples de même sexe, sont loin d'emporter l'unanimité au moment de leur adoption.

3. Le mariage comme droit fondamental... pour tous ?

Au vingtième, puis au vingt-et-unième siècle, le mariage devient un droit fondamental énoncé à l'article 12 de la CESDH et protégé par la CEDH, même dans des circonstances particulières comme la détention³¹. Mais pour qui ce droit est-il garanti : pour tous ou seulement pour ceux qui s'inscrivent dans la conception traditionnelle (chrétienne, conservatrice, républicaine) du mariage ?

C'est l'occasion d'un rapide état des lieux sur le mariage des couples de même sexe en Europe. Celui-ci n'a jamais existé tel quel en droit avant le vingt-et-unième siècle, bien que certaines sources rapportent des mariages clandestins, ou permis par le travestissement d'un des époux. Il a été légalisé dans certains États au terme de processus plus ou moins longs, plus ou moins houleux. Le premier État à légaliser le mariage homosexuel sont les Pays-Bas, en 2002. Par la suite, la majeure partie des États d'Europe de l'Ouest et d'Amérique du Nord suivront cet exemple (2013 en France, 2014 au Royaume-Uni, 2016 en Allemagne et au Royaume-Uni) ainsi que certains États d'Amérique latine. En 2006, l'Afrique du Sud devient le premier État africain à faire de même, et reste aujourd'hui le seul. Le dernier en date est la Thaïlande, en 2024³².

En Europe, une nette démarcation est-ouest est observable. Si à l'Ouest (Slovénie comprise, on y ajoute aussi l'Estonie) tous les États à part l'Italie – qui se borne à reconnaître une union civile – reconnaissent le droit des couples de même sexe à se marier, à l'est de l'Autriche, seuls cinq États protègent les couples de même sexe en leur reconnaissant un statut juridique (République Tchèque, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Croatie), alors que les autres ne leur offrent aucune protection légale³³. La Grèce devient le premier pays orthodoxe à légaliser le mariage des couples de même sexe en janvier 2024, malgré un climat hostile notamment hors d'Athènes, capitale cosmopolite et terreau fertile d'actions militantes et associatives. Pour résumer, sur les 46 États parties à la Convention EDH (notre terrain), 22 reconnaissent le mariage des couples de même sexe, 9 reconnaissent une forme d'union civile, enfin 15 ne reconnaissent aucune union légale.

³¹ CEDH, 5 janvier 2010, *Frasik c/ Pologne*, n° 22933/02.

³² Annexe n°1.

³³ Annexe n°2.

Parmi les deux dernière catégories, 12 ont un verrou constitutionnel définissant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, et ne pourront donc pas légaliser le mariage pour tous sans réviser leur Constitution.

C/ Juges européens, droit européen et droits de l'homme

1. Droits de l'homme : les principes et textes européens

Les droits de l'homme regroupent les « droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »³⁴. On préfère parfois à cette notion celle de libertés publiques ou libertés fondamentales, surtout en droit interne, ou encore de droits fondamentaux. Ici, nous garderons la notion de « droits », garantis par un droit positif, c'est-à-dire des mécanismes institutionnels (textes, juridictions), découlant de la conception philosophique (droit naturel, éthique, humanisme) et de l'idéologie politique (libéralisme politique) de ces droits. Le qualificatif « de l'homme » peut être critiqué, dans la mesure où il exclut sémantiquement les femmes qui pourtant en bénéficient bien, mais cette précision faite, nous garderons « droits de l'homme » dans la mesure où c'est la terminologie présente dans les institutions, ainsi que « droits fondamentaux ».

Le texte fondateur – ou plutôt formalisateur, normatif – des droits de l'homme en droit européen est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH ou Convention EDH), entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle est composée de cinquante-neuf articles qui constituent le corps de la Convention, que tous les États parties s'engagent à respecter. Ce corps a été modifié à plusieurs reprises par des protocoles, qui devaient être approuvés par l'ensemble des États parties. D'autres protocoles, étendant la liste des droits protégés, sont eux signés par une partie seulement des États membres, qui seuls s'engagent à les respecter en les ratifiant. Ces protocoles sont nécessaires à un droit des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui évolue, en suivant les changements de la société depuis 1953. Les problématiques auxquelles sont confrontés certains États peuvent expliquer leur réticence à signer ou ratifier les protocoles : par exemple, la décision de la Turquie, de la Grèce et du Royaume-Uni de ne pas ratifier le protocole n°4 sur la liberté de circulation et

³⁴ Sudre, F. (dir.) *et alii*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2025 (17e éd.), p. 15.

l'interdiction d'expulsions collectives des étrangers peut-être comprise à la lumière de leur politique migratoire.

Avec la construction européenne d'une Union économique, mais aussi politique et surtout juridique, les textes communautaires s'emparent également des droits de l'homme, progressivement. Au moment de la CEE, le traité de Rome ne contient « aucune disposition formelle en matière de droits de l'homme »³⁵. Certes, il consacre des principes comme la non-discrimination à raison de la nationalité (art. 7) ou la libre circulation des personnes (art. 48) mais ces droits sont essentiellement interprétés dans leur objectif économique. Dans un premier temps, la CJCE refuse donc d'assurer un contrôle des actes communautaires à partir des droits fondamentaux garantis par les Constitutions nationales³⁶. Dans un second temps, elle accepte de reconnaître des principes généraux du droit en matière de droits de l'homme et de contrôler la conformité des actes communautaires à ces principes, tirés du droit interne des Etats membres, puis de la Convention EDH dans la mesure où tous les Etats membres de la CEE sont également parties à la Convention. Avec le traité d'Amsterdam de 1999 portant révision du TUE, le respect des droits de l'homme prend de l'importance en droit communautaire : la lettre des traités et la pratique jurisprudentielle instaurent une véritable garantie des droits fondamentaux.

Enfin, une autre source du droit européen des droits de l'homme est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE, ici « la Charte ») adoptée le 7 décembre 2000. Elle était au départ dépourvue de toute force juridique contraignante, mais le traité de Lisbonne de 2009 lui confère « la même valeur juridique que les traités »³⁷. La Charte est applicable « aux institutions et organes de l'Union dans le cadre de l'exercice de leur compétences »³⁸, ainsi qu'aux Etats lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE (art. 51 §1 TUE). La valeur ajoutée de la Charte tient davantage à son œuvre de formalisation et de clarification des droits fondamentaux en droit de l'Union qu'à son contenu, largement repris de la Convention EDH. Elle énonce tout de même des droits qui ne sont pas explicitement définis par la CESDH mais garantis par la jurisprudence de la Cour EDH comme les principes de bioéthique (art. 3 CDFUE). Elle élargit également la portée de

³⁵ Sudre et *al.*, *op. cit.*, p. 137.

³⁶ CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, n°36.

³⁷ TUE, art. 6 §1 ; également CJCE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci / Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

³⁸ Sudre et *al.*, *op. cit.*, p. 151.

certaines droits figurant dans la Convention comme le droit à l'éducation (art. 14), ou encore l'interdiction de la discrimination (art. 21) et le droit au mariage (art. 9), qui nous intéressent particulièrement. Enfin, elle innove sur quelques droits spécifiques du citoyen européen et droits sociaux.

On verra que ces sources des droits de l'homme sont interprétées par les juridictions nationales mais aussi par deux juridictions supranationales : la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Leur articulation et la prévalence d'une source par rapport à d'autres entrent dans les logiques que nous aborderons dans le développement.

2. La Cour européenne des droits de l'homme

Instituée en 1959 par le Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH ou Cour EDH) est une juridiction supranationale qui a pour mission d'assurer le respect par les États parties de la Convention EDH. Son statut et sa procédure sont détaillés au titre II de la Convention. Elle est composée de 46 magistrats – un par État membre du Conseil de l'Europe – élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour un mandat de neuf ans non renouvelable parmi trois candidats proposés par chaque État.

La Cour a compétence sur le territoire des États parties à la Convention EDH. Sur le plan matériel, elle est compétente pour connaître des « questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47 »³⁹. Il peut s'agir d'affaires interétatiques (art. 33) ou des requêtes individuelles (art. 34), les articles 46 et 47 régissant respectivement les conditions de recevabilité d'une requête – épuisement des voies de recours interne, lien avec la Convention et existence d'un préjudice important – et les conditions d'intervention d'une tierce personne (État partie, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe).

La grande importance de la jurisprudence de la Cour tient à ce que le droit européen des droits de l'homme est au départ plutôt restreint dans la version originale de la Convention. S'il peut évoluer grâce à l'addition de protocoles, cette procédure est longue et lourde et c'est surtout l'interprétation de la Cour qui lui permet de progresser. En l'espèce, les

³⁹ CEDH, article 32.

articles qui nous intéressent principalement sont l'article 12 sur le droit au mariage et surtout l'article 8 sur le droit à la protection de la vie privée et familiale, qui a servi à de nombreuses reprises à protéger les couples et les familles homosexuels. L'article 8 est d'ailleurs très souvent interprété par la Cour pour créer d'autres protections qui n'avaient pas été prévues au départ par les rédacteurs de la Convention, notamment la protection indirecte de l'environnement⁴⁰.

3. *La Cour de justice de l'Union européenne*

L'histoire de la Cour de justice de l'Union européenne CJUE suit celle de la construction européenne. Dès 1951 et le traité de Paris instituant la Communauté économique du charbon et de l'acier (CECA), une Cour de justice de la CECA est prévue, puis créée en 1952. Avec le traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, elle devient la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), puis la CJUE en 2009 avec le traité de Lisbonne. Comme la CEDH, la CJUE est composée d'un juge par Etat membre (27) pour un mandat de six ans renouvelable. Onze avocats généraux y exercent également, sur le modèle français des rapporteurs publics.

Sa mission est définie à l'article 19 du traité sur l'UE (TUE) qui dispose : « elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Elle l'exerce à travers différentes procédures qui remplissent trois grands objectifs et trois rôles : le rôle de juridiction internationale garante de l'application des traités, grâce au recours en manquement ; le rôle de juge administratif exerçant un contrôle des actes de l'Union grâce aux recours en annulation, en carence, en responsabilité et en contentieux du service public ; et enfin un rôle consultatif avec l'interprétation du droit à la demande des juges nationaux grâce au renvoi préjudiciel. Les arrêts de la Cour ont une force exécutoire (art. 280 TFUE) et portent autorité de la chose jugée : ils sont motivés, lus en séance publique, publiés et s'imposent à tous les Etats membres sur l'ensemble du territoire de l'UE.

Dans cette analyse, les arrêts étudiés seront surtout ceux de la CEDH, pour leur pertinence sur la question qui nous intéresse.

⁴⁰ CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, n°16798/90.

III. Problématisation

Ainsi, nous avons campé le décor de la question de l'homosexualité en droit, de la conception juridique du mariage ou encore du droit – notamment européen – des droits de l'homme. La question qui nous occupe articule ces notions : *Comment les juges font-ils évoluer le droit en faveur de la reconnaissance et de protection des couples de même sexe et de leurs familles en Europe ?*

Il s'agit de savoir quelle place tient le juge, par rapport aux pouvoirs législatif et politique au sein des Etats ; par rapport à la norme existante, à la question de l'unité juridique ou de la souveraineté des Etats sur le plan européen. La question de son attitude se pose également : est-il méfiant, timoré, audacieux, interprétant strictement les textes ou faisant preuve de courage juridique ? Le juge innove-t-il en matière de droits des personnes et des couples homosexuels, et comment innove-t-il : en se contentant de reconnaître l'existence de couples de même sexe, en révélant des droits découlant de cette existence, en protégeant ces droits et – pour le juge européen – en garantissant leur application par les Etats membres ? Prend-il le pas sur le pouvoir législatif lorsque celui-ci est insuffisant ? Comment articule-t-il des intérêts concurrents (parents, enfants, ordre public) ? Sur quels textes et principes se fonde-t-il ?

Il s'agit évidemment de questionner le rôle du juge au sein de sa propre compétence, mais aussi l'articulation entre juridictions internes et supranationales, dans une ère où le droit européen irradie l'ensemble du droit national. Enfin, et pour monter en généralité, il s'agira de se demander comment s'insère cette question des droits des couples de même sexe dans les interrogations et débats autour du rôle du juge en matière de reconnaissance et protection des droits de l'homme, dans une société legaliste où la mobilisation de la norme par le citoyen – car c'est à lui que bénéficie et revient l'accès au prétoire – est un enjeu essentiel de démocratie, au milieu de bouleversements politiques emportant des menaces pour les droits fondamentaux.

On verra d'abord la création prétorienne – par le juge, notamment européen – de droits pour les couples de même sexe, en matière de vie privée et de vie familiale (I), puis les effets et les limites de la reconnaissance de ces droits (II).

* * *

I. La construction prétorienne progressive de droits pour les couples de même sexe

Les juges devant fonder leurs décisions sur des textes (lois nationales, Convention EDH) souvent anciens ne prévoyant pas de reconnaissance ou de protection des couples de même sexe en raison des normes juridiques et sociales de l'époque de leur rédaction, ils sont amenés à interpréter ce droit préexistant pour répondre aux litiges de plus en plus présents sur cette question à partir des années 1980. Le juge – en particulier de la CEDH – connaît donc une évolution de sa position quant à l'existence évidente de couples de même sexe, et à la protection de leur vie privée (A). De là, il entame un processus de création de droits découlant de cette reconnaissance afin de protéger leur vie familiale (B).

A/ Les balbutiements du juge européen, de la protection de la vie privée des personnes homosexuelles aux prémices de la reconnaissance des couples de même sexe

Le juge européen des droits de l'homme, se fonde sur l'article 8 de la CESDH pour reconnaître le droit à la vie privée et éventuellement à la vie familiale des personnes. Cette distinction entre vie privée et vie familiale pourrait paraître confuse mais elle est importante. Si la vie familiale protège par essence un groupe de personnes, la famille, dont la Cour a d'abord estimé qu'elle pouvait être composée d'un couple hétérosexuel marié⁴¹ puis non marié⁴², la vie privée se contente de reconnaître à un individu « le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité »⁴³. Le juge de la CEDH se fonde sur ce droit au respect de la vie privée pour protéger la liberté sexuelle et interdire les discriminations (1) ; et depuis les années 1990 les relations « lesbiennes ou homosexuelles durables »⁴⁴ (*sic*, les relations lesbiennes, c'est-à-dire entre femmes, sont par définition des relations *homosexuelles*) sont regardées comme relevant de la vie privée, ce qui peut mener à une reconnaissance de l'existence du couple homosexuel *de facto*, avec toutefois une forme de blocage quant à la reconnaissance d'une union constitutive de la vie familiale (2).

⁴¹ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, n°9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81.

⁴² CEDH, 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, n° 16969/90.

⁴³ Com. EDH, 18 mai 1976, *X c/ Irlande*, n° 6825/74.

⁴⁴ CEDH du 10 février 1990 *B c/ Royaume-Uni* et du 10 mai 2001 *Mata Estevez c/ Espagne*, 10 mai 2001 ; Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 749.

1. La consécration juridique de la liberté sexuelle, point de départ de la protection de la vie privée des personnes homosexuelles

Après une période de relative tolérance à l'égard des Etats et de leurs lois répressives, le juge européen, suivant l'évolution des mœurs, condamne la pénalisation de l'homosexualité (a) puis poursuit en protégeant les personnes homosexuelles contre les discriminations (b).

a) *La condamnation des reliquats de la criminalisation de l'homosexualité*

En droit interne, c'est principalement le législateur qui poursuit voire achève le processus de dépénalisation, en convertissant les anciens délits et crimes de sodomie en lois portant une majorité sexuelle différente pour les homosexuels et les hétérosexuels, puis éventuellement en abrogeant ces lois. Toutefois, là où le législateur tarde, le juge européen vient condamner cette pénalisation persistante. C'est le cas dans l'arrêt de la CEDH du 22 octobre 1981 *Dudgeon c/ Royaume-Uni*⁴⁵ pour l'Irlande du Nord. Au moment de l'introduction de la requête, comme dans le reste du Royaume-Uni, le *Sexual Offences Act* de 1967 fixant la majorité sexuelle pour les relations homosexuelles à 21 ans contre 16 pour les relations hétérosexuelles s'appliquait toujours⁴⁶. De plus, les lois de 1861 et de 1885 avaient été conservées en Irlande du Nord, contrairement à l'Angleterre et au Pays de Galles où ces dispositions avaient été modifiées en 1957 puis 1967 pour aboutir au dit *Sexual Offences Act*. La loi de 1861 punissait

« la *buggery* et la tentative de *buggery* - au maximum - de l'emprisonnement à vie ou pour dix ans, respectivement. La *buggery* consiste soit en sodomie entre un homme et un autre, ou une femme, soit en coït anal ou vaginal entre un homme, ou une femme, et un animal. »⁴⁷

Quant à la loi de 1885, elle frappait d'un maximum de deux ans d'emprisonnement

« les actes d'indécence grave » (*gross indecency*) accomplis, en public ou en privé, entre personnes de sexe masculin. L'indécence grave n'est pas définie

⁴⁵ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76.

⁴⁶ L'âge du consentement passe pour les homosexuels de 21 à 18 ans en 1994 puis à 16 ans pour atteindre l'égalité avec les hétérosexuels en 2000.

⁴⁷ *Offences Against the Person Act*, art. 61 et 62, cité dans déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 17. Là encore, il y a une confusion explicite entre les relations homosexuelles (*inter masculos*) et la bestialité ou zoophilie (*cum bestia*).

par les textes, mais s'entend de tout acte impliquant un comportement sexuel indécent entre hommes. »⁴⁸

Dans son arrêt, la Cour précise toutefois que ces dispositions ne sont que rarement appliquées, jamais avec la peine maximale et le plus souvent pour des mineurs de 18 ans. Elle est saisie par M. Dudgeon, militant homosexuel, qui avait été perquisitionné pour possession de stupéfiants, et chez qui la police avait trouvé des signes de son orientation sexuelle. M. Dudgeon avait ensuite été conduit au commissariat où il avait été interrogé au sujet de sa vie sexuelle. Des poursuites pour faits d'indécence grave (art. 61 du *Criminal Law Amendment Act*) avaient été envisagées, avant d'être abandonnées. Le requérant demande réparation devant la CEDH en ce que

« l'existence, en droit pénal nord-irlandais, de diverses infractions pouvant s'appliquer au comportement homosexuel masculin et l'enquête de police de janvier 1976 constituaient une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée, violant ainsi l'article 8 (art. 8) de la Convention » et en estimant « qu'il subissait une discrimination contraire à l'article 14 [de la CESDH] et fondée sur le sexe, la sexualité et la résidence »⁴⁹.

Sans trouver utile de se prononcer en plus sur l'article 14, la Cour estime que l'existence des dispositions légales applicables en Irlande du Nord viole le droit à la vie privée (art. 8 § 1 de la CESDH) du requérant. Elle résume le dilemme auquel celui-ci est soumis : respecter la loi et s'abstenir de toute relation avec d'autres hommes, ou entretenir ces relations et s'exposer à des sanctions pénales. Le paragraphe 2 de l'article 8 prévoit que des ingérences publiques dans la vie privée des personnes sont possibles uniquement si elles portent

« une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Or, en l'espèce, cette exigence n'est pas remplie : la Cour argue que les « comportements homosexuels » (*sic*) sont mieux compris au moment où elle statue qu'à l'époque lointaine de la promulgation des lois nord-irlandaises, et que la défense de l'ordre public ou la

⁴⁸ *Criminal Law Amendment Act*, art. 61, cité dans déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 14 (1981).

⁴⁹ Déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 34.

protection de la morale ne sauraient justifier la prohibition d'actes homosexuels consentis et en privé, et ce même si ils sont susceptibles de « heurter, choquer, ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale ». La Cour ne dit donc pas que l'homosexualité n'est pas immorale, ce n'est pas son rôle, mais estime que le fait de la considérer comme immorale ne suffit pas à justifier une répression pénale. Elle donne ainsi raison au requérant, marquant « la première étape d'une jurisprudence européenne protectrice de la liberté sexuelle et particulièrement des droits des personnes homosexuelles »⁵⁰. L'arrêt *Norris c/ Irlande* du 26 octobre 1988⁵¹ concerne une affaire similaire, dans laquelle la Cour réitère sa décision de *Dudgeon*. Elle précise qu'elle ne reconnaît pas aux Etats « une liberté absolue de jugement dans le domaine de la protection de la morale »⁵² : ces deux arrêts viennent ainsi marquer la fin de la tolérance pour les lois répressives des Etats parties en termes d'homosexualité. En l'espèce, si la Cour se prononce en ce sens, c'est aussi parce qu'elle remarque que de telles lois sont très rares en Europe et peu appliquées en Irlande, et paraissent donc avoir fait leur temps. Mais l'influence de la jurisprudence de la CEDH sur la protection de la liberté sexuelle et de la vie privée des personnes homosexuelles dépasse même les frontières européennes. En 2003, la Cour suprême des Etats-Unis avait pour la première fois pris en compte la jurisprudence de la CEDH pour opérer un revirement de sa propre jurisprudence dans sa décision *Lawrence v. Texas*⁵³, mettant ainsi en place une forme de dialogue horizontal entre les juridictions européenne et étasunienne. Dans cette affaire, les requérants contestaient la criminalisation par une loi de l'état du Texas des rapports sexuels consentis entre deux hommes et la Cour suprême avait mobilisé entre autres l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* sur la liberté sexuelle pour conclure à la violation de la Constitution et à la dépénalisation au niveau fédéral, allant à l'encontre de sa décision antérieure *Bowers v. Hardwick*⁵⁴ qui admettait cette criminalisation.

b) La protection des personnes homosexuelles contre les discriminations

Dans la continuité de la condamnation des lois réprimant l'homosexualité se pose la question de la différenciation de majorité sexuelle entre les homosexuels et les hétérosexuels – ou plutôt dans le cadre de relations homosexuelles et hétérosexuelles – qui

⁵⁰ Sudre (dir.) *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme*, PUF, 2019, p. 537.

⁵¹ CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, n°8225/79.

⁵² *Ibid.*, § 45.

⁵³ SCOTUS, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 588.

⁵⁴ SCOTUS, 30 juin 1986, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186.

reste une forme de criminalisation dans la mesure où les relations sexuelles dont l'un des partenaires est en-dessous de la majorité spécifique sont considérées comme non consenties. En France, c'est la loi Forni du 4 août 1982⁵⁵ qui l'a abolie, en abrogeant les dispositions du Code pénal prises en ce sens par une loi de 1942 sous Vichy. Cette différenciation, qui n'avait pas été remise en cause dans les arrêts *Dudgeon* et *Norris*⁵⁶, est d'abord admise par la Cour dans de nombreux arrêts dont *Martin Johnson c/ Royaume-Uni*⁵⁷ : en l'espèce, la Commission déclare irrecevable la requête en estimant qu'une différence de traitement entre les hommes homosexuels d'une part, les femmes homosexuelles et les hétérosexuels d'autre part, est justifiée par une soi-disant différence de développement à l'adolescence entre filles et garçons et qu'elle ne viole donc pas l'article 8 de la Convention. En 2001, la Cour opère un revirement de jurisprudence en considérant, à la lumière de nouveaux avis scientifiques, que l'orientation sexuelle est fixée avant la puberté quel que soit le sexe, et qu'il convient donc de retenir le même âge pour les majorités hétérosexuelle et homosexuelle⁵⁸.

Enfin et dans un troisième temps, la Cour s'inscrit dans un mouvement général d'élimination des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, porté en droit européen des droits de l'homme par la résolution 924 du Conseil de l'Europe du 1er octobre 1981, mais également en droit communautaire par la résolution du Parlement européen 13 mars 1984 dans l'esprit de l'article 13 TCE sur les valeurs de l'UE. La CEDH s'attaque aux discriminations en matière d'emplois, notamment à l'exclusion des personnes homosexuelles de la police et de l'armée⁵⁹, là encore en arguant que le Royaume-Uni fait partie de la minorité des Etats appliquant encore cette règle. Elle sanctionne également les discriminations en matière de droit au domicile, dans une affaire qui pose les prémices de la reconnaissance du couple homosexuel en tant que tel : l'arrêt

⁵⁵ Loi n° 82-683.

⁵⁶ Les juges de la CEDH n'avaient pas estimé opportun d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 8, c'est-à-dire de la discrimination, et s'étaient contentés de la protection de la vie privée au sens de l'article 8. Toutefois, dans une opinion dissidente, deux juges regrettent cette décision en estimant que « la différence de traitement [...] entre homosexuels et hétérosexuels », y compris la différence de majorité sexuelle, aurait dû être examinée sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. En l'espèce, la Cour s'était fondée sur une interprétation restrictive de l'article 14, ce qui selon les juges dissidents « enlève en grande partie à cette disposition fondamentale [l'article 14] sa substance et son rôle dans le système normatif de la Convention », cf. opinion dissidente des juges Evrigenis et Garcia de Enterría, déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni* (1981).

⁵⁷ CEDH, 17 juillet 1986, *Martin Johnson c/ Royaume-Uni*, n° 10389/83.

⁵⁸ CEDH, 27 mars 2001, *Sutherland c/ Royaume-Uni*, n° 25186/94, réaffirmé par *L. et V. c/ Autriche* et *S. L. c/ Autriche* du 9 janvier 2003.

⁵⁹ CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady, Lustig Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96.

*Karner c/ Autriche*⁶⁰ du 24 juillet 2003, où le requérant était exclu du bénéfice du droit au transfert de bail de son compagnon de même sexe. L'exclusion des hommes homosexuels du don du sang a aussi fait l'objet de recours, et est considérée comme une atteinte disproportionnée à la vie privée⁶¹. Par la suite et bien plus récemment dans l'arrêt du 23 janvier 2023 *Macaté c/ Lituanie*, la Cour condamne les politiques homophobes comme :

« toute politique visant de manière générale et absolue à l'exclusion d'une catégorie de personnes sur le seul fondement de son orientation sexuelle ainsi que toute législation et mesures visant à stigmatiser les relations homosexuelles et à encourager l'homophobie. »⁶²

C'est le cas pour des mesures déjà abordée dans les arrêts de la fin des années 1990 et du début des années 2000 mais aussi de manière étendue pour l'expression publique de l'orientation sexuelle d'une personne, comme le fait de publier sur les réseaux sociaux des photos montrant de l'affection envers des partenaires amoureux de même sexe⁶³.

Si la liberté sexuelle est dès lors garantie et les personnes homosexuelles en principe protégées contre les lois répressives et les discriminations, une tendance paraît frappante dans la manière dont la Cour rédige ses décisions en s'arrêtant de manière systématique et détaillée sur les actes sexuels eux-mêmes, en des termes parfois voyeuristes et crus⁶⁴. Si cette tendance apparaît à la fois propre à une époque⁶⁵ et à un contexte juridique où la précision des termes est essentielle, il nous semble qu'elle met rapidement mal à l'aise le lecteur contemporain par une forme de voyeurisme et de déshumanisation dont les personnes LGBT+ ont toujours pâti. Après s'être concentrée sur la question de la liberté sexuelle, la Cour, souvent en opposition avec les juges nationaux dans les litiges dont elle est saisie, va tendre progressivement vers la reconnaissance d'un

⁶⁰ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98.

