

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

LA PROTECTION DU MARIAGE ET DE LA FAMILLE
EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME:
MYTHE OU RÉALITÉ?

1. Introduction. — 2. La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et les Pactes de l'ONU (1966). — 3. La Convention européenne des Droits de l'homme (1950) et les autres instruments du Conseil de l'Europe. — A. Les textes. — B. La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. — 1) Le transsexualisme. — 2) L'homosexualité — 4. La Charte européenne des droits de l'homme (2000) et le Traité constitutionnel de l'Union européenne (2004). — A. Les textes. — B. La jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg — 5. Réflexions conclusives.

1. *Introduction.*

Éclairé par une riche tradition pluriséculaire, le *canoniste* est rompu aux concepts de mariage et de famille. Pour lui, la famille se fonde tout naturellement sur le mariage. Ces deux réalités connexes ne sont *pas* envisagées comme des *constructions* purement humaines de nature consensuelle et donc indéfiniment évolutives. Le consensualisme est, en effet, exclusivement limité à la formation du mariage sans s'étendre à son identité et à son contenu (cf. can. 1057 § 1). Si cela va de soi aux yeux du canoniste, c'est que, par cohérence scientifique et professionnelle, celui-ci est conscient d'avoir affaire à des institutions prédéterminées par un projet divin, portant le sceau du droit divin révélé (spécialement dans la *Genèse*⁽¹⁾) et du droit naturel. Ces institutions possèdent dès lors des propriétés essentielles (cf. cc. 1055-1057) qui fondent le droit

(1) Cf. Gen 1, 27; 2, 18; 2, 20 et 2,24.

canonique du mariage et de la famille (cf. cc. 22 et 1075) et ne peuvent être abandonnées à l'autonomie de la créature.

Au-delà des diversités de formes culturellement élaborées dans le temps et dans l'espace, cette structure essentielle du mariage fut l'objet d'un respect ininterrompu pendant des millénaires. Elle fut assumée et soutenue au plan juridique (canonique et séculier) par le droit naturel classique. De ce point de vue, le mariage a été défini comme « l'union juridique, pleine et totale, d'un homme et d'une femme dans leur masculinité et leur féminité, comportant une communauté indivisible de vie, ordonnée à la génération et à l'éducation des enfants ainsi qu'à l'aide mutuelle » (2).

Or, de nos jours, ces repères familiers au canoniste viennent à manquer au juriste séculier et tout particulièrement au *civiliste*. Parmi les nombreux signaux d'alarme lancés ces dernières années par des juristes, l'on mentionnera le professeur Meulders-Klein évoquant la perspective d'un « voyage sans destination » (3) suite à la dilution d'une notion de famille devenue peu à peu « introuvable » (4). Certes, des irrégularités, des désordres, des déformations ont pu être constatés à toutes les époques, mais observe le philosophe Sergio Cotta (5), il s'agissait de « phénomènes toujours définis, ou définissables, comme déviations du modèle originaire ». Depuis la fin du siècle dernier, il en va autrement: c'est le *rejet de tout modèle originaire* qui tend à se propager. Dès lors, l'on assiste à une radicale remise en question des institutions mêmes du mariage et de la famille.

D'un point de vue juridique, la crise du droit de la famille s'explique par la mise à l'écart progressive du droit naturel (6) dans

(2) J. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho natural. Parte especial*, Eunsa, Pampelune, 1989, p. 121 (traduction libre).

(3) M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Rapport de synthèse » dans Collectif, *Internationalisation des droits de l'homme et droit de la famille* (dir. F. Dekeuwer-Defossez), LGDJ, Paris, 1996, p. 179.

(4) M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit (1968-1998). Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1999, p. 520.

(5) Voir S. COTTA, « Principes anthropologiques et éthico-juridiques de la famille », dans *Les droits de la famille* (J.-B. d'Onorio et S. Cotta éd.), Téqui, Paris, 1996, p. 182.

(6) Pour rappel, cette mise sur la touche du droit naturel a été en quelque sorte préparée par la regrettable confusion entre le droit naturel classique et le droit

la plupart des systèmes juridiques. Il faut se rendre à l'évidence: hormis dans le cadre de certains droits religieux et, particulièrement en droit canonique, le droit naturel a cessé d'être opérationnel au sein des systèmes juridiques⁽⁷⁾. Cela signifie l'abandon du droit naturel comme sous-bassement de l'édifice éthico-juridique de la société, avec toutes les conséquences déplorables que cela suppose pour le tissu social. Loin de faire exception à cette évolution, le droit de la famille constitue l'un des domaines où la désaffection à l'égard du droit naturel est la plus manifeste.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que le rôle de protection de l'identité familiale comme structure de base de la société qu'assurait le droit naturel n'a pas pu être repris par la morale, hormis ce qui rentre dans la notion vague de « moralité publique », pour le motif que les positions éthiques sont d'ordinaire rangées dans l'ordre des convictions privées. Leur invocation pourrait être interprétée comme une ingérence dans l'État de droit et donc toute incidence directe sur la vie politique lui est niée. Mais alors quelle discipline serait à même de reprendre le témoin des valeurs éthiques? Depuis quelques décennies, les droits de l'homme s'affirment de plus en plus comme le dernier ciment éthique de nos sociétés, mais la question se pose de savoir si ce droit en pleine expansion a vraiment les moyens d'une telle ambition. D'abord, il faut rappeler une évidence: chaque science a un objet matériel et formel propre et est en quelque sorte irremplaçable. De ce point de vue, dans le concert des sciences, les droits de l'homme ne peuvent usurper son rôle à l'éthique⁽⁸⁾. Ensuite, dans la mesure où il s'agirait de combler le vide laissé par la morale sur la scène politique, cela ne va pas sans poser

moderne rationaliste, que Michel Villey a admirablement illustrée (voir notamment M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Éd. Montchrétien, Paris 1975).

(7) Concernant l'éclipse du droit naturel en droit séculier et l'avènement du droit de droits de l'homme, qui peut à son tour être interprété, sous certains aspects seulement, comme une manifestation du droit naturel, voir J.-P. SCHOUPE, « Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes », dans *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 29-67.

(8) L'on rappellera à ce sujet les encycliques de Jean-Paul II, *Veritatis splendor* (6 août 1993) et *Evangelium vitæ* (25 mars 1995). Voir aussi la réflexion du Cardinal J. HERRANZ sur les termes de « liberté » et « vérité » dans le Magistère de Jean-Paul II, « Jean-Paul II: structure morale de la liberté » dans *L'Osservatore romano* en langue française n. 20, 17 mai 2005, p. 12-14.

certains problèmes liés notamment à l'*ambiguïté* qui caractérise le droit des droits de l'homme, une ambiguïté proportionnelle à son haut degré de prestige et d'acceptation sociale⁽⁹⁾.