⁶¹ CEDH, 8 septembre 2022, *Drelon c/ France*, n° 3153/16 et 27758/18.

⁶² Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 750.

⁶³ CEDH, 7 mai 2024, *A. K. c/ Russie*, n° 49014/16 ; ici la requête avait été introduite avant le 16 septembre 2022, date de l'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe, la CEDH avait donc décidé de continuer à juger les affaires introduites avant cette date.

⁶⁴ Cf. déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni* § 14 (1981) par exemple.

⁶⁵ Sur cette question, le compte-rendu des débats au Conseil constitutionnel sur la loi de 1999 instaurant le PACS est édifiant dans la dureté des termes et images employés, cf. notamment les propos de M. Lancelot, p. 36 du compte-rendu de séance du 9 novembre 1999, pour qui « la faction la plus activiste de la communauté homosexuelle a nourri de grandes perversions ; le sexe comme drogue. A côté, Sodome et Gomorrhe avaient un petit aspect de bal des débutantes. » ou encore « le sida a d'ailleurs été le meilleur des réformateurs dans ce domaine » sous-entendant que les mauvais homosexuels (« l'arbre des folles et des drag queens ») avaient subi les conséquences de leurs comportements sexuels débridés tandis que les bons homosexuels (« la forêt des couples de deux hommes ou deux femmes unis par la tendresse et l'amour autant et plus que par le seul désir ») y avaient survécu.

véritable couple homosexuel dont le seul lien n'est plus « l'accomplissement d'actes homosexuels », un terme qui revient souvent dans la jurisprudence des années 1980 au début des années 2000.

2. La reconnaissance précautionneuse de l'existence du couple homosexuel *de facto*

Le juge commence par réserver l'idée de concubinage en tant que couple durable et donc la protection de la vie familiale aux relations hétérosexuelles (a) avant d'envisager l'idée d'une union homosexuelle de fait (b).

a) *La circonscription du concubinage aux couples hétérosexuels*

Dans un premier temps, le juge ne se contente pas de réserver le mariage aux couples homosexuels comme justifié dans la conception traditionnelle de cet état, mais leur réserve aussi le concubinage, c'est-à-dire une union de fait. Avant 1999 en droit français, la notion ne connaît qu'une définition jurisprudentielle. Ainsi, le juge de cassation français, dans un arrêt de 1997⁶⁶ sur une question de transfert de bail d'un homme décédé à son compagnon, estime que « le concubinage ne [peut] résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme » alors même que les textes ne prévoyaient pas cette apparence du mariage puisqu'ils ne prévoyaient pas le statut du concubinage. La décision va à l'encontre des conclusions de l'avocat général Jean-François Weber qui, dans cette affaire, recommande à la Cour de cassation d'interpréter largement la loi et d'admettre le concubin homosexuel en adaptant « [sa] jurisprudence à la réalité de la société actuelle »⁶⁷. Le juge des communautés européennes raisonne comme le juge de cassation français et affirme dans un arrêt de 1998 que « les relations stables entre personnes de même sexe ne sont pas assimilées aux relations stables entre deux personnes mariées ou aux relations stables hors mariage entre personnes de sexe opposé »⁶⁸.

La Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*⁶⁹) suit sensiblement la même approche que le juge de cassation français dans une affaire qui oppose Sigmund Karner (en défense) à son propriétaire qui avait introduit une requête en 1995 devant le tribunal civil

⁶⁶ Cass., Civ. 3ème, 17 décembre 1997, n° 95-20.779.

⁶⁷ Weber J.-F., concl. sur *ibid.*

⁶⁸ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant*, aff. C-249/96.

⁶⁹ La Cour suprême autrichienne n'est pas comme aux Etats-Unis une cour constitutionnelle mais l'équivalent de la Cour de cassation en France : il s'agit de la juridiction de dernier ressort pour les affaires civiles et pénales.

compétent afin de mettre fin au bail de location de l'appartement où vivaient M. Karner et son compagnon, mort du sida, au nom duquel était établi le bail. Le tribunal avait d'abord estimé que le bail devait être transféré à M. Karner, au regard de la loi autrichienne sur les loyers qui dispose « le décès du locataire ne met pas fin au bail » et que le bail est transféré, entre autres, au « compagnon de vie » défini comme « une personne qui a vécu dans l'appartement avec l'ancien locataire jusqu'au décès de celui-ci pendant trois ans au moins, en partageant les dépenses du foyer comme cela se fait dans le cadre du mariage »⁷⁰. Mais le propriétaire se pourvoit auprès du *Oberster Gerichtshof* qui casse la décision de la juridiction de premier ressort et annule le bail, estimant – là encore de manière quelque peu hasardeuse – que la notion de « compagnon de vie » (*Lebensgefährte*) telle qu'énoncée à l'article 14 § 3 de la loi sur les loyers devait être interprétée comme l'aurait fait le législateur de 1974 et que celui-ci n'entendait pas inclure les couples homosexuels. M. Karner introduit donc un recours devant la CEDH⁷¹, arguant une violation de l'article 14 de la CESDH interdisant la discrimination fondée – entre autres – sur le sexe et de l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans une affaire similaire, *Röösli c/ Allemagne*⁷², la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà déclaré la requête irrecevable en arguant que « l'expulsion d'une personne du domicile qu'elle partageait avec son partenaire homosexuel décédé [...] ne constitue pas une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée » au sens de l'article 8 et que la différence de traitement entre un couple hétérosexuel et un couple homosexuel quant à la transmission des droits au bail a pour justification objective et raisonnable la protection de la famille. La Commission est particulièrement claire : elle admet que « le traitement accordé à l'intéressé conformément à la législation pertinente aurait été différent si les partenaires avaient été de sexe opposé »⁷³, sans en tirer pour autant une discrimination.

b) La reconnaissance timide de l'existence des unions homosexuelles de fait

En France, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 1997 avait été jugé provocateur, sûrement pour inciter le législateur à intervenir⁷⁴, ce qu'il fait deux ans plus tard avec la loi du 15 novembre 1999 connue pour l'instauration du pacte civil de solidarité (PACS) mais introduisant aussi une définition légale du concubinage comme « une union

⁷⁰ Art. 14 de la loi autrichienne sur les loyers *Mietrechtsgesetz* de 1974.

⁷¹ CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98.

⁷² Com. EDH, 15 mai 1996, *Roosli c/ Allemagne*, n° 28318/95.

⁷³ *Ibid.*, p. 4.

⁷⁴ Ben Hadj Yahia S., Kessler G. (dir), *Le concubinage entre droit et non-droit*, LexisNexis, 2021, p. 109.

de fait [...] entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁷⁵. Si ce n'est pas directement le juge qui a établi cette définition, il a eu un véritable rôle de mise en mouvement du législateur, rôle reconnu par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision sur la loi relative au pacte civil de solidarité, admet l'apport de la jurisprudence sur les éléments constitutifs du concubinage tout en la corrigeant sur la question de l'exclusion des couples de même sexe⁷⁶.

Pour revenir à *Karner c/ Autriche*, la Cour EDH saisie après épuisement des voies de recours internes estime que la décision de la Cour suprême autrichienne viole l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. Elle argue que les débats sur la définition de la vie privée ou familiale – moyen soulevé par la Commission dans *Röösli c/ Allemagne* – ne sont pas nécessaires puisque l'affaire tenait au respect du domicile, explicitement protégé par l'article 8 § 1 de la Convention. La CEDH estime que la décision de la Cour suprême « manque de justification objective et raisonnable » et constitue une discrimination au titre de l'article 14 de la Convention, en ce que le « but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme »⁷⁷ invoqué par le gouvernement autrichien en défense est abstrait et aurait pu être atteint autrement que par cette exclusion. On est encore loin de la protection réelle du couple homosexuel, toujours mis dos à dos avec « la famille au sens traditionnel ». En effet, cette affaire – dont on aurait pu attendre qu'elle reconnaisse et protège le couple homosexuel défini par une vie commune et une relation stable, comme prévu dans la loi autrichienne sur les loyers par exemple – se borne à déclarer contraire à l'article 8 au sens du droit au respect du domicile la décision de la Cour Suprême.

Pour ce qui est des relations constitutives de la vie familiale, c'est-à-dire reconnues comme un couple, la Cour EDH admet le critère de l'effectivité de la relation, constituée par la cohabitation ou le projet de vie commune, critère qui s'applique pour les couples non-mariés hétérosexuels⁷⁸. Pour les couples homosexuels, cette reconnaissance met un peu plus de temps mais commence avec l'arrêt *Kozak c/ Pologne* de 2010. Les faits sont similaires à ceux de *Karner c/ Autriche*, mais la Cour soulève, comme dans *Karner*, que le but soulevé de la protection de la famille traditionnelle, ne saurait à lui seul justifier une exclusion générale de la transmission d'un bail à un partenaire homosexuel⁷⁹. La Cour va

⁷⁵ Art. 515-8 du Code civil.

⁷⁶ Cons. Const., 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, n° 99-419 DC, § 85.

⁷⁷ Déc. préc. *Karner c/ Autriche*, § 41 (2003).

⁷⁸ Déc. préc. *Keegan c/ Irlande* (1994).

⁷⁹ CEDH, 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne*, n° 13102/02, § 98.

explicitement plus loin en disant qu'il n'existe pas une seule façon ou un seul modèle de mener sa vie privée ou *familiale* : elle reconnaît ainsi au couple homosexuel de fait⁸⁰ (concubinage) le caractère de relation constitutive de la vie familiale, au même titre que les couples non-mariés hétérosexuels. Cette décision, si elle a fait moins de bruit que le célèbre arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* de la même année, le précède en allant dans le même sens, c'est-à-dire la reconnaissance d'une vie familiale constituée par un couple de même sexe, alors que la jurisprudence de la Cour érigeait l'homosexualité en pan de la vie privée dont il fallait absolument protéger le secret, préférant la « privatisation de l'homosexualité »⁸¹ à sa reconnaissance et sa protection dans la sphère publique, par le droit. Toutefois, dans *Schalk et Kopf*, la Cour est encore plus explicite et affirme

« qu'il est 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. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation »⁸².

Ainsi, en reconnaissant l'existence de couples de même sexe, on passe de la protection de la vie privée des homosexuels et de leur droit à entretenir des relations à une véritable protection de leur vie familiale.

B/ La relative prise d'assurance du juge dans la protection de la vie familiale des couples de même sexe

Le juge ne se contente plus de reconnaître mais protège aussi les couples de même sexe en révélant des droits qui découlent de l'existence d'une vie familiale, parmi lesquels des droits relevant directement du statut juridique du couple (1) et des droits relevant de l'accès à la parenté (2).

1. L'affirmation du droit à un statut juridique protecteur du couple

La CEDH, suivant sa réflexion sur l'articulation entre les évolutions sociales et législatives et la protection d'un certain consensus, garde une position neutre sur le

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Formule de Johnson cité par Ragone S. et Volpe V. dans « Le droit à une vie familiale "gay" en Europe » in Schramm B. K. (dir.), *Queer(s) et droit international*, Société de législation comparée, 2021, p. 400.

⁸² CEDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04, § 94.

mariage (a) mais consacre l'existence du couple homosexuel par la reconnaissance d'une vie familiale méritant d'être protégée par un statut juridique (b).

a) *La neutralité prudente du juge européen sur le mariage*

L'article 12 de la CESDH garantit pour « l'homme et la femme [...] le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». La Cour EDH précise, dans l'arrêt *Goodwin c/ Royaume-Uni* de 2002, que le second aspect de cette garantie, la capacité de fonder une famille (lire « d'avoir des enfants ») n'est pas une condition en soi du droit de se marier : l'impossibilité pour un couple de procréer, quelle qu'en soit la raison, n'est pas une raison valable pour empêcher l'accès de ce couple au mariage⁸³.

Sur la question du mariage des couples de même sexe, la décision fondatrice de la CEDH est l'arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche*, en 2010⁸⁴. Auparavant, la Cour avait déjà laissé une large marge d'appréciation aux Etats sur cette question⁸⁵, écartant les requêtes en estimant que chaque Etat était libre d'autoriser ou non le mariage des couples de même sexe. Dans *Schalk et Kopf*, les requérants sont deux hommes autrichiens en couple, qui ont essayé de se marier à Vienne et auxquels la mairie a opposé un refus en s'appuyant sur le code civil qui dispose à propos du mariage :

« En vertu de pareil contrat, deux personnes de sexe opposé déclarent leur intention légitime de vivre ensemble et d'être unies par les liens indissolubles du mariage, de procréer et d'élever des enfants et de se porter aide et assistance mutuelles. »⁸⁶

Les requérants forment d'abord un premier recours contre le chef du gouvernement de Vienne, qui donne raison à la mairie, puis un deuxième recours devant la Cour constitutionnelle autrichienne. Ils arguent que ce refus de la mairie et le rejet de leur requête violent leur droit au respect de la vie privée et familiale et le principe de non-discrimination (art. 8 + 14) et mentionnent les évolutions de la notion de mariage depuis l'entrée en vigueur du code civil en 1812 : la procréation et l'éducation des enfants

⁸³ CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 98. La Cour s'éloigne de la tradition chrétienne qui veut que la condition du mariage soit la complémentarité des sexes en vue de la procréation, cf. *supra* (introduction).

⁸⁴ CEDH *Schalk et Kopf c/ Autriche*, déc. préc. (2010).

⁸⁵ Par exemple CEDH, 28 novembre 2006, *Parry c/ Royaume-Uni*, n°42971/05.

⁸⁶ Code civil autrichien (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), art. 44.

notamment semblent être un élément dépassé. Dans de nombreuses affaires, cette question des évolutions de la société face à un droit qui est resté figé est cruciale. Les requérants mobilisent également la jurisprudence de la CEDH qui estime que « les différences fondées sur l'orientation sexuelle [doivent] se justifier par des raisons particulièrement graves »⁸⁷. Enfin, ils allèguent une violation du droit au respect de leurs biens, au sens de la protection fiscale du survivant à la mort de son conjoint, bien moins importante que celle qui s'appliquerait à un couple marié. La Cour constitutionnelle rejette également leur requête au motif de « défaut de fondement »⁸⁸. Les requérants, après épuisement des voies de recours internes, portent donc leur demande devant la Cour européenne des droits de l'homme, arguant une violation de l'article 12 de la Convention. La Cour essaye de voir s'il existe un consensus entre les Etats parties à la Convention et conclut que seulement six des quarante-sept Etats ouvrent le mariage aux couples homosexuels⁸⁹. Les requérants soutiennent que le texte de l'article 12 mentionne « l'homme et la femme » sans porter obligation d'une union entre un homme et une femme mais seulement une garantie de droits pour tous les hommes et toutes les femmes. La Cour admet que cette formulation peut porter à confusion mais compare l'article aux autres dispositions de la Convention EDH qui utilisent des termes neutres (« toute personne », « nul ») quand elles s'appliquent indifféremment aux hommes et aux femmes : l'article 12 doit être donc compris comme garantissant le droit au mariage entre un homme et une femme⁹⁰. La Cour rejette donc la requête de MM. Schalk et Kopf, en écartant la violation de l'article 12. Les requérants avaient également tenté de se prévaloir de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Si la Cour admet que la Charte ne mentionne pas explicitement la condition d'avoir un homme et une femme, elle dit bien que le mariage est régi par les lois nationales, or en l'espèce, la loi nationale ne permettait pas le mariage d'un couple de même sexe.

Ainsi, la Cour ne va pas à l'encontre d'une lecture large de l'article 12 de la Convention simialire à celle de l'article 9 de la Charte et ne saurait condamner l'ouverture du mariage aux couples de même sexe par les Etats, mais elle refuse à l'inverse de consacrer une

⁸⁷ Déc. préc. CEDH *Schalk et Kopf c/ Autriche*, § 11 (2010). Les requérants font notamment référence à la décision précitée *Karner c/ Autriche*, § 41 (2003).

⁸⁸ *Verfassungsgerichtshof*, 12 décembre 2003, *Schalk und Kopf*.

⁸⁹ Déc. précitée CEDH *Schalk c/ Kopf*, § 27.

⁹⁰ *Ibid.*, § 55.

obligation des Etats en ce sens, et ce jusqu'à ce jour. Toutefois, elle va reconnaître le droit des couples de même sexe à voir leur union juridiquement qualifiée et protégée.

b) *La reconnaissance affirmée du droit à un pacte protecteur des couples de même sexe*

Nous l'avons vu, à plusieurs reprises et notamment depuis les arrêts de 2010 *Kozak c/ Pologne* et *Schalk et Kopf c/ Autriche*, la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale dans le cas des couples homosexuels « entretenant une relation stable et effective »⁹¹. Toutefois, l'impossibilité d'accéder au mariage dans de nombreux États européens expose les couples homosexuels à une protection limitée. Si la reconnaissance d'une forme de concubinage tirée de la stabilité de la relation et de la cohabitation au sein du domicile peut leur conférer quelques droits comme la reconnaissance du droit au transfert de bail pour *Kozak c/ Pologne* ou *Karner c/ Allemagne*, ces garanties restent très limitées et plutôt précaires. Or, si la Cour ne reconnaît pas de droit au mariage pour les couples de même sexe dans *Schalk et Kopf*, elle convient cependant que ces couples se trouvent « dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation »⁹² ; c'est-à-dire qu'elle reconnaît le droit des personnes en couple de même sexe à voir leur relation juridiquement qualifiée et protégée, et, partant, que la non-existence d'une telle protection ou l'impossibilité d'en bénéficier serait susceptible de constituer une discrimination.

Avec l'arrêt *Vallianatos et autres c/ Grèce*⁹³ de 2013, la Cour apprécie l'exclusion des couples homosexuels de « pactes de vie commune » prévus par la législation nationale, dans un État où la famille « traditionnelle » est une institution très protégée, avec une influence importante de la religion chrétienne orthodoxe⁹⁴. Cette affaire est le regroupement de deux requêtes, l'une portée par deux hommes en couple, M. Vallianatos et M. Mylonas, l'autre par six requérants grecs et une association de défense des droits des personnes LGBT+. Les requérants arguent une violation des articles 8 et 14 de la Convention EDH à cause de ce que le *σύμφωνο συμβίωσης* – *symphono symviosis*, pacte de vie commune – entré en vigueur en 2008 est destiné uniquement aux couples formés de «

⁹¹ Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 793.

⁹² Déc. préc. *Schalk et Kopf c/ Autriche*, § 99 (2010) ; Schramm B. K. (dir.), *Queer(s) et droit international*, Société de législation comparée, 2021, p. 398.

⁹³ CEDH, Gr. Ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09.

⁹⁴ L'ouverture du mariage aux couples de même sexe en Grèce est très récente, elle est entrée en vigueur en janvier 2024.

deux personnes physiques majeures de sexe opposé »⁹⁵. La Cour examine le contexte de l'adoption de cette loi et note la volonté du gouvernement à l'origine du projet de loi de protéger les couples non mariés, de plus en plus nombreux en Grèce, et leurs enfants ; mais aussi les vifs débats qui ont entouré la discussion de la loi et la forte opposition de l'Eglise de Grèce (orthodoxe) qui qualifie le pacte de vie commune de « prostitution »⁹⁶. La Commission nationale des droits de l'homme ainsi que le Conseil scientifique⁹⁷, dans leurs observations, soulignent respectivement la nécessaire appréciation évolutive de la notion de vie familiale et le risque de violation par le projet de loi de l'article 14 de la Convention EDH. Interrogé en ce sens lors des débats parlementaires le 11 novembre 2008, le ministre de la Justice grec se borne à déclarer que « la société aujourd'hui n'est pas encore assez mature pour accepter la cohabitation des couples de même sexe »⁹⁸. En 2010, la Commission nationale des droits de l'homme réitère sa position sur le caractère discriminatoire de la loi dans une lettre adressée au ministre en considérant opportun d'étendre le pacte de vie commune aux couples de même sexe.

La Cour examine le droit européen et voit que neuf Etats européens ouvrent le mariage aux couples de même sexe et dix-neuf prévoient un partenariat civil pour ces couples, alors que deux Etats, la Grèce et la Lituanie, prévoient un partenariat civil pour les couples hétérosexuels seulement. Comme dans de nombreuses affaires sur la question de la protection de la vie privée et familiale des personnes et couples homosexuels, la Cour apprécie conjointement la violation de l'article 8 et de l'article 14. Examinant les circonstances de l'espèce et le droit, le juge estime que l'exclusion des personnes homosexuelles du pacte de vie commun constitue une discrimination en raison de l'orientation sexuelle, prohibée par l'article 14 de la Convention. La Cour donne ainsi raison aux requérants, admet la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la CESDH et condamne l'Etat grec au versement de sommes de cinq mille euros par requérant en réparation du dommage moral subi.

Ainsi, si la Cour européenne des droits de l'homme agit avec une grande prudence en refusant de consacrer le droit au mariage des personnes de même sexe tant qu'il n'existe pas de consensus sur la question, elle garantit tout de même leur droit à jouir d'un statut juridique spécifique et protecteur, qui peut même leur être réservé comme l'établit la Cour

⁹⁵ Loi grecque n° 3719/2008, 26 novembre 2006, « Réformes concernant la famille, les enfants et la société ».

⁹⁶ Déc. préc. *Vallianatos et autres c/ Grèce*, § 11 (2013).

⁹⁷ *Επιστημονικό Συμβούλιο* (*éπιστημονiko symvoulío*), organe consultatif du Parlement.

⁹⁸ Déc. préc. *Vallianatos et autres c/ Grèce*, § 14.

dans l'arrêt de 2017 *Ratzenböck et Seydl c/ Autriche*⁹⁹. Les requérants sont un couple hétérosexuel (ils sont rares dans cette analyse !) souhaitant conclure un partenariat permis par la loi « partenariats enregistrés » (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) du 1er janvier 2010, prévue pour les couples de même sexe qui n'avaient pas accès au mariage. S'étant vu opposer un refus par le maire de Linz, ils portent des requêtes devant les juridictions compétentes jusqu'aux Cours administrative et constitutionnelle qui les rejettent toutes deux, arguant que si les Etats sont libres de ne pas ouvrir le mariage aux couples de même sexe – en rappelant l'arrêt de la CEDH *Schalk c/ Kopf* – il n'est qu'équitable qu'ils puissent également leur réserver le partenariat enregistré, créé en réponse à cette impossibilité de se marier et à l'exigence de protection juridiques de ces couples. La CEDH suit cette dernière décision en estimant qu'il n'y a pas de violation de l'article 14 combiné à l'article 8 car les situations des couples hétérosexuels et homosexuels sont différentes, les uns ayant accès au mariage interdit aux autres. Cette différence de situation justifie une différence de traitement qui ne constitue pas une discrimination basée sur l'orientation sexuelle puisque les couples de même sexe ont « un intérêt particulier à accéder à une forme d'union civile ou de partenariat enregistré, qui serait le moyen le plus approprié par lequel leur relation pourrait être reconnue légalement et qui garantirait une protection appropriée [...] sans rencontrer d'obstacles inutiles »¹⁰⁰.

2. Une protection partielle de la parentalité des personnes et couples homosexuels

En France comme ailleurs, que ce soit chez les opposants politiques ou certaines autorités religieuses¹⁰¹, le principal argument avancé contre la reconnaissance des unions et le mariage des couples de même sexe est l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰², dont les

⁹⁹ CEDH, 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c/ Autriche*, n° 28475/12.

¹⁰⁰ *Ibid.* §174. Comme pour la décision précitée *Oliari et autres c/ Italie*, la seule version intégrale disponible en ligne était en anglais et il s'agit d'une traduction personnelle.

¹⁰¹ Voir notamment l'opposition virulente du Vatican qui appelle les fidèles catholiques et notamment les « hommes » (*sic*) politiques à s'opposer non seulement au mariage mais aussi à toute forme de reconnaissance juridique des unions de couples de même sexe ; cf. Cardinal Ratzinger (futur pape Benoît XVI), préfet de la Congrégation pour la doctrine de la foi sous Jean-Paul II, « Comportement des hommes politiques catholiques vis-à-vis des législations favorables à la reconnaissance juridique des unions homosexuelles », *Considérations à propos des projets de la reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles*, Rome, 3 juin 2003.

¹⁰² Concept tiré du droit international, notamment de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) de 1989, qui prévoit à l'article 3 : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Cette notion, qui voit l'enfant comme sujet de droit et pas seulement objet des décisions des adultes, est essentielle en droit de la famille et constitue un principe appliqué par les juridictions nationales et européennes. Elle comprend les besoins fondamentaux de l'enfant (nourriture, logement, éducation) mais aussi ses relations familiales, sa stabilité et son opinion.

détracteurs des unions de personnes de même sexe estiment qu'il est menacé par de telles unions dans le cas où les nouveaux statuts permettraient de fonder une famille. La parentalité, à la fois sous l'angle de la garantie de droits parentaux aux parents homosexuels (a) ou de l'accès à l'adoption (b) est donc au centre des revendications militantes¹⁰³, et de ce fait présente dans les affaires portées devant le juge européen et dans sa réflexion.

a) Le droit d'une personne homosexuelle à la jouissance de ses droits parentaux

La première grande tendance qui se dégage des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de parentalité est la reconnaissance du droit des parents gays et lesbiennes¹⁰⁴ qui avaient eu un enfant dans le cadre d'une relation hétérosexuelle à « rester » parents, c'est-à-dire à conserver leurs droits parentaux malgré le fait qu'ils soient ouvertement homosexuels. Ce type de décision existe surtout à la fin des années 1990 et au début des années 2000, alors que l'homosexualité devient une notion de plus en plus acceptée et les couples ouvertement homosexuels un état de fait de plus en plus fréquent dans les sociétés européennes mais moins protégé en droit interne qu'aujourd'hui.

En ce sens, l'arrêt de la CEDH *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*¹⁰⁵ de 1999 consacre l'interdiction de retirer l'autorité parentale à une personne sur le fondement de son orientation sexuelle. En l'espèce, le requérant est un ressortissant portugais, M. Salgueiro da Silva Mouta, qui avait eu une fille avec son épouse. Les époux divorcent et le requérant vit depuis en couple avec un homme. L'accord de divorce prévoyait d'accorder l'autorité parentale à la mère, le père ayant un droit de visite dont il ne peut bénéficier à cause de l'opposition de son ex-femme. Il introduit donc une requête devant le tribunal aux affaires familiales de Lisbonne pour demander l'autorité parentale arguant que la mère de l'enfant ne respectait pas l'accord de divorce. Le tribunal lui donne droit en premier ressort, mais le jugement est annulé en appel car la Cour d'appel de Lisbonne estime :

« qu'on ne saurait soutenir qu'un environnement de cette nature [le couple homosexuel composé du père de l'enfant et de son compagnon] est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant, surtout dans

¹⁰³ À la fois chez les défenseurs des droits LGBT+ et les détracteurs du mariage et de l'adoption pour tous.

¹⁰⁴ Et d'autres orientations sexuelles non hétérosexuelles ne faisant pas partie du vocabulaire courant de l'époque.

¹⁰⁵ CEDH, 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, n° 33290/96.

le cadre du modèle dominant dans notre société [...] L'enfant doit vivre au sein [...] d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme. Il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anormalité et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales ; c'est la nature humaine qui le dit et rappelons que c'est [le requérant] lui-même qui l'a reconnu quand [...] il affirme qu'il a définitivement quitté le domicile conjugal pour aller vivre avec un ami, décision qui n'est pas normale, selon les critères communs. »¹⁰⁶

La Cour d'appel revient donc, en justifiant sa décision par l'intérêt de l'enfant, au premier accord de divorce, à savoir l'autorité parentale de la mère et un droit de visite pour le père. Ici, l'orientation sexuelle du père – en tout cas sa relation effective et la cohabitation avec son compagnon – est vue comme une menace à l'intérêt de l'enfant en raison de son caractère « anormal »¹⁰⁷. M. Salgueiro da Silva Mouta, ayant épuisé les voies de recours internes, porte donc son affaire devant la CEDH, arguant d'une violation de l'article 8 et de l'article 14 de la Convention EDH. Pour rappel, une différence de traitement constitue une discrimination au sens de l'article 14 si elle « manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime [première condition] et s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [deuxième condition] »¹⁰⁸. Sur la poursuite d'un but légitime, la CEDH admet que la condition est remplie puisque la Cour d'appel de Lisbonne statue dans l'intérêt de l'enfant. En revanche, sur la proportionnalité, la Cour EDH raisonne ainsi : si l'introduction de l'élément nouveau de l'homosexualité du père en appel a eu une influence sur la décision

¹⁰⁶ Cour d'appel de Lisbonne, *Tribunal da Relação*, 9 janvier 1996, cité dans déc. préc. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, § 14.

¹⁰⁷ *Idem*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, § 29. En ce sens, la Cour cite à plusieurs reprises son arrêt CEDH du 23 juin 1993 *Hoffmann c/ Autriche*, n°12875/87. Cet arrêt concerne également une affaire d'autorité parentale, où la requérante, témoin de Jéhovah, estime être victime d'une discrimination au sens de l'article 14 combiné à l'article 8 en raison de sa religion. Dans *Hoffmann*, le juge avait considéré d'une part que les litiges qui tenaient à l'autorité parentale pouvaient relever de ces articles, d'autre part que « l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables » (*Hoffmann c/ Autriche* § 58 cité dans déc. préc. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* § 26). C'est donc de cette jurisprudence *Hoffmann* que la CEDH tire son appréciation des discriminations au sens de l'article 14 de la Convention, et ce particulièrement pour les litiges relevant de l'autorité parentale et de la parentalité en général, *mutatis mutandis*.

et la situation de fait du requérant, alors la proportionnalité n'est pas respectée ; si en revanche la mention de l'homosexualité du père n'est qu'un *obiter dictum* et la décision de la Cour d'appel fondée sur d'autres moyens, alors il n'y a pas de discrimination¹⁰⁹. En l'espèce, les termes et expressions employés par la Cour d'appel de Lisbonne dans sa décision sont sans équivoque : l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale. Ainsi, la CEDH conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8, estimant qu'il y avait eu discrimination puisque le juge national avait opéré une distinction fondée sur l'orientation sexuelle et que les moyens employés – cette différence de traitement illégitime – n'étaient pas proportionnés au but recherché, but lui-même légitime à savoir l'intérêt supérieur de l'enfant.

La Cour consacre ainsi le droit pour un parent homosexuel de ne pas être privé de ses droits parentaux en raison de son orientation sexuelle et du choix qu'il ou elle a fait de vivre ouvertement son couple homosexuel.

b) Le droit de devenir parents ?

Dans un second temps, la Cour EDH examine la possibilité pour des personnes homosexuelles, en couple ou non, de devenir parents, notamment par la voie de l'adoption. Elle tire de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention une interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en matière d'adoption, mais refuse de consacrer un droit à l'adoption, et privilégie toujours l'intérêt supérieur *de* l'enfant face à la question d'un éventuel droit *à* l'enfant.

Dans l'arrêt *Fretté c/ France*¹¹⁰ de 2002, elle commence par estimer que le fait pour un Etat de ne pas accorder l'agrément en vue d'une adoption à une personne en raison de son homosexualité ne constitue pas une violation de la Convention EDH. Le requérant, M. Fretté, avait fait en 1991 une demande d'agrément pour adopter un enfant, demande rejetée en 1993 par la direction de l'action sociale car « les “choix de vie” du requérant ne semblaient pas de nature à présenter les garanties suffisantes quant aux conditions d'accueil d'un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique »¹¹¹. Suite à un recours en excès de pouvoir, le Tribunal administratif de Paris, par un jugement de 1995, annule la décision qui lui refusait cet agrément en raison d'une atteinte à la vie privée fondée sur une

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 33.

¹¹⁰ CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n° 36515/97.

¹¹¹ *Ibid.* § 11.

mauvaise appréciation de la situation par l'administration. Le département fait appel directement devant le Conseil d'Etat, qui annule la décision du tribunal en estimant que la décision de l'administration de refuser l'agrément est suffisamment et correctement motivée. Saisie, la Cour européenne des droits de l'homme estime que ces décisions ne sont pas discriminatoires et qu'il n'y a pas eu violation de la Convention EDH. La Cour précise que dans ce genre d'affaire (adoption, autorité parentale), les intérêts concurrents sont ceux du parent et de l'enfant, et que le juge tranche en dernier lieu en faveur de celui de l'enfant¹¹². Le but de l'adoption étant de « donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille »¹¹³, il n'existe pas de droit à l'enfant. Dans la situation précise du requérant, la Cour constate qu'il n'existe pas de consensus sur la question de l'adoption par un ou des parents homosexuels, ni au sein de la communauté scientifique, ni parmi les opinions publiques nationales et internationales. Ainsi, elle estime que la réflexion du Conseil d'Etat est raisonnable et légitime et que le refus d'agrément n'a pas transgressé le principe de proportionnalité tel qu'établi dans *Hoffmann c/ Autriche*.

Dans une affaire aux faits similaires, *E. B. c/ France*¹¹⁴, la CEDH estime cette fois qu'il y a une violation de l'article 14 combiné à l'article 8, tout en précisant que le droit d'adopter n'est pas garanti par la Convention EDH ni par aucune autre dispositions de droit international et qu'il ne lui appartient pas de « trancher la question de savoir si le droit d'adopter [...] doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément »¹¹⁵ mais que sa mission est bien d'apprécier la constitution ou non d'une discrimination au sens de l'article 14 dans les circonstances de l'espèce. Cette fois-ci, il s'agit d'une femme lesbienne qui souhaitait recevoir seule – même si elle vivait avec une autre femme – l'agrément d'adoption, que l'administration, confortée par le juge administratif français, lui avait refusé en raison notamment de l'absence de figure paternelle. La Cour EDH estime que ce motif n'est pas pertinent puisque l'affaire concerne l'adoption par une personne célibataire (au plan juridique), permise en droit français ; or une adoption par une personne célibataire suppose forcément l'absence soit d'une figure maternelle, soit d'une figure paternelle. La Cour remarque de plus que l'orientation sexuelle de E. B. n'a cessé d'être « au centre du débat la concernant et [qu'elle a été

¹¹² En ce sens, CEDH, 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, n° 17383/90, cité dans déc. préc. *Fretté c/ France*, §42 (2002).

¹¹³ Déc. préc. *Fretté c/ France*, § 42.

¹¹⁴ CEDH, 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, n° 43546/02.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 49.

omniprésente] à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle »¹¹⁶ ; qu'ainsi, même si l'orientation sexuelle ne constituait pas explicitement le motif de rejet de la demande d'agrément, elle avait pesé sur la décision de l'administration et du juge administratif et était à l'origine d'une différence de traitement. Appréciant dans un deuxième temps et selon les principes tirés de la jurisprudence *Hoffmann*¹¹⁷ la légitimité et la proportionnalité de cette différence de traitement, la CEDH conclut que si la différence de traitement était uniquement liée à l'orientation sexuelle de la requérante, elle constituerait une discrimination ; or le droit français autorisant l'adoption par des personnes célibataires, l'argument de l'absence de figure paternelle n'est pas pertinent et l'orientation sexuelle doit bien être regardée comme étant la raison principale du refus de l'administration. Suivant la jurisprudence et notamment l'arrêt précité *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, il y a bien eu violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.

Sur ce terrain, même si elle évolue entre l'arrêt de 2002 et celui de 2008, la Cour reste prudente : elle refuse de consacrer explicitement un droit à l'adoption¹¹⁸ ou un droit à l'enfant, que ce soit dans *Fretté c/ France* ou *E. B. C/ France*. Elle procède à deux évaluations : l'arbitrage entre l'intérêt du futur parent et celui de l'enfant, et l'estimation de la justification de la différence de traitement tirée de la jurisprudence *Hoffman*, à savoir la légitimité du but poursuivi et la proportionnalité. Ainsi, si elle réduit la marge d'appréciation des Etats et opère un contrôle plus strict des décisions administratives et juridictionnelles nationales en matière d'adoption par des parents homosexuels, on ne peut affirmer que la Cour européenne des droits de l'homme consacre un véritable droit pour les couples homosexuels d'adopter un enfant ; mais en allant plus loin, elle ne consacre pas non plus un tel droit pour les couples hétérosexuels. Avec une différence de taille cependant : les couples hétérosexuels ont – sauf problème médical – d'autres solutions qui s'offrent à eux pour fonder une famille, un droit qui, lui, est garanti par l'article 12 de la Convention.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 88.

¹¹⁷ Cf. déc. préc. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* (1999).

¹¹⁸ Avec pour précision que le droit à l'adoption, dans les cas où il est prévu par la loi, peut exister. C'est le cas en droit français par exemple puisque le mariage permet d'adopter, et ce sans distinction *de jure* entre couples de même sexe et couples de sexe différent depuis la loi de 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe. Il ne s'agit alors pas fondamentalement d'un droit à l'enfant mais d'un des droits compris dans le contrat passé entre deux personnes par le mariage, notamment pour l'adoption simple de l'enfant du conjoint ou de la conjointe qui ne pouvait exister que dans un couple marié avant la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption. Il ne s'agit toutefois toujours pas d'un droit à l'enfant, mais de la garantie de pouvoir prétendre à adopter un enfant.

* * *

Ainsi, nous avons vu dans cette première partie sur la création prétorienne de droits que la Cour européenne des droits de l'homme, à partir des années 1980, s'appuie sur l'article 8 de la Convention pour reconnaître des droits qui protègent les personnes homosexuelles, leur couple et leur famille. Elle interdit d'abord les discriminations en raison de l'orientation sexuelle au nom du droit à la vie privée, puis petit à petit reconnaît l'existence de couples homosexuels *de facto*. Partant, elle glisse vers une protection de leur vie familiale en leur reconnaissant le droit à une protection juridique visant à réduire les inégalités de situation avec les couples hétérosexuels allant jusqu'à un statut spécifique, le droit de bénéficier de leurs droits parentaux ou encore d'adopter un enfant sans que leur orientation sexuelle ou leur vie de couple ne soient des obstacles à cette démarche. Toutefois, la Cour reste prudente pour tenir son rôle d'organe visant le consensus : elle ne consacre pas un droit au mariage des couples de même sexe dans l'Europe entière, ni un droit à l'adoption ou à l'enfant. Ces principes construits par le juge européen s'appliquent aux Etats, avec la reconnaissance d'obligations positives et négatives mais toujours des questions délicates sur lesquelles le juge européen ne veut pas se prononcer, laissant cet arbitrage au juge national quand le législateur ne s'en saisit pas.

* * *

II. La portée de la construction juridictionnelle de droits pour les couples de même sexe

Nous l'avons vu dans la première partie, le juge a reconnu un certain nombre de droits aux personnes et aux couples homosexuels, tenant d'abord à la protection de leur vie privée puis à celle de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention, souvent combiné à l'article 14 lorsque le requérant argue une discrimination. Le juge de la Cour EDH, dans cette entreprise, a un véritable rôle de créateur, ou plus exactement de révélateur de droits qui ne sont pas explicitement consacrés dans la Convention EDH : il effectue une interprétation vivante de ses dispositions, en accord avec l'évolution des sociétés européennes et avec la recherche de consensus qui caractérise sa juridiction. Une fois que ces droits ont été révélés et érigés en tant que règles jurisprudentielles, il s'agit maintenant de voir dans quelle mesure ces règles prétoriques créent des obligations pour les États (A) et comment le juge, à tous les niveaux juridictionnels, est forcé d'innover et d'interpréter ces règles, voire d'en créer de nouvelles, pour répondre à des problèmes juridiques complexes ou nouveaux (B).

A/ L'affirmation en demi-teinte d'obligations pour les Etats tirées de cette création de droits

Le juge européen consacre des obligations positives et négatives de protection des couples de même sexe et de leurs famille (1) sans évoluer sur la question du mariage (2).

1. La portée équivoque des obligations de protection des couples de même sexe et de leurs famille

En appliquant les principes qu'il a consacrés¹¹⁹, le juge de la Cour européenne des droits de l'homme tient le rôle d'un véritable protecteur des droits, avec tout de même des limites. Il peut interpréter l'article 8 de la Convention comme imposant des « obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits qu'il garantit »¹²⁰ (a), en plus de son utilisation plus classique de protection des individus contre les ingérences des Etats dans la vie privée et familiale des couples de même sexe, notamment en matière d'adoption (b).

¹¹⁹ Cf. *supra*.

¹²⁰ Conseil de l'Europe, greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, « Les droits des personnes LGBTI+ », *Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 31 août 2024, § 48.

a) *La confirmation d'une obligation positive d'accorder un statut juridique protecteur aux couples de même sexe*

En 2010, la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné, dans l'arrêt *Vallianatos et autres c/ Grèce*, la discrimination opérée contre les couples de même sexe qui n'avaient pas accès au pacte de vie commune prévu par la loi, *a fortiori* dans la mesure où le mariage était impossible pour ces couples. Cinq ans plus tard, la Cour établit une véritable obligation positive pour les Etats de proposer un tel statut aux couples de même sexe avec l'arrêt *Oliari et autres c/ Italie*¹²¹. Comme pour *Vallianatos et autres c/ Grèce*, l'affaire regroupe deux requêtes dont la première est portée par deux hommes en couple, MM. Oliari et A., et la deuxième par deux autres couples formés par MM. Felicetti et Zappa d'une part, MM. Perelli Cipo et Zacheo d'autre part, tous italiens. Dans son résumé des faits, la Cour insiste sur les éléments qui indiquent une relation stable : les requérants étaient « dans une relation stable »¹²², « le couple a emménagé ensemble » et ils « se sont mutuellement désignés comme tuteurs en cas d'incapacité »¹²³, « ils ont ouvert un compte bancaire joint »¹²⁴. Les premiers requérants, MM. Oliari et A., souhaitent se marier en 2008 et en font la demande devant le bureau de l'état civil de Trente, qui la rejette. Les requérants font un recours devant le tribunal de Trente, arguant d'une part que la loi italienne n'interdisait pas explicitement le mariage entre personnes de même sexe, d'autre part qu'une telle disposition serait contraire à la Constitution. Par une décision du 24 février 2009, le tribunal les déboute de leur demande, affirmant que la Constitution ne traitait pas du mariage, que le Code civil mentionnait comme condition l'altérité des sexes des époux et que le droit européen laissait libre les Etats d'apprécier l'opportunité d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Les requérants interjettent appel devant la cour compétente puis, se voyant opposer les mêmes arguments, portent leur requête devant la Cour constitutionnelle italienne qui la déclare irrecevable car ne portant pas sur des dispositions

¹²¹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, n°18766/11 et 36030/11. Dans leur chapitre sur « Le droit à une vie familiale gay en Europe » in Schramm K. B., *Queer(s) et droit international*, Société de législation comparée, 2021, S. Ragone et V Volpe affirment même que « la jurisprudence en matière de reconnaissance des couples de personnes de même sexe a été inaugurée par la CEDH en 2015 avec l'affaire *Oliari et autres c/ Italie* » (p. 375). Dans notre analyse, il a semblé pertinent de se pencher en premier lieu sur les décisions antérieures et sur tout le raisonnement préalable du juge, même s'il est vrai qu'*Oliari* correspond au point de bascule vers une véritable obligation positive de mettre en place un cadre juridique spécifique reconnaissant les unions de même sexe.

¹²² « *In a committed stable relationship* », *ibid.*, § 10. Traduction personnelle de l'anglais, l'arrêt n'était pas disponible en français dans son intégralité.

¹²³ *Ibid.*, §21-22.

¹²⁴ *Ibid.*, §26.

constitutionnelles¹²⁵. Toutefois, le juge constitutionnel italien estime que la protection des couples de même sexe est comprise dans l'article 2 de la Constitution italienne puisque que les couples de même sexe constituent des « formations sociales où [s'exercent la personnalité des individus] et doivent de là être protégés »¹²⁶. Le juge italien dit aussi que cet objectif de protection peut être atteint par d'autres moyens que le mariage, à savoir l'établissement d'un statut spécifique dont l'instauration reviendrait au Parlement. Comme pour la question du concubinage et du mariage en droit français ou portugais, le juge prend ainsi un arrêt en suivant le droit existant, sans « jugement créatif »¹²⁷ mais en encourageant fortement le législateur à agir. En effet, au moment où la requête est portée devant la CEDH (2011), aucune union civile n'est reconnue pour les couples de même sexe en Italie, alors que 24 des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe en reconnaissent une, et l'interférence permissive du juge constitutionnel italien reste sans effet jusqu'à l'intervention du juge européen.

Quand la Cour EDH se penche sur la question, elle fait appel à la dualité de l'article 8 de la Convention, établie par sa jurisprudence antérieure : la garantie de la vie privée et familiale a pour vocation principale de « protéger les individus contre les ingérences arbitraires des autorités politiques »¹²⁸, grâce à des obligations négatives, mais elle peut aussi imposer des obligations positives aux Etats pour assurer un respect effectif des droits protégés¹²⁹. En l'espèce, la Cour doit déterminer si le système italien, qui refuse le mariage des couples de même sexe, leur propose d'autres formes de protection juridiques. Elle établit pour répondre aux arguments du Gouvernement que des registres existent, mais n'ont été adoptés que par 2% des municipalités italiennes et ne confèrent qu'une valeur symbolique sans protection effective des droits aux unions de même sexe ; que le statut des unions de fait (concubinage) n'est guère plus protecteur ; et enfin que les « accords de cohabitation » introduits fin 2013 ne régissent que quelques aspects de la cohabitation sans protéger le couple, et de plus réduisent ce dernier à une cohabitation alors que la Cour EDH avait

¹²⁵ *Corte costituzionale della Repubblica Italiana* (Cour constitutionnelle de la République italienne), 15 avril 2010, n° 138.

¹²⁶ L'article 2 de la Constitution italienne de 1947 dispose : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé ».

¹²⁷ Ragone S., Volpe V., *op. cit.*, p. 381.

¹²⁸ Déc. préc. *Oliari et autres c/ Italie*, § 159. Principe tiré *mutatis mutandis* de l'arrêt de la CEDH du 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, § I. B. 7.

¹²⁹ Ragone S., Volpe V., *op. cit.*, p. 386. Cf. par exemple CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c/ Irlande*, n° 9697/82, § 55.

déclaré dans l'arrêt *Vallianatos et autres c/ Grèce* de 2013 que « l'absence de cohabitation ne prive pas les couples concernés de la stabilité qui les fait relever d'une vie familiale »¹³⁰. Ainsi, la CEDH exerce un contrôle étroit de l'effectivité de la protection des couples de même sexe. Elle finit par établir qu'en l'absence d'un intérêt suffisamment caractérisé du gouvernement italien à persister à empêcher la reconnaissance juridique des union de même sexe et à la lumière de l'opinion des juridictions nationales, « le gouvernement italien a outrepassé sa marge d'appréciation et a failli à son *obligation positive* d'assurer aux requérant un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection des unions de même sexe »¹³¹.

Il est intéressant de noter que dans ce cas, la Cour EDH a permis à la volonté du juge constitutionnel de se réaliser, en devançant le législateur réticent : en cela, elle a assumé un rôle de « garant supranational de l'Etat de droit interne »¹³². En l'espèce, une loi instaurant une union civile pour les personnes de même sexe¹³³ est entrée en vigueur le 5 juin 2016, moins d'un an après l'arrêt de la Cour.

Plus récemment, l'arrêt *Fedotova et autres c/ Russie*¹³⁴ de 2023 va dans le même sens qu'*Oliari*. Le gouvernement refuse catégoriquement de proposer un statut protecteur aux couples de même sexe, mobilisant l'argument de l'intérêt général qui comprend la protection de la famille traditionnelle, le sentiment majoritaire de l'opinion publique russe ainsi que la protection des mineurs contre la promotion de l'homosexualité. Sur la protection de la famille traditionnelle, la Cour admet que ce motif « constitue, en principe, une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle »¹³⁵, rappelant sa jurisprudence en la matière¹³⁶. Toutefois, de nombreux moyens sont possibles pour atteindre ce but légitime, et la jurisprudence établit déjà que les différences de traitement comme l'exclusion du concubin de même sexe lors du transfert de bail¹³⁷, en matière de droit de séjour ou d'adoption¹³⁸ constituent des

¹³⁰ Déc. préc. *Vallianatos et autres c/ Grèce*, § 73 (2013).

¹³¹ Déc. préc. *Oliari et autres c/ Italie*, § 185 (2015).

¹³² Ragone S., Volpe V., *op. cit.*, p. 404.

¹³³ Italie, loi n° 76 du 20 mai 2016.

¹³⁴ CEDH, 17 janvier 2023, *Fedotova et autres c/ Russie*, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/14. La Russie a été exclue du Conseil de l'Europe le 16 mars 2022, mais la CEDH juge les affaires ayant été introduites avant cette date.

¹³⁵ *Ibid.*, § 207.

¹³⁶ Déc. préc. *Karner c/ Autriche* (2003), *Kozak c/ Pologne* (2010), *Vallianatos c/ Grèce* (2013).

¹³⁷ Déc. préc. *Karner c/ Allemagne*, *Kozak c/ Pologne*.

¹³⁸ Pour le droit de séjour et l'adoption, le raisonnement du juge sera développé plus bas.

discriminations qui ne peuvent pas être justifiées par la protection de la famille traditionnelle¹³⁹. De plus,

« rien ne permet de considérer que le fait d’offrir une reconnaissance et une protection juridiques aux couples homosexuels engagés dans une relation stable pourrait, en soi, nuire aux familles constituées de manière traditionnelle ou en compromettre l’avenir voire l’intégrité [...]. En effet, la reconnaissance des couples homosexuels n’empêche aucunement les couples hétérosexuels de se marier ni de fonder une famille correspondant au modèle qu’ils se donnent de celle-ci. Plus largement, la reconnaissance de droits aux couples de même sexe n’implique pas, en soi, un affaiblissement des droits reconnus à d’autres personnes ni à d’autres couples. »¹⁴⁰

La Cour écarte donc ce moyen. Sur l’opposition majoritaire de l’opinion publique, elle admet avoir pris en compte – comme le soutient le gouvernement défendeur – l’opinion italienne majoritairement favorable dans sa décision de consacrer une obligation positive pour les Etats de reconnaître un statut protecteur pour les couples de même sexe dans *Oliari et autres*. Toutefois, elle précise que cet argument n’a pas eu un effet déterminant dans son raisonnement, qui s’est davantage appuyé sur l’avis des juridictions nationales¹⁴¹. Elle rappelle ensuite que la démocratie n’est pas une tyrannie de la majorité mais bien « un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d’une position dominante »¹⁴² ; qu’elle a suivi cette définition constamment dans sa jurisprudence en déclarant contraire à l’article 8 (éventuellement combiné à l’article 14) « des décisions qui incarnent un préjugé de la part d’une majorité hétérosexuelle à l’encontre d’une minorité homosexuelle »¹⁴³ et enfin que, considérant l’article 14 de la Convention, des « traditions, stéréotypes et attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne peuvent, en soi, passer pour constituer une justification suffisante d’une

¹³⁹ Déc. préc. *Fedotova et autres c/ Russie*, § 211 (2023).

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 212 et, cité *mutatis mutandis*, CEDH, 20 juin 2017, *Bayev et autres*, n° 67667/09. L’affaire concernait l’interdiction par la législation russe de la « propagande pour les relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs » dont les requérants estimaient qu’elle violait le droit à la liberté d’expression et constituait une discrimination.

¹⁴¹ Cf. *supra* sur déc. préc. *Oliari et autres c/ Italie* (2015).

¹⁴² Déc. préc. *Fedotova et autres c/ Russie*, § 216 (2023).

¹⁴³ *Ibid.*, § 217. Notamment les décisions précitées *Smith et Grady c/ Royaume-Uni* (1999) ou *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* (1999).

différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle »¹⁴⁴. Le Cour écarte donc le moyen tiré de l'opposition de la population russe à la reconnaissance des couples de même sexe. Enfin, sur la protection des mineurs contre la promotion de l'homosexualité, la Cour reprend les arguments tirés de *Bayev* sur la loi interdisant la « propagande pour les relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs » en estimant que cette loi « [accentue] la stigmatisation et les préjugés et [encourage] l'homophobie, ce qui est incompatible avec les notions d'égalité, de pluralisme et de tolérance qui sont indissociables d'une société démocratique »¹⁴⁵. La Cour conclut donc à la violation de l'article 8. Elle mobilise ainsi les obligations négatives de sa jurisprudence, c'est-à-dire l'interdiction des discriminations et des ingérences injustifiées des autorités publiques dans la vie privée et familiale des couples de même sexe, pour consacrer une véritable obligation positive¹⁴⁶ de protection de ces couples par un statut garantissant des droits effectifs.

b) Une obligation négative de protection contre les discriminations en matière d'adoption, sans consacrer pour autant un droit absolu à l'enfant

En plus de cette obligation positive, la CEDH consacre également et de manière plus classique des obligations négatives, c'est-à-dire l'interdiction des ingérences arbitraires (article 8) et des discriminations (article 14) fondées sur l'orientation sexuelle, en matière d'adoption. Nous l'avons vu, après avoir laissé une marge d'appréciation aux Etats quant à l'adoption d'un enfant par une personne homosexuelle¹⁴⁷, la Cour établit que les différences de traitement insuffisamment justifiées par un but légitime et des moyens proportionnés à ce but¹⁴⁸ constituent des discriminations au sens de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention EDH, et ce à la fois en matière d'autorité parentale¹⁴⁹ et d'adoption pour les personnes homosexuelles¹⁵⁰. Toutefois, elle persiste à ne pas reconnaître de droit absolu à l'adoption ni de droit à l'enfant. Pour ce qui est de l'autorité parentale, la CEDH a établi dans *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* que le fait de retirer

¹⁴⁴ *Idem* ; cf. CEDH, 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et 961/11, § 78. En l'espèce, l'affaire concernait une discrimination en raison du sexe mais mentionnait également l'orientation sexuelle comme critère ne justifiant pas une différence de traitement.