En tout état de cause, ce nouveau droit voit son emprise sur les législations nationales sans cesse croissante. Il ne se prive pas de dicter les repères éthiques de la vie en société. Ainsi, dans l'Union européenne, un haut pourcentage de nos législations nationales, sont désormais une mise en œuvre des directives communautaires. Et ces dernières traitent toujours plus des sujets sociaux à fortes implications éthiques. Il est, dès lors, capital de cerner le *droit européen des droits de l'homme* qui inspire, oriente, voire détermine dans une certaine mesure, le domaine matrimonial et familial de nos pays. Sa connaissance est nécessaire pour tenter d'orienter le droit dans un sens qui soit le plus respectueux possible de la véritable dignité de l'homme et de la femme, des enfants, du mariage et de la famille⁽¹⁰⁾. Or, comme nous aurons l'occasion de la constater, la tendance dominante consiste plutôt à substituer à l'institution objective une vision contractualiste et individualiste des unions, au point de rendre ces réalités malléables en fonction de l'autonomie des volontés individuelles. De la sorte, se produit une dilution du concept d'institution (à dimension publique), qui prépare le terrain à une organisation plurielle de modèles d'unions revendiquant, sans légitimité mais de manière toujours plus résolue, le « label » de familles.

Notre examen des traités et déclarations des droits de l'homme portera principalement sur le mariage, le droit au mariage, la famille ainsi que sur la vie familiale et la vie privée. Il comportera trois étapes. Nous commencerons par le niveau universel, avant d'aborder le plan européen, et enfin l'échelle communautaire. Nous aurons ainsi l'occasion de jauger les différents niveaux de protection dont jouissent le mariage et la famille tels qu'ils apparaissent non seulement dans les textes mais aussi et surtout au

(9) Sur l'ambiguïté des droits de l'homme et du concept de dignité dans le contexte de la Charte et du Traité, voir J.-P. SCHOUPPE, « Les droits fondamentaux dans le futur Traité constitutionnel de l'Union européenne. Questions d'éthique juridique et de liberté religieuse », dans *Ius Ecclesiae* 15 (2003), p. 204 ets.

(10) La *Charte des droits de la famille*, publiée par le Saint-Siège en 1983, qui synthétise les principaux éléments de l'institution familiale dans les « considérant » de son préambule, fut élaborée dans ce sens.

travers de leur l'interprétation et de leur mise en œuvre par les instances compétentes.

2. *La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et les Pactes de l'ONU (1966).*

La Déclaration universelle des droits de l'homme (dorénavant DUDH), instrument fondateur s'il en est, souligne sans ambages que la famille est « l'élément naturel et fondamental de la société ». Dès lors « celle-ci a droit à la protection de la société et de l'État » (art. 16 § 3). De manière très classique, le § 1 dudit article affirme l'*unicité* du droit de se marier et de fonder une famille ainsi que le caractère *hétérosexuel* du mariage, avec une référence explicite à l'homme et à la femme. Outre l'égalité des époux, l'on y reconnaît le critère de l'âge nubile ainsi qu'un droit au mariage qui ne saurait faire l'objet d'injustes discriminations quant à la race, la nationalité ou la religion ⁽¹¹⁾. La question de la « vie privée » est abordée à l'art. 12, à côté de la famille, dans l'optique de la protection des droits individuels contre des immixtions ou des atteintes de la loi, non seulement dans la vie privée ou dans la famille, mais aussi en ce qui concerne le domicile, la correspondance, l'honneur et la réputation. Les contextes sont donc assez nettement différenciés: tandis que l'art. 16 protège le mariage et la famille, l'art. 12 assure la défense de l'individu par rapport à la loi dans une série de domaines ⁽¹²⁾.

La protection maximale accordée à la famille et au mariage va devenir *juridiquement contraignante* pour les États contractants qui les ratifieront grâce aux pactes de l'ONU de 1966. D'abord l'art.

(11) « 1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. » (art. 16 DUDH).

(12) « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 12 DUDH).

10 § 1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* réitère la nécessité d'assurer « une protection et une assistance aussi larges que possible » à la famille, « élément naturel et fondamental de la société ». De manière plus précise quant à notre sujet, l'art. 23 du *Pacte international de droits civils et politiques* reprend tous les aspects affirmés dans l'art. 16 de la DUDH et rend leur respect obligatoire pour les États signataires⁽¹³⁾. De même, l'art. 17 transpose dans ledit Pacte l'art. 12⁽¹⁴⁾.

Ces différents documents manifestent l'intérêt que porte l'Organisation des Nations Unies à la protection juridique du mariage et de la famille. Mais si l'on regarde au-delà des textes, à l'inverse des instruments européens, les dispositions onusiennes ne font pas l'objet d'un contrôle ni d'une interprétation jurisprudentiels, vu l'inexistence d'une Cour de justice spécifique. Leur mise en œuvre et leur interprétation sont confiées à des organismes non judiciaires tels le Comité des droits de l'homme. Sur la base de l'art. 23 § 2 du Pacte, le Comité a jusqu'à présent conçu le mariage comme hétérosexuel et a refusé de considérer les relations homosexuelles comme constitutives d'une vie familiale⁽¹⁵⁾.

Cependant, force est de constater que la ligne d'action des comités de l'ONU a perdu de sa transparence notamment sur les questions familiales et sexuelles, ce qui hypothèque l'avenir de la protection du mariage et de la famille par ces organismes. Cela se doit, entre autres, à l'influence qu'exercent certains *lobbies* extrêmement actifs et bien organisés qui se sont infiltrés dans de nombreux rouages de l'organisation. Nonobstant ces considérations, les

⁽¹³⁾ « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.

2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.

3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.

4. Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire ». (art. 23 PDGP).

⁽¹⁴⁾ Par ailleurs, de nombreux aspects des droits de l'enfant sont garantis dans la *Convention sur les droits de l'enfant* (1989).

⁽¹⁵⁾ Voir *Juliet Joslin et consorts c. Nouvelle Zélande*, constatation du 17 juillet 2002.

textes fondateurs des droits de l'homme universels demeurent sur pied, avec toute la valeur morale, et parfois la force juridique, qui leur revient. De surcroît, ils sont à la source des instruments régionaux des droits de l'homme, notamment européens, qui reflètent, peu ou prou, l'inspiration authentiquement humanitaire de 1948.