¹⁴⁵ Déc. préc. *Bayev et autres c/ Russie*, § 83 (2017), cité dans déc. préc. *Fedotova et autres c/ Russie*, § 222 (2023).

¹⁴⁶ Déc. préc. *Fedotova et autres c/ Russie*, § 224 (2023).

¹⁴⁷ Déc. préc. *Fretté c/ France* (2002).

¹⁴⁸ Déc. préc. *Hoffmann c/ Autriche* (1993).

¹⁴⁹ Déc. préc. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* (1999).

¹⁵⁰ Déc. préc. *E. B. c/ France* (2008).

celle-ci à un parent homosexuel ou de refuser de la lui accorder en raison de sa vie en couple avec une personne de même sexe constituait une discrimination en raison de l'orientation sexuelle et une violation de l'article 14 combiné à l'article 8. Elle ne va pas à l'encontre de cette décision sur l'autorité parentale à proprement parler, et les affaires dont elle est amenée à connaître concerne de plus en plus l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et un couple de même sexe, via l'adoption.

Le droit français distingue classiquement deux formes d'adoption, l'adoption simple qui conserve le lien de filiation avec les parents d'origine, et l'adoption plénière qui l'efface au profit du parent adoptant. Pour analyser la question plus largement, en se concentrant non pas sur le régime d'adoption mais sur les adoptants eux-même, on peut aussi dégager trois modèles : l'adoption par une seule personne, célibataire au regard du droit ; l'adoption conjointe, par deux personnes mariées ; et enfin l'adoption par une personne de l'enfant de son conjoint ou de sa conjointe, que le premier lien de filiation soit biologique ou non – on parle d'adoption du second parent. Sur ce dernier modèle, il faut rappeler que « conjoint » signifie normalement « époux », l'adoption de l'enfant du conjoint porte donc normalement condition de mariage, or nous avons vu que la Cour ne reconnaît pas un droit au mariage pour les personnes de même sexe. Il apparaît ainsi que le mariage porte un enjeu plus important que le simple caractère symbolique par rapport à la simple union civile : dans les Etats où le mariage des couples de même sexe est possible, il confère automatiquement le droit pour ces couples d'adopter conjointement un enfant¹⁵¹ ou de réaliser une adoption par le second parent, alors qu'une telle adoption est souvent impossible dans les Etats ne le reconnaissant pas¹⁵². Deux arrêts de la CEDH, *Gas et Dubois c/ France*¹⁵³ de 2012 et *X et autres c/ Autriche*¹⁵⁴ de 2013 révèlent cette tension : en substance, la Cour apprécie la légitimité du motif de différence de traitement entre les couples.

¹⁵¹ Code civil français modifié par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe, article 6-1 : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois [...] que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. »

¹⁵² Mais pas toujours : en Allemagne, l'adoption par de l'enfant d'une personne par le partenaire de cette personne est déjà possible depuis 2004 dans le cadre du *Lebenspartnerschaft* (partenariat de vie commune) proposé aux couples de même sexe avant l'adoption du *Ehe für alle* (« mariage pour tous ») en 2017. C'est une des raisons qui explique que l'ouverture du mariage aux couple de même sexe ait été si tardive : les droits conférés par le *Lebenspartnerschaft* était quasiment équivalents à ceux d'un couple marié. C'est aussi une des raisons pour lesquelles l'adoption du *Ehe für alle* a provoqué une opposition bien moins violente qu'en France, la question sensible de l'adoption étant déjà en partie réglée.

¹⁵³ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07.

¹⁵⁴ CEDH, 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n°19010/07.

S'agissant de *Gas et Dubois*, les requérantes sont deux femmes vivant en concubinage, dont l'une d'elle (« la deuxième requérante ») donne naissance – alors qu'elle est déjà en couple avec la première – à un enfant conçu par procréation médicalement assistée (PMA) en Belgique avec un donneur anonyme, donc sans lien de filiation avec son géniteur. Par la suite, les requérantes concluent un PACS, puis la première requérante dépose une requête en adoption simple devant le tribunal compétent, avec le consentement de sa partenaire, la deuxième requérante (mère biologique de l'enfant). Le tribunal estime que les conditions légales de l'adoption sont remplies et que les requérantes s'occupent bien de l'enfant, mais rejette la requête car une adoption simple, si elle ne brise pas le lien de filiation avec la mère biologique, priverait tout de même celle-ci de l'autorité parentale conformément au droit français. En effet, le code civil dispose à l'article 365 :

« L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale [...] à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, lequel en conserve seul l'exercice, sous réserve d'une déclaration conjointe avec l'adoptant devant le greffier en chef du tribunal de grande instance aux fins d'un exercice en commun de cette autorité. [...] »

Or en l'espèce, la première requérante n'est pas la *conjointe*, c'est-à-dire l'épouse, de la deuxième, mais sa concubine, ou plus exactement sa partenaire liée par un PACS. Les requérantes interjettent appel mais le rejet de leur demande est confirmé. La Cour EDH se penche alors sur l'état du droit français en la matière. La loi est claire : une adoption simple prive forcément le parent biologique de son autorité parentale au profit du parent adoptant, à moins que les deux parents cités ne soient mariés. La jurisprudence nationale suit également ce principe en estimant que puisque la possibilité d'une adoption simple sans transfert de l'autorité parentale reposait sur le mariage, les juridictions ayant refusé cette possibilité aux justiciables avaient respecté la loi française et n'avaient pas violé la Convention EDH¹⁵⁵. Les tiers intervenants au procès devant la CEDH, des associations de défense des droits LGBT+, soutiennent que 10 des 47 membres du Conseil de l'Europe autorisent l'adoption par le second parent, ce qui dégagerait un consensus selon lequel « lorsqu'un enfant est élevé par un couple homosexuel stable, la reconnaissance juridique du

¹⁵⁵ Cass, Civ. 1ère, 20 février 2007, n° 06-15.647, confirmé ensuite par plusieurs arrêts notamment Cass. Civ. 1ère, 6 février 2008, n° 07-12948.

statut du deuxième parent renforce le bien-être de l'enfant et assure une meilleure protection de ses intérêts »¹⁵⁶. Mais la Cour EDH suit plutôt le juge français, conformément à sa jurisprudence antérieure. Elle rappelle que pour qu'il y ait une discrimination au regard de l'article 14 de la CESDH, il faut qu'il y ait « une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables » et qu'une « telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹⁵⁷. Or, en l'espèce, elle estime que les requérantes ont été traitées de la même manière que des personnes dans une situation comparable, à savoir un couple pacsé, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Cette décision diffère de *E. B. c/ France*, qui concernait l'adoption par une personne célibataire, légale en droit français, et dont le refus constituait une violation de la CESDH car fondé uniquement sur l'orientation sexuelle. Pour ce qui est de *Gas et Dubois*, la différence de traitement entre un couple marié et un couple pacsé est légitime et proportionnée puisque « le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent [...] et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques »¹⁵⁸ particulières. Certes, l'impossibilité pour les couples de même sexe de se marier à l'époque de la requête pourrait constituer une discrimination, mais la CEDH – nous l'avons vu – refuse de consacrer une obligation positive dans ce sens¹⁵⁹. Ainsi, elle conclut à une absence de violation de l'article 14 combiné à l'article 8 : ce n'est pas à cause de leur orientation sexuelle, mais bien en raison de leur statut de couple pacsé et non marié que les requérantes n'ont pas eu le droit de mener leur projet d'adoption comme elles l'entendaient.

En revanche, telle n'est pas la position du juge européen pour *X. c/ Autriche*. Il s'agit ici de trois requérants : une femme (la première requérante), sa compagne (la troisième requérante) et le fils de celle-ci (le deuxième requérant). Le père du deuxième requérant l'a reconnu mais c'est sa mère (la troisième requérante) qui exerce seule l'autorité parentale. La première requérante souhaite adopter le deuxième, sans rompre pour autant les liens qu'il entretient avec sa mère biologique. Les requérants portent une requête devant la Cour constitutionnelle autrichienne pour qu'elle déclare contraire à la

¹⁵⁶ Déc. préc. *Gas et Dubois c/ France*, § 55 (2012).

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 58.

¹⁵⁸ *Ibid.*, § 68. Sur la question de la spécificité du mariage, la CEDH cite *mutatis mutandis* ses arrêts du 29 avril 2008 (Gr. Ch.) *Burden c/ Royaume-Uni*, n°13378/05, § 63, ainsi que du 27 avril 2000, *Shackell c/ Royaume-Uni*, n° 45851/99.

¹⁵⁹ Déc. préc. *Schalk et Kopf c/ Autriche* (2010).

Constitution l'article 182 § 2 du code civil¹⁶⁰ « qui pouvait être interprété comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire sans que le lien de l'enfant avec ce dernier – parent biologique du même sexe que l'adoptant – ne s'en trouve rompu »¹⁶¹. Les requérants arguent que cette disposition est discriminatoire puisqu'elle permet, hors du mariage, l'adoption coparentale pour les couples hétérosexuels, mais pas pour les couples homosexuels. La Cour constitutionnelle déclare leur requête irrecevable et les redirige vers le tribunal de première instance compétent, qui refuse d'homologuer la convention d'adoption en invoquant la clarté de la loi et la marge d'appréciation laissée aux Etats par la CEDH en matière d'adoption par des couples de même sexe. Les requérants interjettent appel puis se pourvoient en cassation où la Cour suprême rejette également leur demande, mobilisant essentiellement les mêmes arguments que le tribunal et rappelant que la CEDH avait établi¹⁶² que l'adoption avait pour but de donner une famille à un enfant et pas un enfant à une famille, que l'intérêt supérieur de l'enfant devait donc être le principe sur lequel se fonde sa décision et qu'en l'état, l'article 182 §2 du Code civil n'allait pas à l'encontre de ce principe, ni ne comportait un flou juridique à combler pour satisfaire les couples de même sexe.

Saisie après l'épuisement des voies de recours internes, la CEDH examine l'affaire à l'aune de sa propre jurisprudence sur l'adoption par des personnes en couple homosexuel, qu'il s'agisse d'une adoption monoparentale ou par la conjointe de la mère. Elle estime qu'il n'y a pas lieu de comparer la situation de requérantes avec celle d'un couple marié – en suivant sa jurisprudence, une différence de statut selon que le couple soit marié ou non est légitime et proportionnée¹⁶³ – mais plutôt avec celle d'un couple hétérosexuel non-marié. Elle pose ensuite la question de la différence de traitement. Le droit autrichien permet l'adoption monoparentale ainsi que l'adoption coparentale pour les couples hétérosexuels, et l'article 182 §2 du code civil permet l'adoption de l'enfant d'une personne par son partenaire non marié sans rupture des liens familiaux, dans le cas d'un couple

¹⁶⁰ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, art. 182 § 2 : « En cas d'adoption d'un enfant par un couple marié, les liens juridiques familiaux – autres que le lien de filiation lui-même – existant entre, d'une part, les parents biologiques et les membres de leur famille, et, d'autre part, l'enfant adopté et ceux de ses descendants qui sont mineurs au moment où l'adoption prend effet, sont rompus à ce moment, sous réserve des exceptions prévues à l'article 182a. Dans le cas où l'enfant n'est adopté que par un père adoptif (ou une mère adoptive), seuls ses liens familiaux avec son père biologique (ou sa mère biologique) et la famille de celui-ci (ou de celle-ci) sont rompus. Dans le cas où les liens avec l'autre parent subsistent après l'adoption, le juge les déclare rompus si le parent concerné y consent. La rupture des liens intervient à la date où la déclaration de consentement est formulée, sans pouvoir être antérieure à la date de prise d'effet de l'adoption. »

¹⁶¹ Déc. préc. *X. et autres c/ Autriche*, § 12 (2013).

¹⁶² Déc. préc. *Fretté c/ France* (2002).

¹⁶³ Déc. préc. *Gas et Dubois c/ France* (2012).

hétérosexuel seulement. Un statut juridique de type PACS existe pour reconnaître les couples de même sexe mais ne leur permet pas l'adoption coparentale ni de l'adoption de l'enfant du partenaire. La CEDH estime ainsi que si les requérantes avaient été un couple hétérosexuel, les juridictions nationales n'auraient pu leur opposer de refus. Dès lors, la différence de traitement comparé à un couple hétérosexuel non marié est caractérisée. Il s'agit ensuite de voir si cette différence de traitement constitue une discrimination au sens de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention. La Cour rappelle que l'adoption par la conjointe de la mère n'a pas pour but, comme les adoptions monoparentales ou conjointes, de créer des liens entre des personnes qui ne se connaissent pas, mais bien de reconnaître et de protéger juridiquement des situations familiales de fait, un objectif qu'elle a déjà jugé particulièrement important¹⁶⁴. En l'espèce, comme dans *E. B. c/ France*, la Cour admet que l'intérêt supérieur de l'enfant et la protection de la famille traditionnelle sont en soi des buts légitimes, mais que les moyens mis en oeuvre pour les défendre sont disproportionnées au regard de leur ingérence dans la vie privée et familiale des requérants ainsi que de leur caractère discriminatoire, la différence de traitement se fondant exclusivement sur l'orientation sexuelle des requérantes. Il y a donc violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention puisque l'Autriche n'a pas satisfait à son obligation négative de protection des couples de même sexe contre les discriminations en matière d'adoption.

Sur les questions de parentalité, au législateur de régler la question des statuts, à la Cour d'apprécier les différences de traitement purement fondées sur l'orientation sexuelle à situation juridique égale pour assurer le plus possible une égalité de fait. Toutefois, l'égalité *de jure* vient en principe avant l'égalité *de facto*, pour poser le cadre de sa réalisation : tant que l'égalité n'est pas atteinte en droit interne notamment sur les questions du mariage auxquelles sont souvent liées l'adoption, le juge européen est relativement impuissant à garantir une égalité effective des situations entre couples de même sexe et couples de sexe opposé.

¹⁶⁴ Déc. préc. X. et autres c/ Autriche, § 145. La Cour cite ses arrêts du 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01 et du 25 janvier 2007, *Eski c/ Autriche* n° 21949/03.

2. La délicate question du mariage : entre marge nationale d'appréciation et « division du travail » de réforme juridique

a) L'immobilisme du juge de la CEDH sur la question du mariage à la lumière de la marge nationale d'appréciation

Si le juge européen des droits de l'homme se pose en gardien du droit à un statut protecteur pour les couples de même sexe, il n'a pas la même attitude concernant le mariage. Nous l'avons vu dans *Schalk et Kopf c/ Autriche*, il fait preuve de prudence en l'absence de consensus européen. Depuis cette décision, la CEDH a toujours refusé de consacrer un droit au mariage que ce soit par une obligation négative ou positive, au nom de la notion prétorienne de « marge nationale d'appréciation » qui « vise à concilier une norme commune défendue par la Convention avec la sauvegarde du pluralisme juridique »¹⁶⁵. Il existe deux raisons qui amènent le juge de Strasbourg à accorder une marge étendue aux Etats : une absence de consensus en Europe¹⁶⁶ et des questions sensibles, car ayant trait à des enjeux éthiques ou moraux. C'est le cas par exemple sur la gestation pour autrui¹⁶⁷ ou l'euthanasie¹⁶⁸. À l'inverse, les questions liées à l'identité font l'objet d'un contrôle important du juge et donc d'une marge nationale d'appréciation étroite, comme cette analyse l'a montré sur l'orientation sexuelle par exemple¹⁶⁹.

Pour le mariage des couples de même sexe donc, la CEDH affirme une marge nationale d'appréciation étendue. Dans *Schalk et Kopf c/ Autriche*, elle explicite sa démarche en matière de marge d'appréciation :

« [d'une part], comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Karner*, précité, § 37, *L. et V. c. Autriche*, précité, § 45, et *Smith et Grady*, précité, § 90). D'autre part, la marge d'appréciation accordée à l'Etat au titre de la Convention est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Stec et autres c. Royaume-Uni*). »¹⁷⁰

¹⁶⁵ Coustet T., « CEDH : les États bénéficient d'une "marge d'appréciation étendue" », *Dalloz Actualités*, 21 décembre 2017.

¹⁶⁶ CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, 156/1996/775/976.

¹⁶⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11.

¹⁶⁸ CEDH, 19 juillet 2012, *Koch c/ Allemagne*, n° 497/09.

¹⁶⁹ Déc. préc. *Dudgeon c/ Royaume-Uni* (1981).

¹⁷⁰ Déc. préc. *Schalk et Kopf c/ Autriche*, § 97 (2010).

En l'espèce, la Cour constate qu'il n'existe pas de consensus européen et que la question du mariage est une question sensible, ce qui la conduit à finalement rejeter la requête. Elle suit sensiblement le même raisonnement dans un arrêt de 2017, *Orlandi et autres c/ Italie*¹⁷¹. L'affaire regroupe douze requérants, tous en couple homosexuel. Les premières requérantes, Mmes Orlandi et Mortagna, italiennes, se marient au Canada, puis rentrent en Italie et s'installent ensemble. Elles tentent de faire enregistrer leur mariage sur leur état civil, ce que leur commune refuse, invoquant l'impossibilité en droit italien de reconnaître des mariage de couples de même sexe, impossibilité consacrée par la doctrine et la jurisprudence bien que la loi ne spécifie pas que les couples mariés doivent être de sexe opposé ; ainsi qu'une circulaire du ministère de l'Intérieur précisant qu'un mariage homosexuel conclu à l'étranger dont un des deux époux est italien ne peut pas être enregistré en Italie pour des raisons d'ordre public. Les cinq autres couples connaissent des situations similaires : ce sont des Italiens mariés avec leur partenaire de même sexe au Canada, en Californie ou aux Pays-Bas, et qui tentent de faire enregistrer leur mariage en Italie. Devant le refus des communes, certains demandent une transcription sous la forme d'une union civile, demandes restées sans effets au jour de la requête devant la CEDH selon les requérants, mais dont le Gouvernement affirme qu'elles ont été accordées. Deux des requérants, MM. Garullo et Ottocento, portent une requête devant le tribunal compétent, puis interjettent appel et enfin se pourvoient en cassation. La Cour de cassation rejette également leur demande : elle admet – en se fondant sur la jurisprudence de la CEDH *Schalk et Kopf* sur la liberté d'appréciation des Etats – qu'un mariage entre personnes de même sexe célébré à l'étranger puisse être valide, mais dit qu'il ne peut pas être enregistré en Italie puisqu'il n'y donne lieu à aucun statut ou droits effectifs¹⁷². Contrairement aux autorités municipales qui avaient refusé l'enregistrement du mariage de Mmes Orlandi et Mortagna, la Cour de cassation précise que ce refus ne pouvait être légitimement fondé sur le motif de trouble à l'ordre public tel que prévu dans la circulaire mentionnée par les autorités municipales, mais qu'il était simplement une conséquence de l'impossibilité de reconnaître une telle union comme un mariage dans l'ordre juridique italien¹⁷³. Ainsi, le juge de cassation italien tente de trouver une position plus neutre que celle du gouvernement mentionnant explicitement l'ordre public : le mariage d'un couple de même sexe – en l'occurrence la reconnaissance d'un mariage déjà conclu à l'étranger –

¹⁷¹ CEDH, 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c/ Italie*, n° 26431/12; 26742/12; 44057/12; 60088/12.

¹⁷² Italie, *Corte suprema de cassazione*, 15 mars 2012, n° 4184/12.

¹⁷³ *Ibid.*, cité dans déc. préc. CEDH *Orlandi et autres c/ Italie*, § 63 (2017).

est impossible tout simplement parce que la loi ne le prévoit pas : le juge national est bouche de la loi¹⁷⁴. On peut estimer qu'en décidant ainsi, comme il est ressorti plusieurs fois des affaires étudiées, le juge national s'en remet d'une part au législateur, d'autre part au juge européen des droits de l'homme.

En l'espèce, la CEDH conserve la posture prudente qu'elle avait déjà adoptée pour *Schalk et Kopf* en 2010. Les requérants, arguant une violation des articles 8, 12 et 14 de la Convention EDH, estimaient qu'ils étaient dans la même situation de départ que des couples hétérosexuels mariés à l'étranger souhaitant faire reconnaître leur mariage en Italie, et que le refus qui leur avait été opposé constituait un traitement « différent et désavantageux [...] interférant avec leur droit à la vie familiale et avec leur droit au mariage puisque la décision des autorités avait compromis une relation de mariage conclue par deux adultes consentants pour réguler leur vie privée et familiale »¹⁷⁵, citant *mutatis mutandis* l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*¹⁷⁶ de 2011. La Cour EDH, face à ces arguments, réitère la liberté des Etats de réserver le mariage aux couples de sexe opposé et ainsi le refus de transcrire le mariage en l'absence de dispositions internes. Elle dit aussi que le gouvernement italien est toujours tenu de proposer des statuts juridiques protecteurs et effectifs aux couples de même sexe, selon l'obligation positive tirée de la jurisprudence *Oliari*. En ce sens, elle conclut bien à une violation de l'article 8 sur le fait que les autorités compétentes, en refusant la transcription du mariage conclu à l'étranger, n'ont pas proposé ou en tout cas pas rendu effectifs les pactes d'union civile prévus par la loi, et ont ainsi laissé les requérants dans un « vide juridique »¹⁷⁷. La protection du statut des couples de même sexe peut ainsi être regardée comme de plus en plus importante, avec une marge nationale d'appréciation étroite et une obligation positive confirmée¹⁷⁸, mais la question du mariage reste pour la Cour une zone de liberté d'appréciation laissée aux Etats.

À la lecture des arrêts, cette situation est presque frustrante tant le juge européen trouve des raisons pour qualifier l'attitude des autorités nationales d'ingérence illégitime dans la vie privée et familiale, par exemple en affirmant que la notion d'ordre public invoquée par le

¹⁷⁴ Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748 : « Les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

¹⁷⁵ Déc. préc. *Orlandi et autres c/ Italie*, § 149 (2017).

¹⁷⁶ CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, n° 56759/08. L'affaire ne concernait pas un mariage mais l'adoption d'un homme majeur par son oncle, à savoir « une relation que deux personnes adultes et consentantes avaient créée pour régir leur sphère de vie privée et familiale », § 57.

¹⁷⁷ Déc. préc. *Orlandi et autres c/ Italie*, § 209 (2017).

¹⁷⁸ Cf. *supra* p. 46-50.

gouvernement ne suffit pas à justifier une telle ingérence¹⁷⁹, mais la Cour est claire : marge étroite sur la protection du statut et des droits, marge large sur le mariage. Pourquoi cette position catégorique ? Nous l'avons vu, la Cour recherche avant tout le consensus entre les Etats européens, consensus qui n'existe pas au moment d'*Orlandi*, ni aujourd'hui. Elle rappelle que 15 Etats membres du Conseil de l'Europe seulement sur 47 autorisent le mariage des couples de même sexe, et 19 les unions civiles. Sur les unions civiles, on voit bien que le consensus n'est pas non plus caractérisé, mais la Cour a tout de même une véritable volonté de protection. Ce qu'elle évite en restant neutre sur la question du mariage, c'est l'aspect symbolique voire moral de la question : sa priorité n'est pas le débat sociétal ni l'enjeu militant d'une égalité des terminologies et des statuts entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels, mais bien la garantie d'une protection effective, « mieux que rien », qui tend d'ailleurs à s'accroître avec des statuts de plus en plus protecteurs. Nous l'avons vu plus haut, de nombreux Etats ne respectent pas l'obligation positive d'accorder un statut protecteur aux couples de même sexe, il serait donc vain de déclarer une pareille obligation sur la question du mariage, puisqu'elle serait vraisemblablement encore moins respectée. Enfin, il s'agit d'une question politique, hautement spécifique à la particularité du Conseil de l'Europe. Son aire géographique est en effet très étendue – de l'Islande à la Turquie – et ses membres extrêmement divers, notamment sur le plan culturel, encore plus que ceux de l'Union européenne qui le sont pourtant déjà – *in varietate concordia* ! La posture prudente de la CEDH en matière de mariage des couples de même sexe et d'autres questions sensibles est donc un enjeu de légitimité, surtout dans la mesure où son texte de référence, la Convention EDH, ne mentionne pas ces questions : la jurisprudence est déjà largement interprétative, encore faut-il s'assurer de ne pas trop s'éloigner de l'esprit du texte, qui est la base de l'adhésion des Etats. Si la question devait être considérée sous un prisme utopique et quelque peu naïf, une évolution pourrait en théorie avoir lieu par la voie de la modification des traités, mais dans les faits un tel travail conventionnel est très long, extrêmement lourd et très peu susceptible d'aboutir au vu du nombre de parties (46) et de leurs divergences. La voie la plus plausible reste donc le revirement jurisprudentiel : en effet, si la CEDH conserve pour l'instant sa posture originelle de *Schalk et Kopf*, la densité du contentieux sur la question,

¹⁷⁹ Déc. préc. *Orlandi et autres c/ Italie*, § 200 (2017).

très investie par les requérants – y compris dans une posture militante – représente une incitation à agir de plus en plus forte pour le juge¹⁸⁰.

b) L'attitude volontariste du juge national face à l'inertie du juge européen

Nous avons vu que dans la plupart des arrêts précités, le requérant conteste la décision des juridictions nationales. Le plus souvent, ces dernières sont bridées par le statut du juge, plus volontiers « bouche de la loi » que créateur de droit dans les systèmes de droit continentaux. En France par exemple, l'article 5 du Code civil interdit clairement au juge de créer du droit¹⁸¹, et de manière générale c'est le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui le fait. Cela étant dit, on voit bien dans les décisions examinées par la CEDH que le juge national est conscient des insuffisances du droit écrit à répondre à l'évolution de la société et notamment au développement de modèles de couples qui s'éloignent du mariage traditionnel, en premier lieu les couples de même sexe. Ainsi, face à l'inertie du juge européen qui est bridé par sa recherche de consensus, et à l'obsolescence de l'ordre juridique interne, c'est parfois au juge national que revient la charge de faire évoluer le droit, en coopération plus ou moins « musclée » avec le législateur.

Tel est particulièrement le cas du juge constitutionnel, qui dans son activité ordinaire est déjà dans un dialogue perpétuel avec le législateur. Ainsi, en validant la constitutionnalité d'une loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe après en avoir été saisi par les forces parlementaires opposées au projet ou à la proposition de loi¹⁸², il entérine la loi et permet son entrée en vigueur. Toutefois, Christian Behrendt, en étudiant les juges constitutionnels français, allemand et belge, estime que l'effet des décisions des cours ou tribunaux constitutionnels n'est pas seulement pertinent dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité de textes déjà existant « mais peut aussi opérer *ad futurum*, c'est-à-dire peut avoir une incidence sur l'adoption ou le contenu de normes législatives que le pouvoir législatif n'a pas encore produites »¹⁸³. Pour analyser cette tendance, il développe la notion d'interférence, définie comme « l'incidence d'une décision d'une juridiction

¹⁸⁰ Sur cette question de la légitimité de la Cour et de la marge d'appréciation, notre réflexion a été enrichie par une discussion avec M. Delaporte, juriste français à la CEDH (entretien n°2).

¹⁸¹ France, Code civil, art. 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »

¹⁸² Cf., pour la France, Cons. const. du 17 mai 2013, n° 2013-669 DC ; pour l'Espagne *Tribunal constitucional de España*, 6 novembre 2012, n° 198/2012 ; pour le Portugal, *Tribunal constitucional*, 8 avril 2010, n° 121/2010 ; pour l'Allemagne *Bundesverfassungsgericht*, 4 juin 2017, 2 BvQ 29/17.

¹⁸³ Behrendt C., « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006, § 4.

constitutionnelle sur l'activité normative future d'un organe législatif »¹⁸⁴. Ce concept est tiré de la notion d'habilitation développée par Kelsen, selon lequel « “habiliter” signifie conférer un pouvoir juridique, c'est-à-dire la faculté de créer du droit »¹⁸⁵. Ainsi, le juge constitutionnel « interfère » avec le législateur, à qui revient en principe la création de droit, en se saisissant lui-même d'une activité normative, en s'auto-habilitant. Toutefois, cette habilitation n'est pas forcément frontale, sans quoi elle pourrait être mal reçue par le législateur. Behrendt distingue ainsi les interférences selon leur force contraignante. Les interférences qui ont un caractère permissif, c'est-à-dire qu'elles font simplement savoir au législateur qu'il est habilité à produire des normes dans un sens, avec parfois une dimension d'encouragement, sont appelées « lignes directrices » tandis que les interférences obligatoires, c'est-à-dire imposées par une norme juridique, sont appelées « injonctions »¹⁸⁶. Concernant la question du mariage des couples de même sexe, il est clair que les juges constitutionnels ont davantage recours aux lignes directrices, qui traduisent le respect du juge pour la compétence normative du législateur.

Dans de nombreux États d'Europe (majoritairement de l'Ouest), le juge constitutionnel a eu ce rôle d'incitation du législateur. C'est le cas par exemple au Portugal : le code civil portugais mentionnait l'altérité des sexes comme condition du mariage¹⁸⁷ alors que la Constitution ne la précisait pas. En 2009, le tribunal constitutionnel est saisi d'une requête par deux femmes en couple qui souhaitent se marier et contestent le refus qui leur a été opposé sur la base du code civil. Elles demandent au juge s'il existe une obligation constitutionnelle pour le législateur d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Le Tribunal constitutionnel répond par la négative¹⁸⁸. Toutefois, il rappelle que la Constitution propose une définition large du mariage et qu'il ne s'agit pas d'une institution figée¹⁸⁹. Ainsi, il invite le législateur à modifier le code civil, en précisant qu'une telle modification serait constitutionnelle : il s'agit bien d'une interférence permissive ou ligne directrice. Telle est également l'attitude du Conseil constitutionnel français saisi en 2010 d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur la conformité des articles 75 et 144 du Code civil – mentionnant explicitement « le mari » ou « l'homme » d'une part, « la femme

¹⁸⁴ *Ibid.*, § 8.

¹⁸⁵ Kelsen H., *Théorie pure du droit*, 1962, p. 188.

¹⁸⁶ Behrendt C., *op. cit.*, § 13 et 14.

¹⁸⁷ Portugal, code civil, art. 1577 : « le mariage est un contrat conclu entre deux personnes de sexe différent ».

¹⁸⁸ Portugal, *Tribunal constitucional* (tribunal constitutionnel), 9 juillet 2009, n° 359/2009.

¹⁸⁹ « *A frozen institution* », « *the Portuguese Constitution provided a broad definition on marriage* », Sperti A., 'The Path Towards Equal Marriage : On the Dialogue Between Courts and Legislators in some European Countries' in *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Bloomsbury, 2017, p. 90.

» d'autre part – à la Constitution. Il estime que ces dispositions ne violent pas la Constitution et surtout « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte [...] de cette différence de situation »¹⁹⁰. Ainsi, le juge constitutionnel ne fait pas preuve comme cela pourrait être perçu à première vue de lâcheté en la matière mais bien d'une forme d'incitation du législateur, par la voie de l'interférence permissive. Ce qui permet de répondre à la crainte d'un « gouvernement des juges » qui déposséderait le législateur de son pouvoir de décision¹⁹¹ : c'est au contraire en s'auto-limitant que le juge constitutionnel restitue au Parlement son *pouvoir* normatif et lui rappelle son *devoir* de prendre des initiatives de modification du droit conformément à la volonté majoritaire.

Le juge constitutionnel autrichien suit la même logique mais va encore plus loin. Dans la continuité de l'affaire *Schalk et Kopf*, les débats s'intensifient sur la question du mariage des couples de même sexe en Autriche. Un projet de loi est présenté par le parti écologiste en 2013, mais rejeté en 2015 et c'est finalement la Cour constitutionnelle qui le rend possible en 2019. Elle est saisie d'une recours par deux femmes souhaitant se marier et, le 4 décembre 2017, rend un arrêt selon laquelle l'interdiction du mariage des couples de même sexe « viole le principe de l'égalité et de la non-discrimination des personnes sur la base de qualités personnelles telles que l'orientation sexuelle »¹⁹². Pour Alice Mauras, cette jurisprudence constitue également une ligne directrice, mais en l'espèce « le juge [constitutionnel autrichien] suggère l'intervention du législateur en prononçant une abrogation différée de la disposition législative »¹⁹³, c'est-à-dire en laissant la possibilité au législateur d'abroger les dispositions du code civil qui définissaient le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme avant le 31 décembre 2018. Le parlement ne se saisissant pas de la question, c'est bien par l'action du juge qu'au 1er janvier 2019, ces dispositions sont abrogées et le mariage des couples de même sexe légalisé. Ainsi, il nous semble que le juge constitutionnel autrichien, sans utiliser le mécanisme d'injonction en tant que tel comme peut le faire le juge administratif par exemple, va tout de même au-delà de la simple ligne directrice puisqu'il prend l'initiative, devant l'inertie et du juge européen et du législateur, de rendre le mariage pour les couples de même sexe légal et constitutionnel à compter du 1er janvier 2019.

¹⁹⁰ Cons. const., 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC, considérant 9.

¹⁹¹ Behrendt C., *op. cit.*, § 24.

¹⁹² Autriche, *Verfassungsgerichtshof* (cour constitutionnelle), 4 décembre 2017, n° 258/2017.

¹⁹³ Mauras A., « Le mariage entre personnes de même sexe devant le juge », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019 chron. n°08, II. A/ « L'intervention du législateur imposée par le juge ».

Plus largement et pour conclure la réflexion sur les effets des droits consacrés par la CEDH, le bilan est en demi-teinte : certes, la Cour garantit le droit des couples de même sexe à être protégé par un statut porteur de droits effectifs, ainsi que le droit à ne pas subir de discriminations en matière d'adoption, mais sa protection rencontre tout de même des limites, justifiées par la marge nationale d'appréciation, qui laissent au législateur – ou le cas échéant, au juge national – le soin de régler la question du mariage et celles qui en découlent. Si l'on peut regretter ces limites, il faut voir l'effectivité des droits : le bilan européen est globalement encourageant – du moins du point de vue d'une posture progressiste – dans les États « de l'Ouest » où le législateur et le juge national n'ont finalement pas trop de mal à se saisir des questions relatives aux droits des couples de même sexe¹⁹⁴ ; mais tel n'est évidemment pas le cas dans tous les États d'Europe centrale et de l'Est, beaucoup moins protecteurs, et nous verrons dans la dernière partie de cette analyse que la différence des droits liée à la variété des États peut poser des problèmes complexes au juge dans sa démarche de garantie des droits en Europe.

B/ Rivalité des normes, matières nouvelles : le juge face au flou juridique

Même si le juge de la CEDH joue un rôle très important de révélateur et d'interprète des droits de la Convention, certains sujets restent complexes. Face aux logiques d'internationalisation des sociétés (1) et à l'augmentation du contentieux dans des matières nouvelles (2), le juge n'a d'autre solution pour éviter le déni de justice que de créer du droit, en interprétant largement les normes nationales et internationales.

1. L'arbitrage entre des normes rivales à l'ère de l'internationalisation

Dans un contexte de forte mobilité géographique se posent les questions de l'internationalisation de la norme et de la rivalité entre des normes de différents États, qui peuvent vite devenir un enjeu politique en plus d'être un problème juridique. Nous verrons tout d'abord que le juge européen, face aux hésitations du juge national, protège les couples de même sexe contre les discriminations dont ils pourraient être victime en matière d'immigration et de libre circulation (a) puis les arbitrages du juge national en cas de rivalité des normes entre plusieurs États, y compris hors d'Europe (b).

¹⁹⁴ Même si l'Italie résiste encore et toujours à une ouverture du mariage.

a) *La position protectrice des juges européens sur les litiges en matière d'immigration et de libre-circulation*

Le nombre de couples formés de personnes de nationalité différente augmente, comme les échanges migratoires entre les Etats, qu'il s'agisse d'installations permanentes ou temporaires. Ainsi, des litiges peuvent exister entre les autorités publiques d'un Etat et des personnes ou actes régis par des droits nationaux différents. On l'a déjà vu par exemple dans l'arrêt *Orlandi et autres c/ Italie* où le juge de la CEDH avait refusé de transcrire le mariage conclu entre personnes de même sexe à l'étranger en droit italien. D'autres affaires comparables traitent cette fois-ci directement des questions de permis de séjour accordés au titre du regroupement familial, qui peuvent poser problème lorsque les couples de même sexe ne sont pas inclus dans le regroupement familial dans certains ordres juridiques nationaux.

C'est le cas dans l'affaire *Taddeucci et McCall c/ Italie*¹⁹⁵ jugée en 2016. Les requérants sont un couple d'hommes non mariés dont l'un est italien et l'autre néo-zélandais. Après s'être rencontrés en Nouvelle-Zélande, ils souhaitent s'installer en Italie, et le requérant néo-zélandais obtient d'abord un permis de séjour étudiant temporaire, puis demande un permis de séjour pour raison familiale. Les autorités italiennes le lui refusent car il ne remplit pas les conditions prévues par la loi pour un regroupement familial, qui ne s'applique qu'aux conjoints (époux) et non aux concubins ; or les requérants ne sont pas mariés et la loi italienne ne permet pas le mariage des couples de même sexe. MM. Taddeucci et McCall forment un recours devant le tribunal civil compétent, qui leur donne raison. Il observe que le premier requérant, italien, avait eu droit à un permis de séjour en sa qualité de concubin en Nouvelle-Zélande ; que les couples non mariés sont une réalité sociale de plus en plus acceptée et une situation juridique de plus en plus protégée en Italie ; que conformément au droit italien et au droit de l'UE¹⁹⁶, un permis de séjour devait donc être octroyé à M. McCall. Le ministère des Affaires étrangères interjette appel de ce jugement devant la Cour d'appel qui l'annule, estimant que ni la loi néo-zélandaise, ni la directive européenne de 2004 ne forçaient l'Italie à reconnaître les couples de même sexe comme éligibles au regroupement familial. Les requérants se pourvoient donc en cassation, mais voient leur demande rejetée. La Cour de cassation rappelle qu'en droit italien le

¹⁹⁵ CEDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c/ Italie*, n° 51362/09.

¹⁹⁶ Directive 2004/38/EC du 29 mai 2004, art. 3 et 10 qui reconnaissent le droit pour le partenaire d'un citoyen de l'UE d'obtenir un permis de séjour lorsque l'existence d'une relation durable est dûment attestée.

concept de « membre de la famille » ne s'applique qu'aux époux, enfants mineurs et autres membres de la famille ne pouvant subvenir à leurs besoins seuls dans leur pays d'origine. La Cour italienne estime aussi que la Convention EDH ne requiert pas une interprétation large de cette notion en vertu de l'importante marge nationale d'appréciation accordée par la CEDH en matière de contrôle de l'immigration ; que le refus d'octroyer un permis de séjour à un partenaire non-marié ne relevait pas d'une discrimination en raison de l'orientation sexuelle mais d'une incompatibilité de statut, et que la décision des autorités italiennes aurait été la même s'agissant d'un couple hétérosexuel non marié¹⁹⁷.

Les requérants portent donc le litige devant la CEDH sous l'angle de la violation de l'article 14 combiné à l'article 8. Comme à son habitude, la Cour apprécie donc d'abord la différence de traitement de personnes dans des situations similaires, puis sa justification objective et raisonnable. En général, la première est caractérisée mais non justifiée ; ici, la situation est un peu plus complexe. En effet, la Cour estime d'abord qu'en droit, il n'y a pas de différence objective de traitement entre un couple homosexuel non marié et un couple hétérosexuel non marié puisque la loi sur le regroupement familial dispose expressément qu'il s'applique seulement aux *époux*. Toutefois, de fait, les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage ; il y a donc une différence de situation entre un couple de sexe opposé ayant accès au mariage mais ne souhaitant pas se marier et un couple de même sexe souhaitant peut-être se marier mais n'ayant pas accès au mariage¹⁹⁸. Sur cette question, la Cour EDH observe que les requérants, peu après la décision de la Cour de cassation, ont déménagé aux Pays-Bas et se sont mariés, un argument qui appuie la différence de traitement réservé en Italie aux couples hétérosexuels et homosexuels¹⁹⁹. Pour ce qui est de la justification objective et raisonnable de cette différence, la Cour rappelle la marge d'interprétation étroite laissée aux Etats en matière de discriminations fondée sur l'orientation sexuelle²⁰⁰, alors que le gouvernement italien défendeur comptait sur la marge d'appréciation large en matière de protection de la famille traditionnelle et de mariage²⁰¹. La CEDH admet cette marge mais remarque que « c'est précisément l'impossibilité pour les couples homosexuels d'obtenir une forme de reconnaissance juridique de leur relation qui a placé les requérants dans une situation différente de celle

¹⁹⁷ Italie, *Corte di cassazione*, 17 mars 2009 ; déc. préc. *Taddeucci et McCall c/ Italie*, § 21-22 (2016).

¹⁹⁸ Déc. préc. *Taddeucci et McCall c/ Italie*, §83 (2016).

¹⁹⁹ Voir, *mutatis mutandis*, la décision précitée *Oliari et autres c/ Italie* (2015).

²⁰⁰ Voir les décisions précitées, notamment *Salgueiro da Silva c/ Portugal* (1999), *Karner c/ Autriche* (2003), *E. B. c/ France* (2008) et *X et autres c/ Autriche* (2013).

²⁰¹ Déc. préc. *Schalk et Kopf c/ Autriche* (2010), *Orlandi et autres c/ Italie* (2017).

des couples hétérosexuels non mariés »²⁰² ; or il s'agit d'une obligation positive pour les Etats consacrée par *Oliari*. En fait, c'est justement le fait d'avoir traité les couples homosexuels non mariés *comme* les couples hétérosexuels non mariés qui constitue une discrimination : dans ce cas d'espèce, les autorités italiennes *auraient dû* opérer une différence de traitement puisqu'il y avait manifestement une différence de situation²⁰³. À la lumière de l'important consensus existant en Europe autour de la reconnaissance des concubins de même sexe comme membres de la famille et de ce manquement des autorités italiennes, la CEDH conclut à la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention EDH, et ainsi applique l'obligation positive de reconnaissance des couples de même sexe à la situation du regroupement familial.

Dans une affaire jugée la même année et aux faits similaires, *Pajić c/ Croatie*²⁰⁴, la différence de traitement est spécifique au regroupement familial. Le droit croate reconnaît en effet les relations de couples non mariés, qu'il soient de même sexe ou de sexe opposé, mais réserve « expressément la possibilité de solliciter un permis de séjour pour regroupement familial aux personnes en couple hétérosexuel, mariées ou non »²⁰⁵, ce qui constitue une discrimination flagrante fondée sur l'orientation sexuelle. En l'espèce, la discrimination n'était pas justifiée par un but légitime et des moyens proportionnés, la Cour conclut donc également à la violation de l'article 14 de la Convention et condamne la Croatie.

Si nous nous sommes surtout concentrés sur la Cour européenne des droits de l'homme dans cette analyse, il s'avère qu'en matière d'immigration et de libre circulation, la Cour de justice de l'Union européenne a également eu un rôle central, avec l'arrêt *Coman*²⁰⁶ de 2018. Il s'agit d'un renvoi préjudiciel²⁰⁷ de la Cour constitutionnelle de Roumanie pour une affaire concernant le droit à la libre circulation des citoyens de l'UE et de leur famille. Dans l'affaire *Taddeucci* précitée, la différence de traitement venait de l'impossibilité du mariage, dans *Pajić* elle était explicitement liée à l'orientation sexuelle des requérants mais spécifique au regroupement familial. Pour *Coman*, il s'agit plutôt d'un problème d'incompatibilité du droit national avec un mariage conclu à l'étranger, un peu

²⁰² Déc. préc. *Taddeucci et McCall c/ Italie*, § 95 (2016).

²⁰³ *Ibid.*, § 96.

²⁰⁴ CEDH, 2 février 2016, *Pajić c/ Croatie*, n° 68453/13.

²⁰⁵ *Ibid.*, § 74.

²⁰⁶ CJUE, Gr. Ch., 2 juin 2018, C-673/16 (*Coman*).

²⁰⁷ Un de types de recours possibles devant la CJUE, prévu par l'article 267 du TFUE ainsi que les articles 93 à 114 des règles de procédures de la Cour.

comme dans *Orlandi*, mais avec une portée différente. Dans l'affaire initiale, les requérants sont M. Coman, roumain, et M. Hamilton, étasunien. Ils se rencontrent aux États-Unis et forment un couple, puis se marient en Belgique en 2010. Le couple demande ensuite aux autorités roumaines d'accorder un permis de séjour de plus de trois mois à M. Hamilton, pour pouvoir vivre ensemble en Roumanie. Les autorités ne délivrent qu'un permis de trois mois « car, s'agissant de personnes de même sexe, le mariage n'est pas reconnu, conformément au code civil, et que, par ailleurs, la prolongation du droit de séjour temporaire de M. Hamilton en Roumanie ne saurait être accordée au titre du regroupement familial »²⁰⁸. Les requérants contestent cette décision devant le tribunal local compétent en arguant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et en soulevant une exception d'inconstitutionnalité. Le tribunal saisit donc la Cour constitutionnelle qui surseoit à statuer et pose à la CJUE quatre questions préjudicielles :

- La notion de « conjoint » au sens de la directive 2004/38 – qui prévoit la libre circulation des conjoints de citoyens de l'UE – s'applique-t-elle à un ressortissant d'un État non membre de l'Union européenne, de même sexe que le citoyen de l'Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil ?
- En cas de réponse affirmative, la directive 2004/38 exige-t-elle que l'État membre d'accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union européenne ?
- En cas de réponse négative à la première question, un ressortissant d'un État non membre de l'Union européenne, de même sexe que le citoyen de l'Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d'un État membre autre que l'État d'accueil, peut-il être qualifié d'« autre membre de la famille » ou de « partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée » au sens de la directive 2004/38, avec l'obligation qui en découle, pour l'État membre d'accueil, de favoriser l'entrée et le séjour de l'intéressé, même si cet État ne reconnaît pas les mariages entre personnes de même sexe et ne prévoit aucun mode alternatif de reconnaissance juridique, tel que le partenariat enregistré ?
- En cas de réponse affirmative à la troisième question, la directive 2004/38 exige-t-elle que l'État membre d'accueil accorde le droit de séjour sur son territoire

²⁰⁸ Déc. préc. *Coman*, § 12 (2018).

pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d'un citoyen de l'Union européenne ?²⁰⁹

Sur la première question concernant la signification de « conjoint », la Cour rappelle qu'il s'agit de la personne unie à une autre personne par les liens du mariage, or MM. Coman et Hamilton sont bien mariés. Certes, les Etats membres sont libres de prévoir ou non le mariage des couples de même sexe (§ 57), mais « dans l'exercice de cette compétence, [ils] doivent respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres »²¹⁰. Or, refuser à un étranger le séjour sur le territoire roumain parce que le droit roumain ne reconnaît pas le mariage des couples de même sexe aurait pour effet de provoquer des différences dans l'effectivité de la libre circulation selon les Etats de l'UE, ce qui serait contraire au sens de la directive 2004/38. Comme la CEDH, la CJUE reconnaît qu'une ingérence dans la libre circulation des personnes « peut être justifiée si elle est fondée sur des considérations objectives d'intérêt général et est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national »²¹¹. En l'espèce, l'objectif d'intérêt général serait la défense de l'institution fondamentale du mariage entre un homme et une femme, composante de l'ordre public. Or, d'après la jurisprudence de la CJUE, l'ordre public « ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »²¹², ce qui n'est manifestement pas le cas puisque l'obligation faite aux Etats de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe conclus à l'étranger ne porte pas sur l'introduction dans leur propre droit interne d'un tel mariage, et respecte donc leur marge d'appréciation sur la question. Pour ce qui est de l'homosexualité, la Cour rappelle que la CDFUE garantit le droit au respect de la vie privée et familiale²¹³ et – citant la jurisprudence de la CEDH – 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 »²¹⁴ ; ainsi l'homme marié à un citoyen de l'UE doit de toute évidence être appelé son conjoint et avoir le droit de séjourner dans tous les pays de l'Union. Pour la deuxième question qui porte sur la durée du séjour (plus de trois mois), le

²⁰⁹ En substance, *ibid.*, § 17, citant le renvoi préjudiciel de la *Curtea Constituțională* (cour constitutionnelle roumaine).

²¹⁰ *Ibid.*, § 38.

²¹¹ *Ibid.*, § 41.

²¹² *Ibid.*, § 44.

²¹³ CDFUE, art. 7.

²¹⁴ Déc. préc. *Coman*, § 50 (2018).

juge de l'UE répond également par l'affirmative, et n'a donc pas besoin de se prononcer sur les deux questions restantes. MM. Coman et Hamilton peuvent donc vivre ensemble en Roumanie, et surtout le juge de l'UE consacre la reconnaissance dans tous les Etats de l'UE des mariages conclus à l'étrangers, et leurs effets en matière de libre circulation.

Si le juge européen des droits de l'homme et celui de la CJUE reprennent leur jurisprudence de manière assez classique pour confirmer la protection des couples de même sexe en matière d'immigration, l'internationalisation peut aussi poser des problèmes plus complexes. Nous avons vu dans *Coman* et d'autres arrêts que les différences en matière de mariage et d'adoption entre les Etats peuvent poser problème et être questionnées devant les Cours européennes ; mais elles peuvent aussi l'être devant des juridictions nationales pour des mariages et adoptions entre personnes régies par des droits différents ou ne résidant pas dans leur Etat national.

b) La « débrouillardise » des magistrats face aux enjeux de droit international privé... et public

Si les juges européens peuvent arbitrer certains litiges entre les autorités nationales et des personnes régies par des droits différents, le juge national connaît également de litiges de droit privé tirés de la divergence des ordres juridiques nationaux. Pour ce qui est des unions de même sexe, il s'avère que le consensus est loin d'être atteint, en Europe et au-delà. Nous nous concentrerons ici sur l'attitude du juge français dans des affaires qui concernent soit des actes conclus à l'étranger, soit des unions entre personnes régies par des droits différents, et de la question du droit international public dans la mesure où entrent en jeu des conventions internationales et traités bilatéraux passés entre la France et d'autres Etats. Sur ces enjeux, nous nous sommes largement appuyés sur l'expérience de M. Laurent Fichot²¹⁵, avocat général près la cour d'appel de Rennes et ancien chef du service civil du parquet de Nantes, qui a pour particularité d'avoir autorité sur le service central de l'état civil, administration relevant du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et installée à Nantes. C'est cette juridiction qui connaît des litiges tenant à l'état civil des Français établis à l'étranger, des actes conclus à l'étranger ou avec une personne étrangère. Il s'agit du parquet, les magistrats ne sont donc pas à proprement parler des

²¹⁵ M. Fichot a fourni de nombreux cas d'espèces jugés au tribunal judiciaire de Nantes, dont les jugements ne sont pas publiés. Nous nous appuyerons donc sur ces exemples en tentant de les relier, lorsque cela est possible, aux décisions des cours d'appel et de la Cour de cassation portant autorité de la chose jugée, ainsi qu'aux évolutions législatives pour appuyer le mouvement de dialogue entre le juge et le législateur.

juges mais bien des procureurs ; toutefois pour les besoins de l'analyse nous verrons le rôle des magistrats en général, en gardant à l'esprit que parquet et siège ont par essence des fonctions et donc des attitudes différentes.

Plusieurs cas de figures intéressant notre analyse peuvent se présenter au magistrat du service civil du parquet. Tout d'abord, il doit se prononcer sur la transcription de la conversion du *civil partnership* (partenariat civil) en mariage d'un couple de même sexe français résidant au Royaume-Uni, prévue par le Marriage Act de 2013²¹⁶. Le principal problème qui se pose est la rétroactivité de cette conversion, normalement impossible en droit français : selon la loi britannique, le mariage doit être regardé comme durant depuis la conclusion du partenariat civil²¹⁷. Interrogé par le consulat, le parquet civil de Nantes refuse dans un premier temps la transcription aux registres français de cette conversion, car le partenariat civil n'est pas conclu devant témoin et ne satisfait donc pas aux exigences de forme du mariage, mais il reconnaît ensuite qu'il s'agissait d'une appréciation excessive puisque les conditions de fond telles que le consentement ou l'âge des parties sont remplies. Le parquet civil admet donc dorénavant la transcription de la conversion du partenariat en mariage sans besoin d'une nouvelle cérémonie, mais en revanche son aspect rétroactif n'est pas valide : la date de l'union transcrite en droit civil français sera celle de la conversion en mariage, et non de la conclusion du partenariat. Dans une autre affaire, il s'agit d'un couple homosexuel franco-belge qui s'était marié en 2006 en Belgique et ensuite pacsé en France. En 2013, le mariage des couples de même sexe entre en vigueur en France et le couple veut donc faire transcrire le mariage conclu en Belgique ; or on ne peut être à la fois pacsé et marié. Un mariage emporte normalement dissolution du PACS préalable, mais là le PACS avait été formé après le mariage en Belgique, à cause de l'impossibilité du mariage homosexuel en France... Bel embrouillamini pour le parquet qui, devant le vide juridique, décide de dissoudre le PACS et de transcrire le mariage belge sur les registres français. Dans ces deux affaires, l'ordre juridique étranger était plus protecteur des couples de même sexe que l'ordre juridique français, mais l'inverse peut également arriver. Dans une affaire traitée par le parquet civil de Nantes, un couple de

²¹⁶ Royaume-Uni, *Marriage (Same Sex) Act* 2013 c. 30 du 17 juillet 2013 ; section 9 relative à la conversion des *civil partnerships* en mariage entrée en vigueur le 10 décembre 2014.