3. *La Convention européenne des Droits de l'homme (1950) et les autres instruments du Conseil de l'Europe.*

A) *Les textes.*

Dans le droit fil de cette étape onusienne, s'est progressivement dessinée la protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, à partir de la *Convention européenne des droits de l'homme* (dorénavant CEDH). Deux ans après la Déclaration universelle (c-à-d. seize ans avant les Pactes onusiens!), le Conseil de l'Europe franchissait un pas important en atteignant, grâce à la Convention, le stade de la protection juridiquement contraignante des droits humains. Quant à la formulation des textes sur les droits fondamentaux à l'échelle européenne, nous retrouvons les deux grands pôles déjà repérés dans les documents de l'ONU: il y a, d'une part, ce qui a trait au *droit au mariage* (art. 12) et, de l'autre, ce qui est du ressort de la protection de la *vie privée* (art. 8). En outre, il faudra tenir compte de l'art. 14 sur l'interdiction de la discrimination. Cette disposition ne mentionne pas explicitement l'orientation sexuelle, mais elle comporte l'adverbe «notamment» indiquant le caractère non exhaustif de l'énumération des discriminations interdites par cet article. L'on signalera également qu'au grand dam de certaines associations favorables à une extension de la formulation, le protocole n. 12 sur la non-discrimination, actuellement en cours de ratification et qui fera du droit à la non-discrimination un droit autonome, ne comporte pas davantage de référence expresse à l'orientation sexuelle⁽¹⁶⁾. Signalons encore l'existence de la *Charte sociale européenne* (1961). Bien

⁽¹⁶⁾ En voici le texte: «La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination 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» (art. 1 § 1).

qu'il n'ajoute aucun élément décisif concernant la compréhension du mariage et de la famille, son art. 16 reconnaît un droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique. Par ailleurs, il rappelle que la famille est la « cellule fondamentale de la société », compensant ainsi, dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'omission sur ce point précis que l'on constate dans la CEDH⁽¹⁷⁾.

Cette dernière traite la protection du mariage et de la famille comme un objectif prioritaire. Son art. 12⁽¹⁸⁾ conserve les traits les plus essentiels des institutions concernées, à savoir le maintien de l'*unicité* du droit de se marier (pour qui a l'âge nubile) et de fonder une famille ainsi que l'affirmation de l'*hétérosexualité*, avec un renvoi aux lois nationales qui régissent l'exercice de ce droit. Cette disposition a toujours été interprétée dans le sens de la *monogamie*. Par ailleurs, les juges ont jusqu'ici refusé de déduire de l'art. 12 un droit au divorce qui obligerait les États à prévoir cette possibilité dans leur droit civil⁽¹⁹⁾.

La clarté et la fermeté avec lesquelles l'art. 12 défend le mariage sont toutefois relativisées par les incertitudes introduites par l'art. 8 sur la protection de la *privacy*. Celui-ci introduit une modification qui n'est anodine qu'en apparence. Il n'y est plus question de la protection des droits de l'individu par rapport à une loi étatique susceptible de porter atteinte à sa vie privée *ou* à sa vie familiale, au même titre que l'on protège son droit à la non-violation de son domicile et de sa correspondance. L'on observe ici l'apparition d'une notion novatrice aux contours flous: la « vie privée *et* familiale »⁽²⁰⁾, laquelle a été qualifiée, à juste titre, de « concept gigogne »⁽²¹⁾.

(17) « En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties Contractantes s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de la famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées. » (art 16).

(18) « 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. » (art. 12 CEDH).

(19) Cf. *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 54.

(20) « §1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». (art. 8 CEDH).

(21) F. SUDRE, « Les aléas de la notion de "vie privée", dans Collectif, *Mélanges L-E Petiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 687.

B) *La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg.*

Au-delà des textes, la protection effective des droits fondamentaux appelle l'analyse complémentaire de la jurisprudence. Apparaissent ainsi, dans le même temps, une tension et une tentative de conciliation entre « l'intégrité de l'écrit conventionnel » et les « nécessités de l'interprétation évolutive » réalisée de manière prétorienne⁽²²⁾. Concernant l'art. 12, qui garantit une protection du principe selon lequel la famille est fondée sur le mariage, l'on constate que la Cour a introduit des exceptions à ce principe, en étendant la protection « familiale » à des unions de fait, pourvu qu'il y ait une certaine consistance de « liens interpersonnels effectifs » susceptibles de rentrer dans la « vie familiale » au sens de l'art. 8⁽²³⁾. Dans ce sens, on rappellera l'arrêt *Marckx c. Belgique*. Cet arrêt célèbre, qui avait mis fin à la distinction entre famille « légitime » et famille « naturelle » (§ 31), rappelait par ailleurs que la protection de la famille traditionnelle est justifiée et peut fonder une différence de traitement qui, autrement, paraîtrait discriminatoire⁽²⁴⁾.

Mais ces constats doivent s'accompagner d'une réflexion critique: à partir du moment où l'on ne s'en tient plus au critère de la légitimité traditionnelle, l'on s'aventure sur une pente glissante, dont on connaît le début mais nullement le point de chute... L'on a de plus en plus affaire à une nouvelle vision de la vie familiale selon laquelle *l'effectivité des liens interpersonnels* et *l'apparence familiale* interviendraient comme des facteurs complémentaires de la parenté⁽²⁵⁾. La notion de « vie privée et familiale » vient brouiller les cartes, éroder le concept de vie familiale, le privatiser et l'exposer à des velléités individualistes. À cet égard, de fortes pressions

(22) M. LEVINET, « Couple et vie familiale », dans Collectif, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129.

(23) À ce sujet voir notamment *Elsbolz*, 13 juillet 2000, § 43: « La notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations familiales fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »

(24) Voir aussi, dans le même sens, bien que plus timidement, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, § 50.

(25) Voir à ce sujet l'analyse de F. SUDRE, « Rapport introductif », *o. c.*, p. 20 et s.

sont exercées dans les assemblées européennes⁽²⁶⁾, en vue de consacrer le droit absolu de toute personne à *choisir son identité sexuelle* et à *mener une vie conforme* à cette option. Ces thèses invoquent la notion anglo-américaine de *gender* qui, en diluant l'identité sexuelle biologique dans la communauté du genre, est censée justifier un sentiment d'identité sexuelle aboutissant à la primauté du choix autonome du sujet conscient, même si celui-ci est en discordance par rapport à ses propres données morphologiques. Si bien qu'en matière de vie privée et familiale, la Cour donne parfois l'impression de donner d'une main, sous le couvert de l'art. 8, ce qu'au nom de l'art. 12, elle continue de refuser catégoriquement de l'autre⁽²⁷⁾. Cette tension entre l'interprétation des deux dispositions susmentionnées est particulièrement perceptible dans les questions du transsexualisme et de l'homosexualité.

Mais, avant d'aborder ces deux thématiques, une question mérite d'être posée: faut-il voir un parallélisme entre le transsexualisme et l'homosexualité ou s'agit-il plutôt de deux réalités à aborder isolément? Un certain nombre de prétentions sont communes: on fait valoir son orientation sexuelle; on veut former un couple qui n'est pas de sexe biologiquement différent; au nom du droit à l'égalité, on entend jouir de droits comparables aux couples mariés; on ne se contente pas de mener une vie (privée) de couple, mais on aspire aussi à une vie familiale. Néanmoins, la revendication du transsexuel se situe à l'antipode de la démarche homosexuelle en ce que, la conversion une fois effectuée et les actes d'état civil une fois rectifiés, le transsexuel, qui s'estime ainsi reconnu quant au sexe auquel il considère avoir toujours psychologiquement appartenu, veut absolument un mariage *hétérosexuel*. La ré-

⁽²⁶⁾ Voir notamment la Résolution du Parlement européen sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, 12 septembre 1989. Concernant l'homosexualité, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'est pas en reste (voir les recommandations 1470 et 1474, du 30 juin 2002). C'est toutefois le Parlement européen qui a adopté les textes les plus engagés sur la question homosexuelle (voir B. GUIGUET, «Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe», dans *Cahiers de droit européen*, 35 [1999], n. 5-6, p. 559).