²¹⁷ *Ibid.*, section 9 § 6 : '*Where a civil partnership is converted into a marriage under this section, the civil partnership ends on the conversion, and the resulting marriage is to be treated as having subsisted since the date the civil partnership was formed*' / Lorsqu'un partenariat civil est converti en mariage conformément à cette section, le partenariat s'arrête au moment de la conversion, et le mariage en résultant doit être regardé comme ayant subsisté à partir de la date de formation du partenariat civil.

femmes, toutes deux françaises, souhaitent se marier peu après l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, mais elles résident en Arabie saoudite, un pays où les relations et *a fortiori* le mariage homosexuel sont prohibés. L'officier d'état civil du consulat demande au procureur la marche à suivre, et celui-ci répond qu'en vertu de l'article 171-9 du Code civil²¹⁸, le couple peut obtenir une dérogation afin de se marier dans leur commune de naissance ou celle de leurs parents, en France. Ici, le procureur ne crée pas du droit, mais à un rôle consultatif d'éclairage voire de révélateur, dans la mesure où il s'agit d'une disposition nouvelle, introduite par la loi « mariage pour tous » de 2013.

La question peut également se poser s'agissant du mariage d'une personne française avec une personne dont l'Etat national n'autorise pas le mariage des couples de même sexe. Le mariage franco-marocain, notamment, a posé problème aux magistrats de toute la France. Dans une circulaire de 2013, le ministère de la Justice invite les parquets à la prudence s'agissant des mariages de couples de même sexe franco-marocain, en raison de l'existence d'une convention bilatérale franco-marocaine de 1981, qui prévoit que « les conditions de fond du mariage [...] sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité »²¹⁹, ce qui peut être interprété comme interdisant les mariages des couples de même sexe puisque le droit marocain ne le prévoit pas. C'est en tout cas ce qu'a interprété le parquet de Chambéry, lorsqu'il s'est opposé au mariage d'un ressortissant français avec un ressortissant marocain le 12 septembre 2013. Le tribunal de grande instance de Chambéry donne mainlevée de cette opposition, mais le ministère public fait appel, estimant que la convention franco-marocaine, dûment ratifiée et publiée, « aurait [...] une valeur supra légale et [...] imposerait en son article 5, sans aucune dérogation, les règles de la loi personnelle de chacun des futurs époux concernant les conditions de fond du mariage »²²⁰. Or, le parquet de Chambéry estime que, le code de la famille marocain ne prévoyant que l'union d'un homme et d'une femme et le code pénal réprimant l'homosexualité, le mariage entre personnes de même sexe est interdit par la loi marocaine. Le mariage homosexuel entre un français et un marocain serait donc impossible. Or, la Cour d'appel donne raison au juge de Chambéry et ne suit pas le ministère public : elle observe que selon l'article 4 de la convention bilatérale, « la loi de l'un des deux états désignés ne peut être écartée par les juridictions de l'autre état que si elle

²¹⁸ Créé par la loi n°2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage des couples de même sexe.

²¹⁹ Convention du 10 août 1981 entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, décret n° 83-435 du 27 mai 1983, art. 5.

²²⁰ CA Chambéry, 22 octobre 2013, n° 13/02258, exposé des faits.

est manifestement incompatible avec l'ordre public »²²¹. Or, depuis la loi du 17 mai 2013, le code civil dispose que le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe : de plus la Cour d'appel rappelle que la liberté de se marier est « un droit fondamental protégé faisant partie du bloc des libertés personnelles suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »²²². Par ailleurs, sur la hiérarchie des normes, la Cour d'appel précise que la loi du 17 mai 2013 avait prévu que les couples de même sexe pouvaient se marier lorsque, pour au moins l'une des deux personnes, le droit de l'Etat dont il a la nationalité ou dans lequel il réside le permettait²²³. Or, ces dispositions ont été déclarées constitutionnelles²²⁴ et entrent, pour la Cour d'appel, dans un « nouvel ordre public international ». Le ministère public se pourvoit en cassation et par un arrêt du 28 janvier 2015, la Cour de cassation rejette le raisonnement maladroit du juge d'appel sur le moyen tiré de l'article 202-1 du Code civil qui aurait une valeur supérieure à la convention bilatérale – violant l'article 55 de la Constitution – et le moyen tiré de ce que l'article 5 de la convention viole l'ordre public international français puisque cet article en lui-même « ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes »²²⁵. Toutefois, le juge de cassation rappelle aussi que l'article 4 de la Convention

« précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe [...]»²²⁶.

Ainsi, la Cour de cassation rejette le pourvoi du ministère public et confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry tout en corrigeant les moyens invoqués. Elle consacre ainsi le droit pour les étrangers d'épouser leur partenaire français du même sexe même lorsque leur Etat national l'interdit en tant que composante de l'ordre public international français.

En matière de mariage, le magistrat du parquet a ainsi essentiellement un rôle de bouche de la loi et peut favoriser son application en cas de situation particulière modifiée

²²¹ *Ibid.*, motifs.

²²² Là-dessus, le juge omet la large MNA laissée par la CEDH en matière de mariage des couples de même sexe.

²²³ Art. 202-1 du Code civil.

²²⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC.

²²⁵ En effet, nous avons largement vu dans cette analyse que l'ordre public international n'était loin de consacrer le droit au mariage des couples de même sexe.

²²⁶ Cass., Civ. 1ère, 28 janvier 2015, n° 13-50.059.

par des changements législatifs récents. Le juge de cassation, s'agissant des mariages franco-marocains, ne crée pas du droit à proprement parler mais vient lui aussi révéler et consacrer un droit implicite tiré de la loi. S'agissant de la filiation, des problèmes peuvent se poser quant aux différents régimes d'adoption entre les Etats, mais surtout sur la question de la GPA, que nous traiterons dans la dernière partie de cette analyse.

2. Les tâtonnements du juge face aux matières et préoccupations nouvelles

Mater semper certa est, affirme l'adage issu du droit romain, « la mère est toujours connue » (contrairement au père). Ce principe était l'une des fondations du droit de la famille, mais les pratiques en matière de relations familiales et de filiation évoluent. Tel est le cas sur des enjeux qui ne touchent pas seulement les personnes homosexuelles, mais qui peuvent les intéresser particulièrement. Pour les encadrer, protéger les intérêts des différentes parties et les articuler avec l'intérêt général, le droit doit lui aussi évoluer. Or, on le sait, le législateur n'est pas toujours suffisamment réactif²²⁷ pour pouvoir apporter des solutions claires aux problèmes rencontrés : c'est là qu'intervient le juge qui crée et interprète du droit au fur et à mesure que se posent des questions telles que la transidentité (a) ou la gestation pour autrui (b).

a) « Engendrer en femme, enfanter en homme »²²⁸, le traitement prétorien de la transidentité sous l'angle du mariage et de la filiation

Sur la question de la transidentité, la jurisprudence de la CEDH est riche et mériterait une analyse à part entière. Il est peut-être abusif ou maladroit de la présenter comme une matière *nouvelle* puisqu'il s'agit d'un enjeu présent en droit au moins depuis les années 1970, mais le fait est que ces questions sont de plus en plus visibles et débattues, que ce soit devant les juridictions, au parlement ou dans le paysage médiatique. La transidentité concerne « les personnes dont l'identité de genre et l'expression de genre ne correspondent pas à celles communément attribuées à leur sexe de naissance »²²⁹. Ici, cette notion ne sera pas étudiée pour elle-même mais en lien avec l'homosexualité, dans les hypothèses où un changement de genre transcrit en droit par un changement de sexe à

²²⁷ Ce qui n'est pas forcément un tort : il est normal que le processus législatif prenne du temps, notamment pour assurer la légitimité démocratique des nouvelles dispositions. De plus, en droit continental, la loi est générale et ne précise pas toujours son application à des circonstances particulières, c'est le rôle du juge.

²²⁸ Michel P., *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre* (thèse), Mare & Martin, 2023, p. 706.

²²⁹ Michel P., *ibid.*, p. 654.

l'état civil modifie les droits des personnes à voir leur couple et leur famille reconnus car il « change » un couple hétérosexuel en un couple homosexuel et inversement²³⁰. Pour poser le cadre de la réflexion sur ces questions, il est certain que le juge européen des droits de l'homme est relativement progressiste sur la question de la transidentité, en tout cas qu'il protège l'identité de genre comme constitutive de la vie privée. Depuis 1992, il reconnaît le droit à l'autodétermination des personnes transgenres par le changement de la mention de son sexe à l'état civil²³¹, en estimant dans des arrêts ultérieurs que l'ingérence des autorités nationales dans cette modification constitue une atteinte disproportionnée à la vie privée « dans un de ses aspects les plus intimes »²³².

Sur la question du mariage, la première affaire qui nous intéresse est l'arrêt *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni* de 2002. La requérante est une femme transgenre qui a subi une opération de réassignation de genre mais dont le sexe à l'état civil est resté masculin. Elle saisit la Cour EDH pour plusieurs motifs qui découlent du refus des autorités britanniques de modifier son acte de naissance, qui mentionne le sexe masculin : son numéro d'assurance est toujours celui d'un homme, ce qui crée une discrimination au travail, son employeur ayant connaissance de sa transidentité et celle-ci étant mal perçue ; elle ne peut bénéficier d'une pension de retraite à partir de 60 ans comme le prévoit la loi pour les femmes puisqu'elle reste un homme sur le plan du droit ; et elle doit enfin renoncer à certains avantages subordonnés à la présentation de son acte de naissance. Mais surtout, elle ne peut pas épouser son compagnon, le juge britannique ayant établi en 1970 que le mariage était possible seulement entre un homme et une femme et que ces catégories devaient être établies selon des critères biologiques²³³. Sans nous attarder sur les autres questions, c'est le mariage qui retient notre attention dans cette affaire. Dans sa

²³⁰ Nous tenons à rappeler que l'orientation sexuelle et l'identité de genre sont deux notions distinctes. L'orientation sexuelle désigne l'attraction amoureuse et sexuelle d'une personne pour les personnes d'un ou de plusieurs sexes : lesbienne, gay, bisexuelle, hétérosexuelle... L'identité de genre désigne la perception qu'une personne a de son genre ou sexe : femme, homme, neutre ; une personne dont l'identité de genre est en accord avec le sexe attribué à la naissance est *cisgenre*, une personne dont l'identité de genre est différente du sexe attribué à la naissance est *transgenre*. Même si la notion en droit est celle de *sexe* et que par souci de clarté et de cohérence avec les textes nous parlerons bien de changement de *sexe* pour parler du changement d'état civil, nous utiliserons tout de même le terme « transgenre » et pas « transsexuel / transsexuelle », généralement mal reçu par les personnes concernées.

²³¹ CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, n°13343/87.

²³² CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n°35968/97, § 82.

²³³ EWHC, 2 février 1970, *Corbett v. Corbett (otherwise Ashley)*. En l'espèce, le requérant, Arthur Corbett, souhaitait faire annuler son mariage avec April Ashley, une femme transgenre, au motif que le mariage était défini par l'union d'un homme et d'une femme et considérant que son épouse était un homme car née avec des attributs génitaux masculins. Le juge Ormrod estime que parmi les quatre critères généralement retenus en médecine pour qualifier le sexe d'une personne, à savoir les chromosomes, les gonades (ovules et spermatozoïdes), l'appareil génital et la psychologie, il faut retenir les trois premiers, biologiques, pour qualifier le sexe d'une personne et donc sa capacité ou non à se marier.

jurisprudence, la CEDH a tout d'abord affirmé que le refus d'un Etat de permettre le mariage d'une femme transgenre avec un homme ne constituait pas une violation de l'article 12 de la Convention EDH sur le droit au mariage ni de l'article 8 sur le droit à la vie privée²³⁴. Mais s'agissant de *Christine Goodwin*, son appréciation est différente : elle estime d'abord que, si l'article 12 de la Convention garantit le droit fondamental pour un homme et une femme de se marier et de fonder une famille, « le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause »²³⁵, le critère de la capacité à procréer n'est donc pas pertinent pour définir le mariage. Elle poursuit en affirmant qu'en raison des évolutions sociales et juridiques quant à la reconnaissance des transitions de genre, le critère biologique ne peut plus suffire à définir l'homme et la femme dans le cadre du mariage. Ainsi, si la CEDH ne remet pas en cause la large marge nationale d'appréciation en matière de conditions du mariage, elle « ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels [*sic*] soient privés en toutes circonstances du droit de se marier »²³⁶ et dit que le Royaume-Uni a violé l'article 12 de la Convention en ne donnant pas la possibilité à Christine Goodwin d'épouser son compagnon.

S'agissant de cette affaire, le litige ne concerne finalement pas le mariage d'un couple de même sexe puisque la CEDH reconnaît le sexe social de la personne et pas son sexe de naissance, mais elle nous a tout de même semblé importante à mentionner de par son caractère fondateur. Toutefois, les transitions de genre peuvent produire l'effet inverse, en faisant d'un couple hétérosexuel sur le plan biologique un couple homosexuel sur le plan social et juridique. La question ne se pose pas tant quand la transition de genre a lieu avant le mariage, puisque c'est le « nouveau » sexe qui est pertinent, mais qu'en est-il lorsqu'elle intervient après le mariage ? C'est la question posée au juge européen des droits de l'homme en 2016 dans l'affaire *Hämäläinen c/ Finlande*²³⁷. La requérante est une femme transgenre qui souhaite faire changer son numéro d'identité pour que celui-ci soit féminin et non plus masculin, ce que les autorités compétentes refusent au motif que la loi finlandaise exige que la personne souhaitant changer la mention de son sexe à l'état civil ne soit pas mariée, ou que sa conjointe consente à la transcription du mariage en un

²³⁴ CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, n°10843/84, § 46 ; ainsi que CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, n°31-32/1997, § 67.

²³⁵ Déc. préc. *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 98 (2002).

²³⁶ *Ibid.*, § 103 (2002).

²³⁷ CEDH (Gr. Ch.), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, n°37359/09.

partenariat enregistré, le mariage des couples de même sexe étant impossible. Or, la requérante et son épouse refusent cette conversion en ce qu'elle porte annulation du mariage et des droits y afférents, notamment en ce qui concerne la fille du couple. La requérante saisit le tribunal administratif, puis la Cour administrative suprême qui rejettent tous deux sa demande, estimant que les effets du partenariat enregistré en droit finlandais sont comparables à ceux du mariage et ne menacent donc pas sa vie familiale.

La CEDH suit les juridictions nationales : elle conclut à l'absence de violation des articles 8, et 14 de la Convention EDH, et dit qu'il n'y a pas lieu de se pencher sur la question de l'article 12. En effet, les droits spécifiques au mariage et absents du partenariat enregistré concernent « l'établissement de la paternité, l'adoption en dehors du cercle familial et le nom de famille »²³⁸, ce qui inquiète légitimement la requérante, mais ne se présentent que « dans la mesure où ces questions n'ont pas été réglées auparavant »²³⁹, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque sa fille est déjà née et reconnue. De plus, la loi finlandaise sur la confirmation du genre des personnes transgenres dispose que le mariage « se transforme » en un partenariat enregistré, expression « délibérément choisie pour illustrer le fait que la relation juridique initiale se poursuit simplement sous une dénomination différente et avec un contenu légèrement modifié [en matière de filiation] »²⁴⁰ ; ainsi, la durée du partenariat sera calculée à partir de la date où l'union initiale, c'est-à-dire le mariage, a été conclu. La Cour rejette donc le moyen de la requérante selon lequel la transformation de son mariage en un partenariat enregistré constituerait un divorce forcé et par là une ingérence disproportionnée dans sa vie privée et familiale. Ainsi, la CEDH retient dans ces deux affaires – *Goodwin* et *Hämäläinen* – que le critère du sexe pour qualifier un couple est un critère juridique et social, et non biologique. Elle se présente ainsi plus protectrice sur la question du droit à changer de sexe et surtout à ne pas divulguer ce changement, constitutif de la vie privée, que sur la question du mariage des couples de même sexe, constitutif de la vie familiale.

Si l'on change d'échelle, il apparaît que le juge national est également confronté à ces questions, en matière de mariage mais surtout de filiation. Dans l'hypothèse, de plus en plus fréquente en Europe, où le droit national permet le changement de sexe à l'état civil,

²³⁸ *Ibid.*, § 83.

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ Déc. préc. *Hämäläinen c/ Finlande*, § 84 (2014).

soit par une disposition législative, soit par une règle jurisprudentielle²⁴¹, ce changement emporte des conséquences juridiques pour le couple et la filiation de la personne intéressée, à la fois pour le passé et pour l'avenir. Dans les deux cas, la question en matière de mariage se pose dans les hypothèses où le mariage des couples de même sexe est impossible, comme nous l'avons vu dans la jurisprudence de la CEDH. S'agissant du passé, le mariage conclu entre deux personnes de sexe différents dont l'un des conjoints change de sexe, passant d'un couple hétérosexuel à un couple homosexuel, n'est pas nul mais caduc : il doit être regardé comme ayant existé – car la condition d'altérité des sexes était remplie au moment de la conclusion – et n'étant plus possible à cause de l'apparition d'un nouveau critère. Dans ce cas, la solution proposée par le juge peut être celle de la transformation en un partenariat enregistré – comme dans *Hämäläinen* – ou celle du divorce²⁴². Pour la filiation déjà établie, en revanche, le juge estime généralement que le changement de sexe ne la modifie pas puisque celui-ci est constitutif donc non rétroactif²⁴³. S'agissant des effets sur le mariage pour l'avenir, nous avons vu dans *Goodwin* que la personne transgenre pouvait se marier avec une personne du sexe opposé à son sexe juridique, une décision suivie par tous les Etats permettant le changement de sexe ; et s'agissant des couples de même sexe l'officier d'état civil et le juge se réfèrent également au sexe juridique, puis permettent ou non le mariage en fonction des dispositions nationales en ce sens. Finalement, une fois que la possibilité de changer de sexe est reconnue, elle ne pose pas tellement de problèmes sur le plan juridique, à la condition toutefois que les couples de même sexe disposent de droits équivalents aux couples de sexe opposé en matière de mariage et de filiation ; sinon le changement d'un couple hétérosexuel en un couple homosexuel risque de priver le couple de certains de leurs droits. Ainsi, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe est également un enjeu

²⁴¹ Par exemple, le juge civil français qui tolérait le changement de prénom mais refusait le changement de sexe en vertu du principe d'indisponibilité de l'état des personnes (Cass., Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, n° 73-10.615 ; Cass., Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 88-12.829), a changé sa pratique après la condamnation de la France pour violation de l'article 8 de la CESDH dans l'arrêt CEDH *B. c/ France* de 1992 en déclarant : « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence » (Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900). Les conditions ont par la suite été assouplies, et sont toujours susceptibles d'évoluer aujourd'hui vers une simplification et une déjudiciarisation des procédures.

²⁴² C'est la solution privilégiée par le juge français avant 2013 et l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

²⁴³ En France, Cass., Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 04-10.058 ; tendance codifiée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; cf. Code civil, art. 61-8 : « la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil est sans effet sur les obligations contractées à l'égard de tiers ni sur les filiations établies avant cette modification ».

important pour les personnes transgenres qui voient leur couple se muer en un couple homosexuel, à moins de se séparer. Avant cette ouverture et en l'absence de dispositions précises, c'est le juge qui doit composer avec les textes et principes dont il dispose.

Sur la filiation postérieure au changement de sexe cependant, le juge, qu'il soit national ou européen, est toujours face à un flou un peu plus important, même en cas d'égalité des droits pour tous les couples en matière de mariage. Pour l'adoption, la transidentité ne pose pas de problème particulier et pourrait même vraisemblablement être retenue comme cause de discrimination si les autorités l'utilisait comme critère de refus d'un agrément, au même titre que l'orientation sexuelle²⁴⁴. En revanche, pour la filiation biologique, la question peut s'avérer plus délicate. S'agissant de la filiation antérieure au changement de sexe, nous avons vu que le changement de sexe à l'état civil est constitutif et non rétroactif. Ainsi, sur l'acte de naissance, la femme transgenre ayant eu un enfant reste le « père » de l'enfant, et l'homme transgenre reste sa « mère ». Sur la filiation postérieure, deux cas de figure sont possible : l'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant de l'autre membre du couple, et l'établissement du lien de filiation à l'égard du propre enfant de la personne transgenre. Pour ce qui est de l'enfant de l'autre membre du couple de même sexe, la filiation est possible par la voie de l'adoption lorsque le mariage est possible pour les couples de même sexe ou si le régime légal de l'adoption le prévoit²⁴⁵. Pour la filiation biologique, la situation est plus complexe. Dans un entretien²⁴⁶, Laurent Fichot, ancien chef de service civil du parquet de Nantes, rapporte une affaire à laquelle il a été confronté : un couple marié, composé de deux femmes dont l'une était transgenre, voulait faire figurer les deux mères comme mères biologiques sur l'acte de naissance de leur enfant, conçu biologiquement après le changement de sexe de la mère non accouchante²⁴⁷. L'officier d'état civil avait refusé et indiqué les mentions « mère » pour la mère ayant accouché et « père » pour sa conjointe transgenre, génitrice de l'enfant, ce que le parquet a confirmé. En effet, le procureur veut concilier la double filiation, qui profite à l'enfant et aux parents, avec le droit et l'intérêt supérieur de l'enfant, or la double filiation

²⁴⁴ Voir, *mutatis mutandis*, les décisions précitées de la CEDH *E. B. c/ France* (2008) sur les discriminations en matière d'adoption ; *B. c/ France* (1992) et *Van Kück c/ Allemagne* (2003) sur l'identité de genre comme composante de la vie privée.

²⁴⁵ En France, exigence de mariage entre 2013 et 2022 puis adoption ouverte aux couples pacsés et concubins, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe.

²⁴⁶ Entretien n°1, 8 avril 2025. Dans le même sens, Cass., Civ. 1ère, 16 septembre 2020, 18-50.080, 19-11.251 et CA Montpellier, 14 novembre 2018, n° 16/06059.

²⁴⁷ La mère transgenre avait changé de sexe juridique mais avait conservé ses capacités reproductives (spermatozoïdes).

biologique²⁴⁸ de parents de même sexe est impossible : l'autre solution aurait été d'établir une seule filiation biologique, celle de la mère ayant accouché. Pour M. Fichot, dans ce cas précis, l'officier d'état civil aurait également pu réaliser un tour de passe-passe en établissant un acte de naissance littéraire et non par rubrique, « Le .././.... est né X, suivant déclaration conjointe de (Nom de la mère 1) et de (Nom de la mère 2), son épouse », mais cette solution ne pourrait être appliquée de manière égalitaire sur l'ensemble du territoire français puisqu'elle dépend de la bonne volonté de l'officier d'état civil et le cas échéant de celle du procureur.

Dans l'arrêt *O.H. et G.H c/ Allemagne* de 2023²⁴⁹, le juge de la CEDH est confronté à une situation similaire, moins la problématique du couple de même sexe. Le requérant est un homme transgenre célibataire, qui a donné naissance à un enfant conçu par PMA après avoir changé de sexe à l'état civil²⁵⁰, et qui souhaite que l'acte de naissance le mentionne comme père de l'enfant, en laissant vide la case « mère ». L'officier d'état civil demande au tribunal compétent de l'éclairer sur la question, et le tribunal ordonne d'inscrire le requérant comme mère de l'enfant, car ayant accouché. Le requérant interjette appel puis se pourvoit en cassation devant la Cour fédérale de justice qui rejette le recours en estimant qu'aux termes du code civil, la mère d'un enfant était la personne qui avait donné naissance à celui-ci²⁵¹ et que d'après la loi²⁵², « la décision de reconnaître l'appartenance d'une personne transsexuelle [*sic*] à l'autre sexe n'avait pas d'incidence sur la relation juridique entre cette personne et ses enfants »²⁵³. La Cour fédérale de justice interprète la loi comme s'appliquant aussi pour les enfants nés après le changement de sexe. La Cour EDH va dans le même sens, estimant que si la marge d'appréciation des États doit être restreinte en ce qui concerne le droit à l'autodétermination, c'est-à-dire la possibilité de changer de sexe à l'état civil²⁵⁴, elle peut être plus large en cas d'absence de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de « questions morales ou éthiques délicates »²⁵⁵. En l'espèce, il n'existe pas de consensus sur la question

²⁴⁸ La double filiation par des parents de même sexe est toutefois possible, soit par la voie de l'adoption depuis la loi de 2013 sur le mariage, soit par celle de la reconnaissance conjointe anticipée pour les couples de femmes depuis la loi de 2021 sur la PMA pour toutes.

²⁴⁹ CEDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, n° 53568/18 et 54741/18.

²⁵⁰ Comme dans l'affaire précédente, il n'avait pas subi d'opération chirurgicale modifiant ses capacités reproductives et avait arrêté son traitement hormonal.

²⁵¹ Allemagne, *Bürgerliches Gesetzbuch* (code civil), art. 1591.

²⁵² Allemagne, Loi dite TSG pour *Transsexuellengesetz*, relative aux personnes transgenres, art. 11.

²⁵³ Déc. préc. *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, § 12 (2023) citant un arrêt de la Cour fédérale de justice allemande du 6 septembre 2017.

²⁵⁴ Déc. préc. *B. c/ France* (1992) et *Hämäläinen c/ Finlande* (2014).

²⁵⁵ Déc. préc. *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, § 112 (2023).

de la filiation des personnes transgenres qui peut être considérée comme une question délicate, et il ressort de l'examen des faits et de la procédure que les autorités allemandes ont dû arbitrer entre plusieurs intérêts concurrents : les intérêts privés du requérant, ceux de son fils au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant et les intérêts publics de cohérence du droit et des actes d'état civil. Ainsi, pour la Cour EDH, l'Allemagne dispose d'une large marge d'appréciation et n'a pas violé l'article 8 de la Convention en refusant d'inscrire le requérant comme père de l'enfant dont il avait accouché.

Ce sujet peut paraître éloigné de notre réflexion sur le mariage et la filiation des couples de même sexe, mais la définition de ce que sont un père et une mère est centrale à ces questions. Il ressort des jurisprudences nationales et de la CEDH que le terme de *mère* ou de *père* n'est pas forcément lié au sexe mais plutôt au rôle dans la venue au monde de l'enfant, la mère étant la personne qui a accouché. Or, de là apparaissent des ambiguïtés : le père peut être le géniteur, l'adoptant ou simplement le conjoint ou concubin de la mère jouissant de la présomption de paternité ou ayant reconnu l'enfant à la naissance. Ainsi, pour Pierre Michel, « femme et homme, mère et père forment [...] des catégories fragilisées par la transidentité »²⁵⁶. D'une part, « un homme trans est bien le père d'un enfant s'il adopte ce dernier ou procrée, à la manière d'un homme infertile, grâce un don de spermatozoïdes avec sa compagne »²⁵⁷. D'autre part, il peut également y avoir une mère n'ayant pas accouché dans le cadre d'une adoption seule ou par un couple lesbien, ou encore d'une reconnaissance conjointe anticipée avant le recours d'un couple de femmes à une PMA. Pour ce qui est de l'homme transgenre qui est enceint et accouche, « n'en est-il pas moins un homme »²⁵⁸ ? S'il était considéré comme une femme sur la base de ses facultés procréatrices, alors il devrait aussi avoir accès à la PMA avec tiers donneur, or le législateur français l'en a exclu dans la loi relative à la bioéthique de 2021²⁵⁹. Ainsi, en droit français et dans d'autres Etats européens, la définition de la mère biologique comme la personne ayant accouché semble rester un prérequis essentiel, quel que soit son sexe²⁶⁰.