⁽²⁷⁾ La relation entre ces deux dispositions de la Convention a été analysée comme celui d'une *lex specialis* (art. 12) par rapport à une *lex generalis* (art. 8). C'est ce qui a notamment permis aux juges saisis d'une question de divorce, de faire prévaloir la loi spéciale, et donc la protection du mariage, en constatant l'absence d'un droit au divorce (cf. *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 54).

ponse à la question posée est donc complexe et demande des nuances: on décèle à la fois des éléments de parallélisme et des aspects importants de différenciation. La Cour reflète bien cette différence de situations en accordant un traitement distinct aux deux problématiques.

1) *Le transsexualisme.*

Il ne nous appartient pas d'entrer dans les questions médicales concernant le transsexualisme. L'on notera toutefois que la profession médico-scientifique elle-même nourrit encore de nombreux doutes concernant son étiologie, ce qui a justifié une position attentiste de la Commission et de la Cour, puis un brusque revirement. Sans doute celui-ci se doit-il à la prise en compte de certaines discriminations motivées par l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de l'exercice des droits parentaux. Il n'empêche que, les concessions accordées relativement à la prise en compte de l'«effectivité» des liens et de l'«apparence» s'inscrivent toujours dans le cadre de l'art. 8; elles ne remettent dès lors nullement en question l'institution du mariage protégée par l'art.12.

Deux arrêts revêtent à cet égard une importance particulière.

a) L'arrêt *X, Y, Z c. Royaume Uni* (22 avril 1997) — C'est la première fois que la Cour est saisie de la question de l'octroi des droits parentaux à un transsexuel. Elle n'hésite pas à pallier l'absence de parenté biologique pour l'un des «parents» en qualifiant de «liens familiaux de facto» les liens unissant un transsexuel de sexe féminin (donc «apparemment» un homme), sa compagne, et l'enfant de cette dernière né d'une insémination artificielle par tiers donneur. Cependant, si la Cour se montre disposée à étendre le lien familial en façonnant une nouvelle catégorie, elle ne veut pas imposer aux États l'obligation positive de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. De la sorte, elle cherche à éviter l'imbroglio juridique qui résulterait du décalage entre le règlement du droit parental compte tenu de l'apparence masculine actuelle et un registre des naissances qui refuserait de prendre acte de la conversion sexuelle: le transsexuel femme-homme deviendrait «père», tout en étant toujours considéré en droit comme étant de sexe *féminin* et pouvant contracter mariage avec un homme (§ 47). S'agissant d'une obligation positive et de la marge d'appréciation d'un État, la Cour s'appuie sur l'inexistence d'un consensus au niveau des lé-

gislations nationales en faveur du transsexualisme (§ 52)⁽²⁸⁾. Si l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 CEDH explique le refus du transsexualisme dans le cadre précis de cette disposition, il n'en demeure pas moins assez paradoxal que la Cour reconnaisse le droit des transsexuels à mener une vie familiale sans en tirer toutes les conséquences juridiques sur le plan des droits parentaux.

b) L'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (11 juillet 2002). — En matière de transsexualisme cette affaire tient la vedette et a donné lieu à l'arrêt de référence⁽²⁹⁾. Il rompt, en effet, avec une jurisprudence bien établie qui prenait le sexe biologique pour unique critère d'identité sexuelle à prendre en compte pour le mariage (§ 82)⁽³⁰⁾. En réalité, dans l'affaire *Goodwin*, la Cour trahit d'emblée sa position en reprenant le prénom féminin « Christine » dans l'intitulé officiel, alors que les intitulés des arrêts précédents en cette matière s'en tenaient à la mention du nom patronymique. L'arrêt manifeste ainsi un revirement jurisprudentiel d'autant plus éclatant qu'il constate à l'unanimité des dix-sept juges composant la Grande Chambre une violation de l'art. 8 et de l'art. 12. Et pourtant, ce n'étaient pas les motifs de critique qui manquaient...

Le dangereux pas que la Cour a franchi dans cette affaire consiste à prendre en considération le changement de sexe de la requérante par rapport au sexe biologique qui était le sien au moment de sa naissance, d'abord sur le plan de l'art. 8 (rectification de la mention du sexe à l'état civil) et ensuite dans le cadre de l'art. 12 (droit au mariage). L'on observe comme un « soudain désir de la Cour de s'emparer de ce problème et d'imposer aux États une solution européenne uniforme »⁽³¹⁾. Et ce, en faisant fi, cette

⁽²⁸⁾ Voir également *Sheffield et Horsbam c. Royaume-Uni*, du 30 juillet 1998, § 57. L'attitude de la Cour semble corroborer la thèse soutenue par F. Sudre, selon laquelle celle-ci vise avant tout l'application maximale de la Convention et se sent libre d'agir en ce sens. Elle se référerait uniquement à la présence ou à l'absence d'un consensus des législations nationales pour moduler le contrôle de la « marge d'appréciation » reconnue à l'État (voir F. SUDRE, « Rapport introductif », *o. c.*, p. 45).

⁽²⁹⁾ Notons également l'existence de l'arrêt *I. c. Royaume Uni*, mais celui-ci, rendu le même jour, est resté dans l'ombre. Sans doute paye-t-il de la sorte l'anonymat accordé par les juges au second requérant.

⁽³⁰⁾ La référence incontournable fut longtemps l'affaire britannique *Corbett c. Corbett*, qui remontait à 1971.

⁽³¹⁾ P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Consi-

fois, tant de l'importance de la marge nationale d'appréciation que de l'absence d'un consensus assez large au sein des États membres, ce qu'elle ne manquait pas de rappeler comme des arguments décisifs, notamment dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*: les juges européens y reconnaissent la marge de manœuvre nationale (§ 50)⁽³²⁾, mais invitaient néanmoins cet État à réexaminer son système à la lumière de l'évolution scientifique et sociale⁽³³⁾.

L'arrêt *Goodwin* resserre l'étau dans lequel se trouve pris l'État membre. Il proclame une véritable déchéance du droit pour celui-ci d'invoquer le bénéfice d'une marge d'appréciation (§ 93). Il s'agit donc bel et bien d'une rupture par rapport à la jurisprudence précédente, que l'arrêt tentera maladroitement d'atténuer⁽³⁴⁾. Tout en réaffirmant l'importance de l'hétérosexualité du mariage, il estime que l'interdiction pour la requérante (considérée selon son nouveau sexe) d'épouser un homme, aurait pour effet de la priver de son droit au mariage. En admettant la prise en considération du sexe légal, il reconnaît pour qui est légalement inscrit comme femme la possibilité d'épouser un homme.