²⁵⁶ Michel P., *op. cit.*, p. 690.

²⁵⁷ Mesnil M., « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16 mai 2023.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ; voir aussi la validation de cette exclusion des hommes transgenres par le juge constitutionnel dans Cons. const., 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC. C'est en raison de cette exclusion que les associations pour les droits des personnes transgenres militent en faveur d'une PMA pour *tou.te.s* ou pour *toustes* (hommes trans inclus) et pas seulement pour *toutes*.

²⁶⁰ Et c'est face à cette ambiguïté qu'il pourrait être pertinent de parler de genre en droit, au sens de « sexe psycho-social d'une personne indépendamment du sexe anatomique », cf. Michel P., *op. cit.*, préface du prof. F. Rouvière, p. 9. Mais bien sûr, cette distinction pourrait aussi s'avérer complexe et floue, donc porteuse d'encore plus d'insécurité juridique.

Si le juge, et parfois le législateur, s'est éloigné du sexe anatomique des personnes dans la définition de leur sexe juridique pour se rapprocher implicitement de la notion de genre, la filiation biologique, elle, reste subordonnée aux catégories de père et de mère, définies selon le rôle joué dans la procréation : on peut certes, en droit, « enfanter en homme et engendrer en femme »²⁶¹, mais la personne qui accouche reste la mère, celle qui engendre reste le père. Ainsi, si les évolutions du droit permettent désormais à un couple de femmes ou à un couple d'hommes de devenir parents, elles ne sont pas allées jusqu'à admettre la possibilité de deux mères biologiques, ni de deux pères biologiques.

b) Le changement de cap du juge français sur la question de la gestation pour autrui

Il apparaît que le problème majeur qui se pose en matière de transidentité est celui de la filiation. Sur le même thème, la question de la gestation pour autrui (GPA) anime le débat public ainsi que le juge depuis plusieurs décennies, mais a connu un regain d'intérêt ces dernières années, en parallèle des débats sur le mariage pour les couples de même sexe ou la procréation médicalement assistée (PMA). La GPA est une technique de recours à une mère porteuse, qui porte l'embryon issu d'une fécondation *in vitro*. Les gamètes peuvent être entièrement ou en partie ceux des parents d'intention, selon les cas²⁶². Il ne s'agit pas d'une technique réservée aux couples d'hommes, puisque de nombreux couples hétérosexuels n'arrivant pas à procréer « naturellement » y ont recours, mais c'est la seule manière d'obtenir une filiation en partie biologique pour un couple d'hommes (cisgenres), qui n'ont évidemment pas accès à la PMA proposée aux couples de femmes²⁶³. En droit français ainsi que dans de nombreux Etats européens, le recours à la GPA est clairement interdit²⁶⁴ par la loi, alors que certains Etats européens l'admettent, parmi lesquels le Danemark, les Pays-Bas, l'Albanie, la Géorgie ou la Grèce. Or, nous l'avons vu plus haut,

²⁶¹ Michel P., *op. cit.*, p. 706.

²⁶² Dans le cas d'un couple d'hommes, l'embryon peut être issu des spermatozoïde de l'un ; dans un couple hétérosexuel l'embryon peut être issu des gamètes des deux parents ou d'un des deux, voire plus rarement d'aucun des deux en cas de double don de gamètes.

²⁶³ Cette différence de traitement est d'ailleurs un argument avancé en faveur de la légalisation de la GPA, ou pour ses détracteurs un argument appuyant la théorie d'un glissement inexorable de la PMA vers la GPA. Dans sa réflexion sur la GPA, Pierre Michel estime qu'elle ne constitue pas une discrimination puisque la PMA est légale autant pour les femmes seules et les couples de femmes que pour les couples hétérosexuels, et la GPA illégale autant pour les hommes seuls et les couples d'hommes que pour les couples hétérosexuels. Ce n'est pas l'accès à la parentalité qui est *inégal* (les couples d'hommes peuvent adopter) mais bien la technique utilisée qui est *illégal*. Il y a certes une inégalité de naissance entre les personnes capables de porter un embryon et les autres, mais cette inégalité n'est pas du fait du droit (Michel P., *op. cit.*, p. 556).

²⁶⁴ Ex. en France, Code civil, art. 16-7 : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Ici, nous traitons de la GPA, c'est-à-dire du recours à une mère porteuse accueillant un embryon, mais cet article mentionne également la procréation pour autrui, où la mère porteuse est aussi la mère biologique et abandonne *son* enfant. C'était d'ailleurs la technique privilégiée par les couples d'hommes avant que les dons d'ovocytes ne soient plus répandus.

le droit et les pratiques s'internationalisent : comme le font – ou le faisaient – les couples de femmes n'ayant pas accès à la PMA dans leur pays, des couples d'hommes peuvent recourir à la GPA à l'étranger. Le juge intervient alors dans la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger entre parents « d'intention » et enfants nés d'une GPA, non prévue par le législateur. Les réformes du législateur, l'évolution des pratiques et la jurisprudence de la Cour EDH soumettent le juge national à des vents contraires qui le poussent à adopter une posture caractérisée par une évolution entre refus catégorique et validation complète de la transcription des actes de naissances d'enfants nés de GPA à l'étranger en droit français. Deux grands temps peuvent être distingués : le juge et la loi sont de plus en plus stricts entre 1991 et 2014, puis le juge est de plus en plus souple entre 2014 et aujourd'hui malgré l'intervention du législateur en 2021.

Avant 2014, le juge français est intransigeant et refuse de reconnaître une telle filiation. Par exemple, dans un arrêt de 1991, dit *Alma mater*²⁶⁵, la Cour de cassation est saisie d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris autorisant l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse. À l'époque, la loi est muette sur la question et le juge est face à un vide juridique. Finalement, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, considérant que « cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption »²⁶⁶. En 1994, l'interdiction de la GPA est introduite dans le code civil, consacrant ainsi la jurisprudence *Alma mater*. La Cour réitère sa position stricte en 2008²⁶⁷ puis en 2011²⁶⁸. En agissant ainsi, le juge français voit la GPA comme un « ver dans le fruit » : il déduit de l'illicéité du contrat (article 16-7 du Code civil) la nullité de l'adoption. Il durcit même sa position pour une affaire concernant la même famille – les Mennesson – en 2013 puisqu'il privilégie « l'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil » par rapport à l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3 § 1 de la CIDE et au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la CESDH, qui pour lui « ne sauraient être utilement invoqués »²⁶⁹.

²⁶⁵ Du nom de l'association à laquelle les requérants avaient eu recours pour trouver une mère porteuse.

²⁶⁶ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, 90-20.105 ; casse et annule CA Paris, 15 juin 1990, n° XP150690X.

²⁶⁷ Cass., Civ. 1ère, 17 décembre 2008, 07-20.468.

²⁶⁸ Cass., Civ. 1ère, 6 avril 2011, 10-19.053.

²⁶⁹ Cass., Civ. 1ère, 13 septembre 2013, 12-18.315.

Sans surprise, devant l'intransigeance du juge français, l'affaire jugée en 2011 puis en 2013 est portée devant la CEDH qui va partiellement à l'encontre de la décision de la Cour de cassation dans l'arrêt *Mennesson c/ France*²⁷⁰ de 2014. Les requérants sont un couple hétérosexuel qui ont eu des jumelles nées aux Etats-Unis d'une mère porteuse, et conçues par fécondation *in vitro* avec les gamètes du père requérant et d'une donneuse d'ovocytes. Ils avaient conclu une convention de GPA aux Etats-Unis et été reconnus parents des enfants, mais se voient refuser la transcription de l'acte de naissance des jumelles sur les registres de l'état civil français, contestent ce refus jusqu'à épuiser les voies de recours internes²⁷¹ et portent leur requête devant la CEDH. La Cour apprécie particulièrement l'intérêt supérieur de l'enfant et conclut à l'absence d'ingérence disproportionnée dans la vie familiale des parents requérants, mais à la violation de l'article 8 de la CEDH au sens de la vie privée des enfants requérantes. Elle condamne ainsi la France²⁷², ce qui conduit le juge français à modifier sa posture. La Cour de cassation opère donc un revirement de jurisprudence en deux temps.

Dans plusieurs arrêts du 5 juillet 2017²⁷³ dont l'un porte sur un couple d'hommes, elle accepte d'abord la transcription partielle de l'acte de naissance établi à l'étranger pour un enfant né d'une GPA sur les registres de l'état civil français. En effet, dans un communiqué du 5 octobre 2018, elle établit que « l'existence d'une convention de GPA ne fait pas en soi obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi à l'étranger dès lors qu'il n'est ni irrégulier ni falsifié et *que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité biologique* »²⁷⁴. Cette interprétation donne lieu pour les juges à une technique permettant de reconnaître la filiation des enfants nés de GPA en droit français sans donner leur aval à la technique en elle-même : la double filiation en deux temps. La Cour de cassation précise que l'acte étranger doit être conforme à la réalité biologique ; ainsi le juge reconnaît d'abord la filiation biologique, c'est-à-dire celle du père dont les spermatozoïdes ont été utilisés pour concevoir l'enfant, puis dans un second temps permet la filiation adoptive du parent d'intention (père ou mère). Sur la question de la filiation de la mère d'intention, la Cour de cassation s'en remet à l'avis de la CEDH. Le 10 avril 2019, celle-ci répond qu'en raison de l'importante marge d'appréciation reconnue aux États, la Cour pose certes une

²⁷⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11.

²⁷¹ Cf. arrêts de la Cour de cassation de 2011 et 2013 précités.

²⁷² La CEDH se prononce dans le même sens pour un couple homosexuel et condamne la Suisse dans CEDH, 22 novembre 2022, *D.B. et autres c/ Suisse*, n° 58817/15 et 58252/15.

²⁷³ Cass., Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-50.025, 16-16.901, 15-28.597, 16-16.495 et 16-16.455.

²⁷⁴ Communiqué de la Cour de cassation, 5 octobre 2018, « GPA réalisée à l'étranger et transcription d'acte de naissance en France ».

obligation de résultat – reconnaître le lien entre l’enfant et la mère d’intention au plus tard lorsque celui-ci s’est concrétisé – mais laisse chaque État libre de déterminer les moyens pour y parvenir, la transcription étant un moyen parmi d’autres²⁷⁵. La même année, la Cour de cassation suit cet avis et va donc plus loin dans sa position permissive, en reconnaissant dans certaines conditions la transcription totale – c’est-à-dire avec les deux parents d’intention sans avoir besoin de recourir à une adoption – d’actes de naissance d’enfants nés d’une GPA à l’étranger, au nom de l’intérêt supérieur de l’enfant et du droit au respect de sa vie privée tiré de la Convention EDH et de la jurisprudence de la CEDH :

« au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'Etat étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé »²⁷⁶

Cette affaire concernait un couple hétérosexuel, mais la Cour précise dans un arrêt de la même année que « le raisonnement n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme “parent d'intention” »²⁷⁷. Cette solution de transcription intégrale est d’abord exceptionnelle, subordonnée à des circonstances particulières comme l'impossibilité d'adopter pour le parent non biologique, puis avec les arrêts de 2019 elle devient la solution privilégiée. De toute façon, la loi du 21 février 2022²⁷⁸ ouvre l’adoption conjointe et l’adoption de l’enfant du partenaire aux couples pacsés et aux concubins, alors qu’elles étaient auparavant réservées aux couples mariés. La condition de l'impossibilité de l’adoption n’a donc plus lieu d’être et la tendance de transcription complète des actes de naissance devient le principe, tant que l’acte qui établit la filiation des parents d’intention à l’étranger est régulier au regard de l’ordre juridique du pays dans laquelle la GPA a eu lieu.

²⁷⁵ CEDH, avis, 10 avril 2019, § 53.

²⁷⁶ Cass., Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053, § 6.

²⁷⁷ Cass., Civ. 1ère, 18 décembre 2019, n° 18-12.327, § 9.

²⁷⁸ Loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique tente de mettre un coup d'arrêt à cette large transcription par le juge, modifiant l'article 47 du Code civil en précisant que la réalité des faits qui sont déclarés dans l'acte de l'état civil étranger établissant ce mode de filiation est « appréciée au regard de la loi française »²⁷⁹. Ainsi, si le juge de cassation était passé d'une appréciation des faits, c'est-à-dire de la méthode de procréation, à une appréciation du droit, c'est-à-dire de la conformité de l'acte prévoyant la GPA à l'étranger au droit local, la loi entend remettre au centre le mode d'établissement de la filiation²⁸⁰. Or le recours à une mère porteuse est prohibé par le Code civil, on devrait donc retourner à la méthode de filiation en deux temps d'avant 2017, avec d'abord la reconnaissance de la filiation du parent biologique tirée de l'appréciation d'une réalité conforme au droit français, puis une adoption par le second parent. Cette plus grande sévérité de la loi n'empêche toutefois pas la Cour de cassation de poursuivre son régime souple en matière de transcription, mais aussi d'*exequatur*²⁸¹, une méthode qui permet au juge français de se contenter d'appliquer un jugement étranger établissant la filiation des parents d'intention en le déclarant exécutoire en France. Par exemple, le 2 octobre 2024²⁸², la Cour de cassation utilise l'*exequatur* en reconnaissant la validité en France de la filiation établie à l'étranger entre les parents d'intention et leur enfant né d'une GPA à l'étranger, sans forcément avoir besoin d'un lien biologique entre les parents et l'enfant. Pour être un peu plus précis, il faut ajouter que le juge d'appel, dont la décision a été cassée et annulée, avait reconnu la filiation établie à l'étranger mais en la transcrivant comme une adoption plénière conjointe des deux parents, or le juge qui se prononce sur l'*exequatur* d'un jugement étranger ne peut rejuger l'affaire, le juge de cassation décide donc que la filiation établie à l'étranger

²⁷⁹ Code civil, art. 47, modifié par la loi n°2021-1017 du 2 août 2021. : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française ». Cette formulation peut paraître peu contraignante, mais elle est le fruit d'intenses débats parlementaires, la question étant de savoir s'il fallait être plus clair pour permettre une interdiction plus stricte de la GPA.

²⁸⁰ Hervieu M., « Filiation des enfants nés d'une GPA : coup d'arrêt pour la transcription totale des actes d'état civil étrangers », *Dalloz actualités*, 27 septembre 2021.

²⁸¹ La procédure d'*exequatur* est une procédure judiciaire qui a pour objet d'autoriser l'exécution forcée d'un jugement étranger – en l'espèce un jugement établissant la filiation des parents d'intention d'un enfant né d'une GPA – sur le territoire français et au cours de laquelle le juge français va apprécier sa régularité. La différence avec la transcription est que si un jugement existe, il suffit de vérifier qu'il est suffisamment motivé et conforme à l'ordre public français pour l'appliquer, alors que pour la transcription le juge doit apprécier la validité des actes (contrat de GPA) au regard du droit dans lesquels ils ont été conclus. L'exigence de conformité à l'ordre public français pourrait en théorie ne pas être remplie s'agissant de la GPA, mais jusqu'à aujourd'hui le juge s'est toujours prononcé en faveur de l'*exequatur*.

²⁸² Cass., Civ. 1ère, 2 octobre 2024, n° 23-50.002 et autres.

s'applique en France, avec les même effets que ceux prévus par le jugement d'origine et sans changement de statut.

Il y a ainsi un paradoxe fort entre une interdiction stricte de la GPA sur le territoire français d'une part, et une grande tolérance du juge sur les GPA réalisées à l'étranger d'autre part, même en allant contre la loi. Pierre Michel parle même d'une « schizophrénie juridique entre l'interdiction de l'acte au nom du trafic d'être humain et l'acceptation de ses effets au nom de l'intérêt de l'enfant »²⁸³. Se pose alors la question de la place éventuelle du juge pénal : nous avons vu qu'un contrat de GPA est nul conformément au Code civil, mais l'incitation au recours à la GPA est aussi réprimé par l'article 227-12 du Code pénal²⁸⁴. Si la CEDH ou le juge civil de cassation se reposent sur l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de sa vie privée pour transcrire les actes de naissances, le comportement des parents d'intention pourrait tout à fait être fustigé puisque qu'ils se soustraient au « monopole étatique de la filiation »²⁸⁵ et au droit français au nom de leur « incoercible désir de parenté »²⁸⁶. Pour autant, les condamnations restent tout à fait exceptionnelles, d'abord parce que les faits se déroulent en dehors du territoire français et sont donc difficilement passibles de poursuites, mais surtout parce que ce ne sont pas les couples en désir d'enfant qui sont visés par les dispositions du code pénal, mais bien les personnes qui ont un rôle d'entremetteur entre ces couples et les mères porteuses (sites internet, avocats). Face à ce paradoxe entre prohibition de la méthode et acceptation de ses effets, deux solutions s'offrent au législateur : renforcer la pénalisation du recours à la GPA et la punir, y compris à l'étranger, en créant un délit spécifique – voire un crime – de tourisme procréatif ; ou au contraire mettre fin à l'interdiction de l'article 16-7 du code civil. La première solution ne paraît pas satisfaisante, puisque durcir les règles pénales pour sanctionner les parents reviendrait à punir les enfants ; or il ressort de l'ensemble des décisions des juges européen et français, quel que soit leur sens, que l'intérêt supérieur de l'enfant est le principe à suivre en toutes circonstances. Sur la deuxième solution, le législateur semble pour le moment très clair quant à l'interdiction de la GPA. L'enjeu de sa

²⁸³ Michel P., *op. cit.*, p. 560.

²⁸⁴ « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. »

²⁸⁵ Michel P., *op. cit.*, p. 558.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 557.

légalisation porte en effet sur des questionnements d'ordre juridique et médical mais aussi moral ou éthique... et donc politique. Le président Macron, favorable à la PMA, voit en revanche la GPA comme une « ligne rouge » infranchissable, au nom de la protection de la dignité humaine, et notamment des femmes. En France, un débat existe sur la possibilité d'une GPA éthique qui permettrait aux couples en désir d'enfant d'en accueillir selon cette méthode, mais sans faire des mères porteuses des esclaves reproductives aux airs de servantes écarlates²⁸⁷. Toutefois, les limites à poser pour une GPA éthique semblent complexes : interdire les GPA de confort d'abord, au risque de mettre en place des critères arbitraires – si la femme cisgenre ne pouvant porter un enfant peut y recourir pour raisons médicales, qu'en est-il du couple d'hommes ? Vouloir un enfant quand on ne peut pas en porter, est-ce un caprice ? *Idem* sur la question de la rémunération des mères porteuses, si une GPA « bénévole » paraît séduisante et répond au problème de la marchandisation du corps, y aura-t-il des candidates ? Et comment assurer leurs droits ainsi que ceux des enfants ? Au Royaume-Uni, la GPA gratuite est légale, tandis que la GPA commerciale est interdite, pourtant c'est la deuxième qui est le plus souvent choisie, parce que l'argument économique existe réellement pour les mères porteuses²⁸⁸. Le législateur semble donc face à une impasse et le juge, pour l'instant, tolère ce que la loi interdit au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.

* * *

²⁸⁷ Atwood M., *The Handmaid's Tale*, 1985. La Coalition internationale pour l'abolition de la maternité de substitution (CIAMS) reprend le visuel de la série adaptée par Bruce Miller lors de ses manifestations.

²⁸⁸ Michel P., *op. cit.*, p. 561-564.

Conclusion

Nous avons vu dans cette analyse que le juge joue un rôle crucial dans la reconnaissance des couples de même sexe. Le juge européen commence par garantir le respect de la vie familiale des personnes homosexuelles en les protégeant contre les discriminations et contre les ingérences des pouvoirs publics dans les relations qu'elles entretiennent, avant de reconnaître les unions homosexuelles de fait. De cette reconnaissance, le juge tire une protection par l'obligation positive pour les Etats de proposer un statut réellement protecteur de ces couples, comme le PACS français, le *Lebenspartnerschaft* allemand ou le *σύμφωνο συμβίωσης* (*symphono symbiosis*) grec. Il protège également la vie familiale des couples de même sexe en matière de filiation, en interdisant les discriminations et les ingérences (obligation négative tirée de l'article 8 de la CESDH) en matière d'adoption, avec la limite de ne pas garantir un droit absolu à l'adoption, ni un droit à l'enfant. Si le juge national a pu encourager l'action du législateur en matière d'ouverture du mariage aux couples de même sexe, le juge européen brandit la marge nationale d'appréciation et persiste à refuser de garantir le droit effectif au mariage « pour tous » (et toutes !). Enfin, à ces questions s'entremêlent la tension entre sexe biologique, genre et sexe juridique, tranchée en faveur du genre traduit en sexe juridique mais toujours sur le critère biologique en matière de filiation, ainsi que le débat bioéthique autour de la GPA qui voit le juge user d'une appréciation relativement souple de la loi.

Ainsi, le rôle du juge n'est pas monolithique : celui-ci agit différemment selon les juridictions, les périodes, les matières. Assez classiquement, le juge national est d'abord *bouche de la loi* : il connaît le droit et le fait appliquer. Il ne se contente pas de seulement lire la loi mais est aussi son *interprète*, et pour le juge européen, celui de la Convention et des actes de l'UE : lorsque des questions peuvent entrer dans des grands principes établis par ces sources, il apprécie leur pertinence et leur application. Dans ses décisions, la CEDH révèle ainsi des droits non explicites dans la Convention EDH mais dont elle estime qu'ils sont garantis, notamment par l'article 8. Enfin, le juge est aussi un véritable *créateur* de droit(s), en établissant explicitement des obligations négatives et positives qui s'appliquent aux Etats pour le juge européen ; en opérant des revirements de jurisprudence et en encourageant l'action du législateur par des interférences pour le juge national. Ces trois rôles, le juge peut évidemment les tenir dans de nombreuses matières, mais celles qui concernent les couples de même sexe sont spéciales en ce qu'elles sont récentes, largement

à l'échelle du droit civil par exemple, de manière plus relative à l'échelle de la Convention et des traités européens. Ainsi, le flou voire le vide juridique est plus fréquent, et donc le juge plus facilement amené à innover – l'exemple de la GPA est particulièrement parlant. Enfin, les questions de mariage et de filiation en général, et *a fortiori* lorsqu'elles concernent des minorités sexuelles, sont sensibles : elles portent à la fois des revendications militantes, des oppositions politiques et « les aspects les plus intimes » de la vie des justiciables, pour reprendre la formule du juge de la CEDH.

Pour aller plus loin que la seule question des couples de même sexe et de leur famille, il ressort bien de cette analyse que le juge peut créer du droit. Cet acte est fustigé depuis des décennies par ceux qui y voient un « gouvernement des juges », illégitime car s'écartant de la loi, expression de la volonté générale. Dans son ouvrage *Gouverner les juges, pour un pouvoir judiciaire pleinement démocratique*, Vincent Sizaire questionne cette notion. Pour lui, face au flou juridique fréquent tiré du fait que dans les systèmes de droit romano-germanique la loi doit être rédigée de manière générale, certes « nous sommes [...] en présence d'un véritable gouvernement juridictionnel, mais dont les ressorts ne sont nullement à chercher dans la folie des grandeurs de quelques magistrats »²⁸⁹. Il n'en tire en effet pas l'inquiétude qui semblait assaillir Marine Le Pen et Jordan Bardella, au lendemain de la condamnation de la première dans l'affaire des assistants parlementaires du Front national, lorsqu'ils fustigeaient la « bombe nucléaire » de la peine d'inéligibilité et non plus seulement le gouvernement mais la « tyrannie des juges »²⁹⁰. Pour Vincent Sizaire au contraire, ce « gouvernement » des juges est nécessaire et complémentaire à l'action du législateur, pas toujours suffisante. Il rappelle que dans ses rapports annuels, la Cour de cassation invite régulièrement le législateur à préciser le cadre de certaines dispositions, pour réduire le champ d'appréciation des juges : quand la loi est claire, le magistrat l'applique. L'auteur s'attarde tout de même sur la nécessité de réformer le Conseil constitutionnel pour en faire un organe plus émancipé du pouvoir politique, en modifiant le processus de sélection de ses membres²⁹¹ et en établissant des critères explicites tirés du bloc de constitutionnalité pour encadrer son appréciation et en faire un organe véritablement garant des droits et libertés fondamentaux, sur le modèle des critères tirés de

²⁸⁹ Sizaire V., *Gouverner les juges, pour un pouvoir judiciaire pleinement démocratique*, La dispute, 2024, p. 75.

²⁹⁰ Propos de Jordan Bardella et Marine Le Pen, voir entretien de Christophe Soulard, premier président de la Cour de cassation, « Condamnation de Marine Le Pen : « Attaquer l'institution judiciaire, ce n'est pas seulement porter atteinte aux juges mais aussi aux fondements de notre démocratie », *Le Monde*, 02 avril 2025, [en ligne](#).

²⁹¹ Élection à la majorité qualifiée du Parlement, compétences juridiques exigées.

la Convention EDH pour la CEDH. L'idée n'est pas non plus de faire du Conseil constitutionnel une juridiction sur le modèle de la Cour suprême des Etats-Unis, au pouvoir immense et à la nomination très politique. Pour nuancer, il faut préciser que la Cour suprême opère un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, concret et *a posteriori* alors que le Conseil constitutionnel opère un contrôle par voie d'action, abstrait et *a priori* (*a posteriori* aussi cela dit depuis l'introduction de la QPC). Pour ce qui est des Etats-Unis d'ailleurs, nous pouvons nous attendre à ce que cette Cour suprême joue un rôle important dans les prochains mois. Si elle a consacré l'immunité présidentielle en matière de poursuites pénales après la fin d'un mandat dans *Trump v. United States*²⁹², elle a aussi suspendu l'expulsion de migrants vénézuéliens prononcée par D. J. Trump – de nouveau président – suite à la requête d'un groupe d'avocats²⁹³. La Cour ne semble donc pas encore totalement soumise au président des Etats-Unis, mais il s'agira de voir, à l'avenir, comment elle se positionne, alors qu'elle comporte six juges conservateurs, dont trois nommés par D. J. Trump, contre trois juges progressistes. Son avis sera particulièrement sensible en matière de droits de l'homme, alors que l'administration Trump semble avoir choisi comme chevaux de bataille la lutte contre l'immigration par tous les moyens et la persécution des personnes transgenres.

²⁹² SCOTUS, 1er juillet 2024, *Trump v. United States*, n° 23–939.

²⁹³ *A.A.R.P et al. v. Trump*, requête n°24A1007 (affaire pendante sur le fond). Le 16 avril 2025, mesure de suspension en urgence (*temporary restraining order*) de la décision d'expulsion, qu'on pourrait sensiblement rapprocher d'une ordonnance de référé-suspension en droit administratif français.

Bibliographie

I. Sources institutionnelles et juridictionnelles

Lorsqu'ils sont disponibles en ligne, les liens vers les textes et arrêts sont joints en cliquant sur le nom du texte ou de la juridiction.

Traités et textes européens

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

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

Article 12 – Droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. [...]

Article 14 – Interdiction de discrimination

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

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Article 9 - Droit de se marier et droit de fonder une famille

Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

[Directive](#) 2004/38/CE du 29 mai 2004.

Traité bilatéral

[Convention](#) du 10 août 1981 entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, décret n° 83-435 du 27 mai 1983.

Lois nationales

Allemagne

Loi de 1980 dite TSG pour *Transsexuellengesetz*, relative aux personnes transgenres (abrogée en 2024), citée dans [O.H. et G.H. c/ Allemagne](#).

[Gesetz](#) zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (loi portant introduction du droit au mariage pour les personnes de même sexe) du 20 juillet 2017.

Autriche

Mietrechtsgesetz (loi sur les loyers) de 1974 ; citée dans [Karner c/ Autriche](#).

Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (loi sur les partenariats enregistrés ouverts aux couples de même sexe) du 1er janvier 2010 ; citée dans [X et autres c/ Autriche](#).

France

Code civil

Code pénal

[Loi](#) n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS.

[Loi](#) n°2013-404 du 17 mai 2013 relative au mariage des couples de même sexe.

[Loi](#) n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[Loi](#) n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

[Loi](#) n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

Grèce

Loi n° 3719/2008,, « Réformes concernant la famille, les enfants et la société » du 26 novembre 2006 instaurant le *σύμφωνο συμβίωσης* (*pacte de vie commune réservé aux couples hétérosexuels*) ; citée dans [Vallianatos et autres c/ Grèce](#).

Italie

[Loi](#) n° 76 du 20 mai 2016 « *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze* » (relative à la réglementation des unions civiles entre personnes de même sexe).

Royaume-Uni

Marriage (Same Sex Couples) [Act](#), 2013 c. 30 : loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe.

Russie

Loi de la *Douma* (assemblée parlementaire) régionale de Riazan interdisant la « propagande pour les relations sexuelles non traditionnelles auprès des mineurs » du 3 avril 2006 ; citée dans [Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie](#).

Jurisprudence

Pour plus de lisibilité, les décisions sont listées par juridiction puis dans l'ordre chronologique.

Juridictions européennes

- **Cour européenne des droits de l'homme (Com. = Commission ; Gr. Ch. = Grande Chambre)**

[CEDH](#), 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

[CEDH](#), 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, n°7525/76.

[CEDH](#), 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, n°8225/79.

* * *

[CEDH](#), 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, n°10843/84.

[CEDH](#), 25 mars 1992, *B. c/ France*, n°13343/87.

[CEDH](#), 23 juin 1993 *Hoffmann c/ Autriche*, n°12875/87.

[CEDH](#), 26 mai 1994, *Keegan c/ Irlande*, n° 16969/90.

[Com. EDH](#), 15 mai 1996, *Roosli c/ Allemagne*, n° 28318/95.

[CEDH](#), 7 août 1996, *Johansen c/ Norvège*, n° 17383/90.

[CEDH](#), 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, 156/1996/775/976.

[CEDH](#), 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c/ Royaume-Uni*, n°31-32/1997.

[CEDH](#), 27 septembre 1999, *Smith et Grady, Lustig Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96.

[CEDH](#), 21 décembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, n° 33290/96.

* * *

[CEDH](#), 27 avril 2000, *Shackell c/ Royaume-Uni*, n° 45851/99 ; cité dans [Burden c/ Royaume-Uni](#).

[CEDH](#), 26 février 2002, *Fretté c/ France*, n° 36515/97.

[CEDH](#), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n° 28957/95.

[CEDH](#), 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, n°35968/97.

[CEDH](#), 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98.

[CEDH](#), 25 janvier 2007, *Eski c/ Autriche*, n° 21949/03.

[CEDH](#), 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01.

[CEDH](#), 22 janvier 2008, *E. B. c/ France*, n° 43546/02.

[CEDH](#), 29 avril 2008 (Gr. Ch.) *Burden c/ Royaume-Uni*, n°13378/05.

* * *

[CEDH](#), 2 mars 2010, *Kozak c/ Pologne*, n° 13102/02.

[CEDH](#), 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04.

[CEDH](#), 3 mai 2011, *Negreponitis-Giannisis c/ Grèce*, n° 56759/08.

[CEDH](#), 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, n° 25951/07.

[CEDH](#), 19 juillet 2012, *Koch c/ Allemagne*, n° 497/09.

[CEDH](#) (Gr. Ch.), 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c/ Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09.

[CEDH](#) (Gr. Ch.), 19 février 2013, *X et autres c/ Autriche*, n°19010/07.

[CEDH](#), 26 juin 2014, *Mennesson c/ France*, n° 65192/11.

[CEDH](#) (Gr. Ch.), 16 juillet 2014, *Hämäläinen c/ Finlande*, n°37359/09.

[CEDH](#), 21 juillet 2015, *Oliari et autres c/ Italie*, n°18766/11 et 36030/11.

[CEDH](#), 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c/ Italie*, n° 51362/09.

[CEDH](#) (Gr. Ch.), 24 janvier 2017, *Khamtokhu et Aksenchik c/ Russie*, n° 60367/08 et 961/11.

[CEDH](#), 20 juin 2017, *Bayev et autres*, n° 67667/09.

[CEDH](#), 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c/ Italie*, 26431/12, 26742/12, 44057/12 et al.

[CEDH](#), 26 octobre 2017, *Ratzenböck et Seydl c/ Autriche*, n° 28475/12.

* * *

[CEDH](#), 8 septembre 2022, *Drelon c/ France*, n° 3153/16 et 27758/18.

[CEDH](#), 22 novembre 2022, *D.B. et autres c/ Suisse*, n° 58817/15 et 58252/15.

[CEDH](#), 17 janvier 2023, *Fedotova et autres c/ Russie*, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/14.

[CEDH](#), 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c/ Allemagne*, n° 53568/18 et 54741/18.

* * *

- Cour de justice des Communautés Européennes (avant 2009) puis Cour de justice de l'Union Européenne

[CJCE](#), 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, n° 36.

[CJCE](#), 17 février 1998, *Grant c/ South West Trains Ltd*, C-249/96.

[CJCE](#), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci / Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07.

[CJUE](#), Gr. Ch., 5 juin 2018, *Coman c/ Roumanie*, C-673/16.

* * *

Juridictions nationales

Allemagne

[Bundesverfassungsgericht](#) (Tribunal constitutionnel fédéral), 4 juin 2017, 2 BvQ 29/ 17.

Autriche

Verfassungsgerichtshof (Cour constitutionnelle), 12 décembre 2003 ; cité dans [Schalk et Kopf c/ Autriche](#).

[Verfassungsgerichtshof](#), 4 décembre 2017, n° 258/2017 (communiqué de presse en anglais).

Espagne

[Tribunal constitucional de Espana](#) (Tribunal constitutionnel), 6 novembre 2012, n° 198/2012.

Etats-Unis

[SCOTUS](#), 30 juin 1986, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186.

[SCOTUS](#), 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 588.

[US Court of Appeal](#), 6th Circ. (Cour d'appel), 6 novembre 2014, *Deboer v. Snyder*, 772 F. 3d 388.

[SCOTUS](#), 28 juin 2015, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644.

[SCOTUS](#), 1er juillet 2024, *Trump v. United States*, n° 23–939.

SCOTUS, 16 avril 2024, [TPO](#) (*temporary restraining order*) pour l'affaire pendant *A. A. R. P. et al. v. D. J. Trump, President of the United States et al.*, requête n° 24A1007.

France

- Conseil constitutionnel

[Cons. Const.](#), 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, n° 99-419 DC.

[Cons. const.](#), 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre (interdiction du mariage entre personnes de même sexe)*, n° 2010-92 QPC.

[Cons. const.](#), 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, n° 2013-669 DC.

[Cons. const.](#), 8 juillet 2022, n° 2022-1003 QPC.

- Cour de cassation

[Cass.](#), Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, n° 73-10.615.

[Cass.](#), Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, n° 88-12.829.

[Cass.](#), Ass. plén., 31 mai 1991, 90-20.105.

[Cass.](#), Ass. plén., 11 décembre 1992, n° 91-11.900.

[Cass.](#), Civ. 3^{ème}, 17 décembre 1997, n°95-20.779.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 04-10.058.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, n° 06-15.647.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 07-12948.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2008, 07-20.468.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 6 avril 2011, 10-19.053.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2013, 12-18.315.

[Cass.](#), Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2015, n°13-50.059.

[Cass.](#), Civ. 1ère, 4 mai 2017, n° 16-17.189.

[Cass.](#), Civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 16-50.025, 16-16.901, 15-28.597, 16-16.495 et 16-16.455.

[Cass.](#), Ass. plén., 4 octobre 2019, n° 10-19.053.

[Cass.](#), Civ. 1ère, 18 décembre 2019, n° 18-12.327.

[Cass.](#), Civ. 1ère, 16 septembre 2020, 18-50.080, 19-11.251.

- *Cours d'appel*

[CA Paris](#), 15 juin 1990, n° XP150690X.

[CA Chambéry](#), 22 octobre 2013, n° 13/02258.

[CA Montpellier](#), 14 novembre 2018, n° 16/06059.

Italie

[Corte costituzionale della Repubblica Italiana](#) (Cour constitutionnelle de la République italienne), 15 avril 2010, n° 138.

[Corte suprema di cassazione](#) (Cour suprême de cassation), 15 mars 2012, n° 4184/12.

Portugal

Cour d'appel de Lisbonne, *Tribunal da Relação* (tribunal des affaires familiales), 9 janvier 1996 ; cité dans [Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal](#).

[Tribunal constitucional](#) (Tribunal constitutionnel), 9 juillet 2009, n° 359/2009.

Royaume-Uni

[EWHC](#), 2 février 1970, *Corbett v. Corbett (otherwise Ashley)*.

Communications des juridictions (rapports, avis, communiqués)

- Compte-rendu des discussions du Conseil constitutionnel, séance du 9 novembre 1999 sur la loi n° 99-944 adoptée le 13 octobre 1999 instaurant le PACS.

https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2025-01/pv_1999-11-09.pdf

- Cour de cassation, 5 octobre 2018 (communiqué), « GPA réalisée à l'étranger et transcription d'acte de naissance en France ».
<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/20767>
- CEDH, Gr. Ch., 10 avril 2019, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, n° P16-2018-001.
<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22003-6380431-8364345%22%7D>
- Conseil de l'Europe, greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, « Les droits des personnes LGBTI+ », *Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 31 août 2024.
https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_lgbti_rights_fre

II. Sources académiques

Ouvrages

- Behrendt C., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand* (thèse sous la direction du prof. O. Pfersmann), LGDJ, 2006.
- Ben Hadj Yahia S., Kessler G. (dir.) et alii, *Le concubinage : entre droit et non-droit*, Lexis Nexis, 2021.
- Branaa J-E., *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, 2006.
- Brunetti-Pons C. (dir.) et alii, *La complémentarité des sexes en droit de la famille*, Mare & Martin, 2014.
- Dupré de Boulois X., (coord.) et alii. *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2023.
- Favoreu L., Duffy-Meunier A. et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2021 (8ème édition).
- Gaïa P. et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz (19e édition), 2018.
- Halpérin J.-L., *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Flammarion, 2020.
- Jestaz, P., *Les sources du droit*, Dalloz, 2022.

- Le Bras - Chopard A., *Le mariage pour tous*, Dalloz, 2017.
- Michel P., *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre* (thèse sous la direction du prof. F. Rouvière), Mare & Martin, 2023.
- Niboyet M.-L., De Geouffre G. *et alii*, *Droit international privé*, LGDJ, 2023 (8ème édition).
- Scheinin M., Krunke H. (ed.) *et alii*, *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*, Elgar, 2016²⁹⁴.
- Schramm B. K. (dir.) *et alii*, *Queer(s) et droit international*, Société de législation comparée, 2021.
- Sizaïre, V. *Gouverner les juges : pour un pouvoir judiciaire pleinement démocratique*, La Dispute, 2024.
- Sperti A., *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Bloomsbury, 2017.
- Sudre, F. (dir.) *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 9ème édition, 2019.
- Sudre, F. (dir.) *et alii*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2025 (17e éd.).

Articles de revues

- Behrendt C., « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006.
https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/quelques-reflexions-sur-l-activite-du-juge-constitutionnel-comme-legislateur-cadre/#i_la_notion_d%3C%3C_interference_%3E%3E
- Hartman F., « Effets de la modification du sexe à l'état civil », *Le droit des personnes et de la famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, IEJ de Paris 1, 20/07/2016.
<https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/libertes-famille/lecon1/sect2/i/c-effets-modification-sexe/>
- Ippolito D., Noûs C., « Prohibitions pénales et laïcité du droit : Adultère, homosexualité et infanticide chez Beccaria », *Dix-huitième siècle*, 2021/1 n° 53, p.673-698.

²⁹⁴ Particulièrement Krunke H., 'Courts as protectors of the people: constitutional identity, popular legitimacy and human rights', p. 71-93 ; et Thor Björgvinsson D., 'The role of judges of the European Court of Human Rights as guardians of fundamental rights of the individuals', p. 329-351.

<https://shs-cairn-info.ressources-electroniques.univ-lille.fr/revue-dix-huitieme-siecle-2021-1-page-673?lang=fr>.

- Marguénaud, J-P., « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *Revue trimestrielle de droit civil*, n°4 du 30/12/2010, p. 738-740.
<https://www-dalloz-fr.ressources-electroniques.univ-lille.fr/documentation/Document?id=RTDCIV/CHRON/2010/0238>
- Mauras A., Berthout A. *et alii*, « Le mariage entre personnes de même sexe devant le juge », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019 chron. n°08.
<https://revuedlf.com/droit-constitutionnel/chronique-de-droit-constitutionnel-compare-2019-le-mariage-entre-personnes-de-meme-sexe-devant-le-juge/>

Actualité juridique

- Agbale S., « La légalisation du mariage entre personnes de même sexe en Angleterre – Le ‘Marriage (Same Sex Couples) Act’ 2013, ultime étape de la reconnaissance juridique des cellules familiales fondées par un couple homosexuel ? », *Les blogs pédagogiques*, Université Paris Nanterre, 29/04/2016.
<https://blogs.parisnanterre.fr/article/la-legalisation-du-mariage-entre-personnes-de-meme-sexe-en-angleterre-le-marriage-same-sex>
- Boiché A., « Le droit marocain prohibant le mariage entre deux personnes de même sexe est contraire à l'ordre public international », *AJ Famille* 2015 n°3, 18/03/2015, p. 172.
<https://www-dalloz-fr.ressources-electroniques.univ-lille.fr/documentation/Document?ed=enseignants&id=AJFAM%2FJURIS%2F2015%2F0115&scroll=AJFAM%2FJURIS%2F2015%2F0115#>
- Coustet T., « CEDH : les États bénéficient d'une “marge d'appréciation étendue” », *Dalloz Actualités*, 21/12/2017.
<https://www-dalloz-fr.ressources-electroniques.univ-lille.fr/documentation/Document?id=ACTU0188305>
- Gareil-Sutter L., « GPA et transcription de l'acte de naissance de l'enfant : la Cour de cassation persiste et signe », *Dalloz Actualités*, 03/12/2020,
<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/gpa-et-transcription-de-l-acte-de-naissance-de-l-enfant-cour-de-cassation-persiste-et-signe>
- Gouttenoire A., « Jurisprudence : le pacsé n'est pas un conjoint », *La lettre juridique : Famille et personnes*, n°298, 27/03/2008.
<https://www.lexbase.fr/article-juridique/3209953-jurisprudence-le-pacse-nest-pas-un-conjoint>

- Hervieu M., « Filiation des enfants nés d'une GPA : coup d'arrêt pour la transcription totale des actes d'état civil étrangers », *Dalloz actualités*, 27/09/2021.
<https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/filiation-des-enfants-nes-dune-gpa-coup-darret-pour-la-transcription-totale-des-actes-de/h/6a7e9798349d6e322a47a57f01248a10.html>
- Jaegle, C., « Die "Ehe für alle" : quand l'Allemagne adopte le "mariage pour tous" » , *Les blogs pédagogiques*, Université Paris Nanterre, 29/04/2016,
<https://blogs.parisnanterre.fr/article/die-ehe-fur-alle-quand-lallemagne-adopte-le-mariage-pour-tous-francois-manon-gaudin-berenice>
- Legendre R., « Gestation pour autrui à l'étranger : du nouveau dans la reconnaissance du lien de filiation », *Le Club des Juristes*, 11/10/2024,
<https://www.leclubdesjuristes.com/societe/gestation-pour-autrui-a-letranger-du-nouveau-dans-la-reconnaissance-du-lien-de-filiation-7246/>
- Legendre, R., « Gestation pour autrui à l'étranger : l'absence de lien biologique avec le parent d'intention n'est plus un obstacle à la reconnaissance de la filiation », *Le Club des Juristes*, 22/11/2024,
<https://www.leclubdesjuristes.com/societe/gestation-pour-autrui-a-letranger-labsence-de-lien-biologique-avec-le-parent-dintention-nest-plus-un-obstacle-a-la-reconnaissance-de-la-filiation-7973/>
- Mesnil M., « Ne suis-je pas un homme ? La filiation des personnes trans devant la CEDH », *Dalloz Actualité*, 16/05/2023.
<https://www.dalloz-actualite.fr/node/ne-suis-je-pas-un-homme-filiation-des-personnes-trans-devant-cedh>

III. Sources non-académiques

- Entretien n°1 : Laurent Fichot, avocat général près la Cour d'appel de Rennes et ancien procureur adjoint du parquet civil de Nantes, 8 avril 2025.
- Entretien n°2 : Félix Delaporte, magistrat judiciaire français en mise à disposition en tant que juriste auprès de la CEDH, 15 avril 2025.
- Fiche d'orientation « Sexe », mars 2024, Dalloz, en ligne,
<https://www.dalloz-fr.ressources-electroniques.univ-lille.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000928#>
- Biseau G., Lefilliâtre J. (entretien avec Christophe Soulard, premier président de la Cour de cassation), « Condamnation de Marine Le Pen : "Attaquer l'institution judiciaire, ce n'est pas seulement porter atteinte aux juges mais aussi aux fondements de notre démocratie" », *Le Monde*, 02 avril 2025, en ligne :

https://www.lemonde.fr/societe/article/2025/04/01/condamnation-de-marine-le-pen-attaquer-l-institution-judiciaire-ce-n-est-pas-seulement-porter-atteinte-aux-juges-mais-aussi-aux-fondements-de-notre-democratie_6589524_3224.html

- Quinqueton D., Bolter F., « Discours national et droits LGBTI+, hier et aujourd'hui », conférence organisée par l'antenne de la Fondation Jean Jaurès à Sciences Po Lille dans le cadre de son cycle annuel *La gauche et le discours national*, 21 janvier 2025. Notes personnelles (Mathilde Genet).
- Ratzinger J. (Card.), *Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes de même sexe*, Congrégation pour la doctrine de la foi, Rome (Vatican), 3 juin 2003, en ligne :
https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_fr.html#:~:text=Dans%20les%20unions%20homosexuelles%2C%20sont,survivance%20de%20l'esp%C3%A8ce%20humaine.
- Valade P., Pastorello T., Mauduit X., « 1750, l'homosexualité au bûcher », *Crimes, tabou, péché, juger l'intime*, Le cours de l'histoire - France Culture, 05/11/2024, en ligne :
<https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-cours-de-l-histoire/1750-l-homosexualite-au-bucher-8879471>

Annexes

Annexe n°1 : Etats du monde reconnaissant le mariage des personnes de même sexe

[Statista](#), 19 juin 2024.



Annexe n°2 : Etats de l'UE reconnaissant le mariage des couples de même sexe ou leur union civile

[Toute l'Europe](#), 16 février 2024

Remarques : le Royaume-Uni, la Norvège, la Suisse et l'Islande reconnaissent également le mariage pour tous. La Grèce a adopté le mariage « pour tous » en janvier 2024 et la Lettonie l'union civile en novembre 2023 mais les lois n'étaient pas encore en vigueur au moment de la création de cette carte.

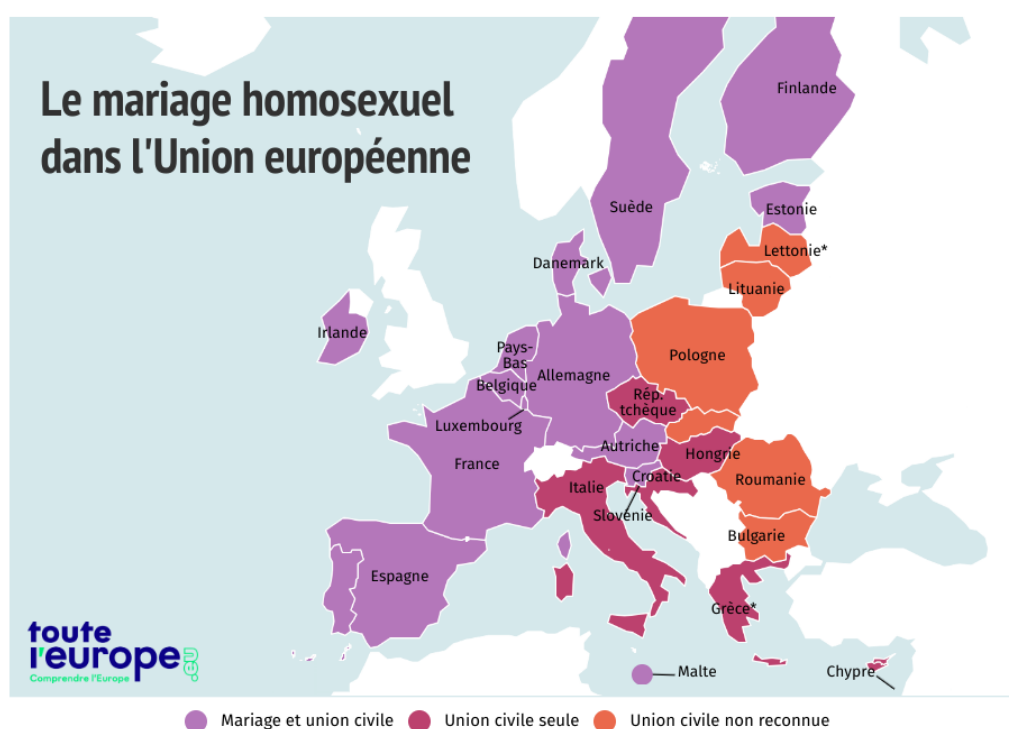


Table des matières

Résumé et mots-clés	2
Remerciements	3
Liste des acronymes et abréviations	4
<u>Introduction</u>	7
I. Cadre analytique	8
A/ Termes et cadrage	8
B/ Méthodologie de la recherche	9
II. État de l’art : contexte historique, sémantique et juridique	10
A/ La question de l’homosexualité en Europe : entre répression, tolérance et protection des droits	10
1. <i>L’homosexualité, de péché biblique à interdit moral</i>	10
2. <i>La répression pénale de l’homosexualité en Europe (époque moderne et contemporaine)</i>	12
3. <i>De la dépénalisation à une protection des droits ?</i>	14
B/ Le mariage : une institution excluante ?	15
1. <i>La conception chrétienne aux sources du mariage en Europe : dimension sacramentelle, complémentarité des sexes et procréation</i>	15
2. <i>Le mariage comme contrat et état juridique</i>	17
3. <i>Le mariage comme droit fondamental... pour tous ?</i>	18
C/ Juges européens, droit européen et droits de l’homme	19
1. <i>Droits de l’homme : les principes et textes européens</i>	19
2. <i>La Cour européenne des droits de l’homme</i>	21
3. <i>La Cour de justice de l’Union européenne</i>	22
III. Problématisation	23
<u>I. La construction prétorienne progressive de droits pour les couples de même sexe</u>	24
A/ Les balbutiements du juge européen, de la protection de la vie privée des personnes homosexuelles aux prémices de la reconnaissance des couples de même sexe	24

<u>1. La consécration juridique de la liberté sexuelle, point de départ de la protection de la vie privée des personnes homosexuelles</u>	25
a) La condamnation des reliquats de la criminalisation de l'homosexualité	25
b) La protection des personnes homosexuelles contre les discriminations	28
<u>2. La reconnaissance précautionneuse de l'existence du couple homosexuel de facto</u>	30
a) La circonscription du concubinage aux couples hétérosexuels	30
b) La reconnaissance timide de l'existence des unions homosexuelles de fait	32
B/ La relative prise d'assurance du juge dans la protection de la vie familiale des couples de même sexe	33
<u>1. L'affirmation du droit à un statut juridique protecteur du couple</u>	34
a) La neutralité prudente du juge européen sur le mariage	34
b) La reconnaissance affirmée du droit à un pacte protecteur des couples de même sexe	36
<u>2. Une protection partielle de la parentalité des personnes et couples homosexuels</u>	38
a) Le droit d'une personne homosexuelle à la jouissance de ses droits parentaux	39
b) Le droit de devenir parents ?	41
<u>II. La portée de la construction juridictionnelle de droits pour les couples de même sexe</u>	45
A/ L'affirmation en demi-teinte d'obligations pour les Etats tirées de cette création de droits	45
<u>1. La portée équivoque des obligations de protection des couples de même sexe et de leurs famille</u>	45
a) La confirmation d'une obligation positive d'accorder un statut juridique protecteur aux couples de même sexe	46
b) Une obligation négative de protection contre les discriminations en matière d'adoption, sans consacrer pour autant un droit absolu à l'enfant	50
<u>2. La délicate question du mariage : entre marge nationale d'appréciation et « division du travail » de réforme juridique</u>	56
a) L'immobilisme du juge de la CEDH sur la question du mariage à la lumière de la marge nationale d'appréciation	56
b) L'attitude volontariste du juge national face à l'inertie du juge européen	60

B/ Rivalité des normes, matières nouvelles : le juge face au flou juridique	63
<u>1. L'arbitrage entre des normes rivales à l'ère de l'internationalisation</u>	63
a) La position protectrice des juges européens sur les litiges en matière d'immigration et de libre-circulation	64
b) La « débrouillardise » des magistrats face aux enjeux de droit international privé... et public	69
<u>2. Les tâtonnements du juge face aux matières et préoccupations nouvelles</u>	73
a) « Engendrer en femme, enfanter en homme », le traitement prétorien de la transidentité sous l'angle du mariage et de la filiation	73
b) Le changement de cap du juge français sur la question de la gestation pour autrui	81
 <u>Conclusion</u>	 88
<u>Bibliographie</u>	91
I. Sources institutionnelles et juridictionnelles	91
Traités et textes européens	91
Traité bilatéral	92
Lois nationales	92
Jurisprudence	93
<i>Juridictions européennes</i>	93
<i>Juridictions nationales</i>	96
Communications des juridictions (rapports, avis, communiqués)	98
II. Sources académiques	99
Ouvrages	99
Articles de revues	100
Actualité juridique	101
III. Sources non-académiques	102
 <u>Annexes</u>	 104
<u>Table des matières</u>	106