Quant au fond de la question du transsexualisme, la Cour donne l'impression d'être tombée dans le piège de cette maladie qui est précisément une pathologie de l'identité sexuelle. Comme le patient —et peut-être davantage que ce dernier—, elle semble s'être finalement laissée fasciner et convaincre par l'idée de la réussite des conversions sexuelles, au point qu'elle aurait estimé néces-

dérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I. c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 14 (2003), n. 56, p. 1158.

⁽³²⁾ Voir également *Cossey c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1990, § 45; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, du 30 juillet 1998, § 67.

⁽³³⁾ Parmi les symptômes annonciateurs d'un possible revirement, l'on rappellera le § 46 de l'arrêt *Cossey* envisageant l'hypothèse — non avérée à ce moment-là — d'un abandon général du concept traditionnel de mariage par les dispositifs juridiques nationaux, l'opinion dissidente du juge Martens à la suite de cet arrêt, ainsi que l'avis personnel de l'un ou l'autre auteur considérant qu'il ne fallait pas s'en tenir à « une définition archaïque du sexe » (F. RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées », dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 130).

⁽³⁴⁾ Pour une analyse détaillée et une critique approfondie de cet arrêt, voir l'éclairant article P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi... », *o. c.*, p. 1161 et s.

saire d'imposer aux États l'obligation d'inscrire la nouvelle identité sexuelle de ces personnes. Cette conviction peut étonner dans la mesure où les psychiatres font observer que l'on tromperait le patient en lui faisant croire qu'il pourrait réellement faire partie de l'autre sexe. Sans doute victime de compassion envers ces personnes entre deux sexes⁽³⁵⁾, la Cour fait ainsi entrer le « délire » du patient dans la loi. Mais en procédant de la sorte, elle oublie que le propre d'un délire est précisément de ne jamais pouvoir être satisfait. En effet, en dépit de ce revirement, le tourment du transsexuel demeurera — font également remarquer les psychiatres — car la conversion, aussi réussie soit-elle techniquement, ne lui apportera pas la quiétude rêvée. Même la plus raffinée des techniques médicales ne saurait apporter une vérité qui fait défaut.

Par ailleurs, au plan social, il en résultera une série de conséquences néfastes pour l'ordre public européen (transgression des limites objectives telles que le refus de l'inscription dans une généalogie et une histoire familiale) ainsi que pour les droits lésés des diverses personnes concernées⁽³⁶⁾. Enfin, l'on n'omettra pas de signaler qu'aux yeux de nombreux juristes, ce revirement injustifié risque d'entamer le crédit et le prestige dont jouit actuellement la jurisprudence strasbourgeoise. Après ce faux pas est-il permis d'espérer une correction de la position des juges? L'on souhaitera, à tout le moins, que ce raisonnement demeure isolé. Mais comment ne pas redouter qu'il ne fasse « tache d'huile » et ne contamine d'autres secteurs connexes? Ceci dit, on le retiendra également, *le transsexualisme ne vient pas contredire l'hétérosexualité* mais la *confirmer*. Il est, en effet, hors de doute que les transsexuels tiennent absolument à épouser une personne de l'*autre* sexe (« autre » par rapport à leur nouveau sexe légal)⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Manque d'objectivité et logique compassionnelle auxquelles la Cour avait réussi à échapper de manière exemplaire, par exemple, dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002.

⁽³⁶⁾ Pour de plus amples développements de ces arguments, nous renvoyons à P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi... », *o. c.*, p. 1168 et s. Sur cette thématique voy. aussi D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, P.U.F., Paris, 1994.

⁽³⁷⁾ Plus récemment, dans l'affaire *van Kück c. Allemagne*, du 12 juin 2003, la Cour reproche à cet État de ne pas avoir considéré la conversion sexuelle comme un traitement nécessaire, ce qui avait pour effet de priver les transsexuels du remboursement des frais occasionnés par l'opération de la conversion sexuelle. Cet arrêt semble

2) *L'homosexualité.*

Une relation homosexuelle stable relève de la «vie privée», au sens de l'art. 8, mais pas de «la vie familiale», au sens de l'art. 12. La Cour refuse aux homosexuels vivant en couple le statut de «lien familial de facto» qu'elle a accordé, en revanche, à des transsexuels. En conséquence, il a été jugé, par exemple, que le partenaire homosexuel ne peut se prévaloir de l'art. 8 pour obtenir, au décès de son compagnon, le transfert à son profit du bail d'habitation⁽³⁸⁾. Ceci dit, comme l'ancienne Commission l'avait déjà mis en évidence, le barrage jurisprudentiel dressé à l'encontre des unions homosexuelles n'est pas fondé sur l'impossibilité d'avoir des rapports sexuels féconds. Cet argument, qui aurait pu bénéficier d'un certain poids à l'encontre de la reconnaissance des unions du même sexe, ne semble même pas avoir été pris en considération. Par ailleurs, il semble bien que ce soit la dissociation croissante entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille qui mette sous pression les droits internes associant classiquement l'intention de fonder une famille à l'intention matrimoniale⁽³⁹⁾.

L'on notera également que la Cour européenne fait elle-même référence à la nécessaire prise en compte de l'évolution de la société pour l'interprétation de la Convention, ce qui contribue encore à réduire sa marge d'appréciation. Il n'est donc pas invraisemblable d'imaginer que devant une nette évolution des législations de la plupart des pays membres qui se dessinerait dans le sens de l'ouverture aux unions du même sexe, la Cour pourrait s'estimer justifiée, voire obligée, à opérer un revirement. Dès lors, compte tenu de la tendance à brouiller la «vie privée» et la «vie familiale» assez répandue au sein de l'Union, il n'est pas déraisonnable de se demander si la Cour de Strasbourg réussira indéfiniment à garder le cap de l'hétérosexualité. Plusieurs auteurs semblent en douter⁽⁴⁰⁾.

à nouveau manifester la volonté de la Cour d'assurer, dans le Cadre de la Convention, une protection des droits des transsexuels sans aucune restriction possible de la part des États (§§ 82-86).

⁽³⁸⁾ Voir Comm. Déc. 15 mai 1996, *Röösli c. Allemagne*

⁽³⁹⁾ Le droit français notamment en pâtit. Voir dans ce sens A. CARILLON, «L'influence des arrêts *Christine Goodwin* et *I.* sur le consentement au mariage en droit français (en marge de l'arrêt *Goodwin* du 11 juillet 2002)», in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 16 (2005), n. 62, p. 349-361, spéc. p. 359 et 361.

⁽⁴⁰⁾ Voir notamment M. LEVINET, «Couple et vie familiale», dans Collectif, *Le*

Mais la Cour est-elle vraiment soumise à l'influence d'un consensus qui se formerait entre législations nationales de l'Union, ou suit-elle plutôt un cheminement propre? Le professeur Sudre paraît relativiser le conditionnement « consensualiste » résultant d'une convergence commune des législations internes. Il plaide plutôt la thèse selon laquelle le juge européen développe sa propre jurisprudence de manière autonome, en visant prioritairement la réalisation du but et de l'objet de la Convention. Dans cette optique, il aura tendance à emprunter la voie qui permet d'assurer au mieux une véritable *effectivité* des droits qui y sont garantis. À l'interprétation « consensuelle », qui dériverait de l'évolution convergente des droits internes, il oppose ainsi l'interprétation « constructive » de la vie familiale opérée par le juge européen⁽⁴¹⁾. Même dans l'optique de cette seconde interprétation, l'incertitude quant à l'avenir de la famille demeure dans la mesure où tout dépendra, en définitive, de ce que le juge européen retiendra comme constituant le contenu du droit à la vie familiale et de ce qu'il considérera comme susceptible de contribuer à l'effectivité de ce droit. Le critère de la « construction » jurisprudentielle ne paraît donc nullement constituer un rempart infranchissable face au courant homosexuel, bien au contraire...

* * *

Au terme de la deuxième étape de notre parcours, l'on dressera donc un bilan mitigé. Alors que la protection européenne du mariage et de la famille apparaît, au niveau de la formulation, comme équivalente à celle offerte par les pactes onusiens, elle présente, par rapport à ces derniers, l'avantage d'en assurer un contrôle jurisprudentiel ayant une force juridique contraignante sans précédent. Paradoxalement, c'est précisément sur le plan où elle fait preuve de supériorité (la jurisprudence de la Cour) que la protection européenne du mariage et de la famille semble accuser un certain recul par rapport à la protection onusienne: dans la me-

droit au respect de la vie familiale..., o. c., p. 141; ID., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 15 (2004), n. 60, p. 900; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit...*, o. c., pp. 520-522.

(41) F. SUDRE, « Rapport introductif. », o. c., pp. 16-17.

sure où la Cour cède à une interprétation parfois extrêmement large de l'art. 8 CEDH, au détriment des acquis traditionnels de l'art. 12. L'on observe donc les symptômes de la *déconstruction de la famille* comme conséquence de la *construction du respect de la vie familiale* selon une logique individualiste. Un tel phénomène est-il également vérifiable au plan communautaire? C'est ce qu'il nous appartient d'examiner maintenant.

4. *La Charte européenne des droits de l'homme (2000) et le Traité constitutionnel de l'Union européenne (2004).*

A) *Les textes.*

La matière des droits fondamentaux relatifs au mariage et à la famille est traitée dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Celle-ci constitue, à présent, la deuxième partie du *Traité constitutionnel de l'Union européenne*, voté à Rome et en cours de ratification. Pour faire l'économie de fastidieuses répétitions, nous nous référerons directement à la numérotation des dispositions de ce Traité. Faut-il rappeler que ce dernier, s'il réussit à entrer en vigueur, confèrera aux dispositions de la Charte la valeur juridique qui leur était contestée et même un rang constitutionnel auquel celles-ci ne pourraient pas prétendre autrement?

Quant à la place que la Constitution européenne réserve au mariage et à la famille, il est difficile de masquer une certaine déception. Contrairement aux instruments internationaux précédents, le désormais traditionnel statut de « cellule fondamentale de la société » revenant à la famille n'y est pas affirmé. Plus symptomatique encore, la proposition initiale consistant à regrouper les divers aspects concernant la famille en un article unique destiné à protéger plus efficacement cette institution a été abandonnée au cours des travaux préparatoires⁽⁴²⁾. Il s'en est suivi un éparpillement des dispositions familiales dans deux chapitres distincts (« Liberté » et « Solidarité ») sans doute révélateur d'un affaiblissement de la famille.

Le bilan n'est toutefois pas entièrement négatif. Parmi les aspects positifs, l'on notera, d'une part, le respect de la vie privée et familiale protégé par l'art. II-67 au sein du chapitre « Liberté » et,

(42) Voir CONVENT 13.

d'autre part, la protection juridique, économique et sociale de la famille, ainsi que le droit au congé parental dont il est question à l'art. II-93 du chapitre « Solidarité »⁽⁴³⁾. Mais ces quelques aspects favorables à la famille contrastent avec les zones d'ombres recouvrant la principale disposition du Traité en la matière, à savoir l'art. II-69 (l'équivalent de l'art. 12 CEDH). En voici l'énoncé: « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »⁽⁴⁴⁾.

Si l'on excepte la référence à l'âge nubile qui est, de toute façon, établi par les lois nationales régissant l'exercice du droit au mariage, l'on y constate deux innovations importantes tant par rapport aux instruments de l'ONU que par rapport à ceux du Conseil de l'Europe. D'abord la *duplication* des droits (« de se marier » et « de fonder une famille ») et, ensuite, la *disparition de la référence à l'hétérosexualité* du mariage (la mention de l'homme et de la femme ayant été gommée).

Concernant la dualité des droits, l'on notera que le Præsidium — l'organe qui a dirigé les travaux de la Convention chargée de proposer un avant-projet de Charte —, a présenté ceux-ci globale-

(43) Concernant le respect de la « vie privée et familiale » — expression dont l'ambiguïté a déjà été signalée —, l'art. II-67 établit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Par rapport à la disposition correspondante de la CEDH, l'on remarque que le mot « communications » remplace le terme « correspondance », afin de lui donner un sens plus large englobant les diverses formes de la communication moderne. L'autre disposition en la matière est l'art. II-93. Le § 1 s'inspire de l'art. 16 de la *Charte sociale européenne*: « la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social ». Quant au § 2, il trouve sa source d'inspiration dans l'art. 8 de ladite *Charte sociale* ainsi que dans l'art. 27 de la *Charte sociale révisée*. Il vise la prévention des difficultés de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle: « afin de pouvoir concilier la vie familiale et la vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant ».

(44) Même si elle ne semble pas particulièrement convaincante quant à la protection juridique qu'elle assure au mariage et à la famille, cette formulation avait néanmoins déjà fait l'objet de certains amendements qui avaient permis d'introduire deux améliorations: d'un côté, on a inclus le droit au mariage à côté du droit de fonder une famille et, de l'autre, on a évité de reconnaître à toute personne, sans plus, le droit de fonder une famille (voir CONVENT 13, CONVENT 28 et CONVENT 45).

ment comme s'il s'agissait d'un droit unique. Mais ces « explications » n'ont aucune valeur contraignante. On peut raisonnablement douter que la jurisprudence puisse défendre longtemps une position qui semble contredire la formulation même de l'art. II-69⁽⁴⁵⁾: depuis quand, en effet, répète-t-on le terme « droit » sans motif?⁽⁴⁶⁾ D'autant plus que les rédacteurs de la Charte (reprise dans le Traité) avaient eux-mêmes fait état de certaines prétentions quant à la concision du texte et à sa lisibilité par l'ensemble des citoyens européens⁽⁴⁷⁾.

Par ailleurs, de même que la disposition correspondante de la CEDH, l'art. II-69 du Traité rappelle le respect du principe de *subsidiarité*. Il affirme ainsi la compétence du législateur national en la matière. Le renvoi au niveau national se réfère à des règles formelles ou substantielles⁽⁴⁸⁾. S'il est bien normal que de telles questions soient réglées par le législateur étatique, l'on conçoit moins bien, si ce n'est pour d'évidents motifs de réalisme et de pragmatisme politique, qu'on renvoie aussi à ce dernier la *détermination de la nature même du mariage*. Il y a de quoi s'interroger sur la signification d'une telle renonciation de la part de l'Union.

⁽⁴⁵⁾ Mais, comme nous aurons l'occasion de préciser plus loin, la Cour de Luxembourg doit s'inspirer de la Convention européenne et de la jurisprudence strasbourgeoise, ce qui devrait, du moins dans l'état actuel des choses, compenser cette ambiguïté rédactionnelle et la conduire à rester fidèle à une lecture globale et traditionnelle de cette disposition.

⁽⁴⁶⁾ L'on remarquera que la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Goodwin*, prend bonne note et tire argument de ce que le libellé de l'article 9 de la Charte s'écarte de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme, en précisant que cette omission ne peut être que délibérée (§ 100).

⁽⁴⁷⁾ Concernant la nature et la valeur de ces « explications » rédigées sous la seule responsabilité du Præsidium, voir G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Témoignages et commentaires de Guy Braibant*, Ed. du Seuil, Paris, 2001, p. 37. Au sujet des objectifs poursuivis lors de la rédaction, dont la lisibilité du texte, voir *ibid.*, p. 35.

⁽⁴⁸⁾ Si les règles formelles ont trait spécialement à la publicité et à la célébration du mariage, les règles substantielles concernent surtout la capacité, le consentement et certains empêchements. L'on songe, par exemple, aux modalités du mariage civil ou de reconnaissance des effets civils du mariage religieux, à l'âge minimum, à l'étendue de l'empêchement de parenté, etc.

À cet égard, il nous reste à tirer un dernier enseignement des « explications » de la Charte relatif à la conclusion assez surprenante du Præsidium: « ce droit est donc semblable à celui prévu par la CEDH, mais sa portée peut être plus étendue lorsque la législation nationale le prévoit ». Or l'art. 12 CEDH réserve indubitablement le mariage à l'union d'un homme et d'une femme. À l'analyse, on ne voit guère, dès lors, comment la solution envisagée à l'art. II-69 (ancien art. 9 de la Charte) pourrait être qualifiée de « semblable » à celle prônée par l'article correspondant de la CEDH, à savoir l'hétérosexualité comme exigence intrinsèque au mariage. La soi-disant extension de la *protection* — ou de la *portée* dudit droit⁽⁴⁹⁾ — semble plutôt masquer un changement de sens, une dénaturation du droit et de la réalité objective du mariage et de la famille. Même si les « explications » n'ont qu'une autorité très relative, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que le souci de transparence, que le Præsidium avait à cœur au cours des travaux de la Convention, se reflète également en cette matière d'importance primordiale.

L'attitude d'ouverture au soi-disant « mariage » de personnes de même sexe (pour autant qu'en décide ainsi le législateur national) ne va pas sans poser des objections d'ordre éthique et juridique. Dénuée de fondement éthique objectif, elle contredit la tradition européenne remontant au droit romain et à sa définition du mariage comme *coniunctio maris atque feminae* (D.1.1.1.) et, surtout, au plan même du droit des droits de l'homme, elle implique une flagrante contradiction entre l'art. II-69 du Traité constitutionnel, d'une part, et les artt. 16 DUDH, 23 du Pacte international des droits civils et politiques et 12 de la CEDH, d'autre part⁽⁵⁰⁾.

(49) Voir G. BRAIBANT, *La Charte...*, o. c., p. 265.

(50) L'on notera toutefois que cette incompatibilité ne doit pas être imputée au Traité constitutionnel. En effet, loin de constituer une option novatrice, l'art. II-69 se borne en définitive à appliquer l'art. II-81 du Traité, prévoyant l'interdiction de toute discrimination, y compris en raison de l'« orientation sexuelle », lequel remonte en réalité au Traité d'Amsterdam. C'est donc alors que l'ambiguïté s'est jouée. La Charte/Traité étant censée refléter les Traités communautaires existants, il n'est pas étonnant d'y retrouver cette extension du principe de non-discrimination. Ce nonobstant, l'on pourrait légitimement se demander si la Charte/Traité n'est quand même pas allée *au-delà* de la stricte traduction de la disposition communautaire interdisant toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle. En effet, elle ouvre une *possibilité de reconnaissance « positive » du mariage homosexuel* et, en ce sens, elle oc-

C'est pourquoi, en dépit des prétentions déclarées de la Charte/Traité de ne jamais revoir vers le bas les standards garantis par la Convention européenne, voire d'en assurer « une protection plus étendue » (cf. artt. II-112 et II-113), l'on ne voit guère comment on pourrait s'empêcher de constater dans cet instrument un relâchement de la protection de l'institution familiale: un affaiblissement que les quelques acquis sociaux proclamés sont loin de compenser.

Mais ce germe de divergence entre les deux instruments de droits de l'homme européens devra passer par le filtre de la jurisprudence de Strasbourg. Or si, dans la protection qu'elle accorde à la *privacy* et à la vie familiale dans le cadre de l'art. 8 CEDH, cette dernière englobe des familles non fondées sur le mariage⁽⁵¹⁾, elle n'a jusqu'à présent jamais accepté de reconnaissance *publique* des unions homosexuelles, pas plus qu'elle n'a reconnu d'équivalence entre le mariage et l'union homosexuelle (cf. art. 12 CEDH)⁽⁵²⁾. Elle n'est donc pas en harmonie avec le Traité constitutionnel qui, quant à lui, fait un saut de la sphère privée au domaine public. Une telle reconnaissance publique des unions homosexuelles laisse présager des conséquences négatives, à moins que n'intervienne une interprétation rectificatrice par voie prétorienne.

C'est sous cet angle que prennent toute leur importance les requêtes déposées devant la Cour de Strasbourg mettant en cause le Royaume-Uni, cet État interdisant de reconnaître comme mariage l'union de personnes du même sexe. Ainsi, l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* (§ 43) affirme sans ambages que le droit au mariage garanti par l'art. 12 est bien le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique opposé. Il précise, en outre, que le but principal de cet article de la Convention est précisément la protection du mariage en tant que fondement de la famille.

troie un droit éventuel, pour autant que la loi nationale consacre cette éventualité. Les hésitations du Præsidium, jusqu'au 28 juillet 2000, trahissent manifestement la précarité de l'option qui a finalement été retenue dans ce document, malgré son incompatibilité avec la position qui était pacifique en droit.

(51) En effet, plusieurs arrêts comprennent l'expression "vie familiale" de manière plus large que la famille basée sur le mariage: d'autres liens « familiaux » *de facto* sont pris en considération (voir notamment *Kroon et autres c. Pays Bas*, 27 octobre 1994, § 30).

(52) Voir T. GROPPI, dans *L'Europa dei diritti*, o. c., p. 88-89.

Or, ce n'est un secret pour personne, les signaux en provenance de l'Union européenne paraissent révéler une tendance inverse: à plusieurs reprises, les États membres ont été invités par le Parlement européen à modifier leur législation, le cas échéant, afin de reconnaître légalement la cohabitation hors mariage indépendamment du sexe. Des progrès leur ont été également demandés quant à la reconnaissance réciproque des mariages légaux entre personnes du même sexe⁽⁵³⁾. Bien que ces textes soient dépourvus de caractère juridiquement contraignant, il s'agit quand même de l'exercice d'une pression politique bien réelle sur les États membres. Les *lobbies* qui sont à l'origine de ces courants d'opinion peuvent désormais trouver un appui juridique dans l'art. II-81, même si l'application de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle au droit de se marier n'en demeure pas moins en porte-à-faux par rapport aux autres instruments internationaux déjà mentionnés.

Cette différence d'accentuation, que l'on perçoit selon qu'on se situe dans l'orbite du Parlement européen ou dans celle de la jurisprudence strasbourgeoise, met en évidence l'une des pommes de discorde susceptibles d'ébranler l'interprétation harmonieuse des droits humains en Europe. En effet, si l'on devait en arriver à une franche divergence d'interprétation concernant l'hétérosexualité du mariage et l'identité de la famille entre, d'une part, les artt. II-69 et II-81 combinés du Traité lus à la lumière de la Cour de Luxembourg, et, de l'autre, les artt. 12 et 14 CEDH compris à l'aune de la jurisprudence bien établie de Cour de Strasbourg, c'est l'ensemble du système européen des droits de l'homme qui serait plongé dans une impasse. Comment expliquera-t-on, en effet, que l'on puisse diverger quant à la nature d'une institution aussi essentielle que le mariage et ce, au point d'en arriver à une contradiction tellement radicale? Une telle aporie serait d'autant moins acceptable que tout État membre de l'Union adhère à la CEDH et que, d'après l'art. I-9 § 2 du Traité constitutionnel, il en ira de même pour l'Union européenne elle-même. Il est donc primordial de ne pas perdre de vue le rôle inspirateur et uniformisa-

⁽⁵³⁾ Voir Résolutions du Parlement européen en date du 8 février 1994, 16 mars 2000 et 4 septembre 2003.

teur dont la CEDH et la Cour de Strasbourg sont investis, plus que jamais, à l'échelle du droit régional européen⁽⁵⁴⁾.

Outre la crédibilité et l'effectivité du système régional de droits de l'homme, c'est aussi la cohérence de l'Union européenne qui est en jeu. En effet, cette dernière a pris l'engagement dans la Charte — l'actuel art. II-93 § 1 du Traité — d'assurer la protection de la famille sur le plan juridique. L'on peut donc raisonnablement estimer que c'est en s'alignant sur le respect du mariage hétérosexuel et fondateur de la famille que l'Union européenne honorera l'engagement qu'elle a pris. C'est de la sorte qu'elle respectera l'art II-112 § 3 concernant l'interprétation des droits repris dans le Traité dans le « même sens » et la « même portée » que les droits correspondants de la CEDH, disposition difficilement conciliable avec la dénaturation de l'institution familiale que constituerait l'abandon de l'hétérosexualité.

B) *La jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg.*

Jusqu'à présent, la Cour de Justice des Communautés européennes a suivi la Cour de Strasbourg dans son interprétation hétérosexuelle du mariage et des unions stables. Elle n'a pas hésité à constater l'existence d'une différence objective entre le mariage traditionnel et d'autres unions stables. Cette différence objective interdisant toute assimilation réductrice a pour effet de *préserver le mariage de toute discrimination en raison de l'orientation sexuelle*, même lorsqu'il fait l'objet de dispositions légales étatiques qui lui sont favorables. Elle autorise aussi une différence de traitement entre les unions stables hors mariages entre personnes de sexe différent et les unions stables entre personnes du même sexe. Relevons deux arrêts d'importance.

a) L'arrêt *Grant*⁽⁵⁵⁾. — Dans cet arrêt qui bénéficie, de manière large, à toutes les unions stables hétérosexuelles, la Cour a estimé que « le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lors-

(54) Voir, à cet égard, les considérations éclairantes de H.C. KRÜGER-J. POLAKIEWICZ, « Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe », dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 13 (2001), p. 6 ets.

(55) Aff. *Grant c. South-West Trains Ltd* (C.J.C.E. 18 février 1998, C-249/96).

qu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité CE ou par la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ».

b) L'arrêt *K.B.* ⁽⁵⁶⁾ — Nous sommes y ici en présence d'une prise de position récente de la Cour qui réitère la protection dont jouit le mariage par rapport à toute discrimination qui serait invoquée en raison de l'orientation sexuelle ⁽⁵⁷⁾. En l'espèce, tort est donné à la requérante, une infirmière qui se plaignait du refus de la part du Royaume-Uni d'accorder une pension de réversion en faveur de son partenaire (transsexuel) au cas où elle mourrait avant lui: la pension de veuf étant réservée à l'*époux* survivant. Précisons que le mariage était inaccessible à ce couple étant donné que cet Etat ne prévoyait pas la possibilité d'enregistrer ne conversion sexuelle. D'où la prétention de la requérante basée sur une discrimination en raison du sexe. Les juges européens rejettent cette revendication, en observant que ladite pension requiert que son bénéficiaire soit l'*époux* ou l'*épouse*: « le fait que le demandeur soit un homme ou une femme est indifférent au regard de l'allocation de la pension de réversion » (§ 29). Ils réaffirment aussi la protection dont bénéficie le mariage à l'égard de toute soi-disant discrimination en raison de l'orientation sexuelle: « la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève soit du choix du législateur, soit

⁽⁵⁶⁾ Aff. *K.B.* (C.J.C.E., 7 janvier 2004, C-117/01).

⁽⁵⁷⁾ L'on notera que la Cour s'était déjà prononcée une fois sur la licéité au regard des normes communautaires d'un traitement discriminatoire infligé à une personne ayant subi une conversion sexuelle dans l'aff. *P. c. S.* (C.J.C.E., 30 avril 1996, C-13/94). Elle avait conclu que l'art. 5 § 1 de la directive 76/207/CEE du Conseil (9 février 1976) « s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle » (§ 23). Le présent arrêt ne renvoie pas à cette décision préjudicielle. Sur la question, voir INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME (Montpellier I, sous la dir. de C. Picheral et de H. Surrel) « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 63, 1^{er} juillet 2005, pp. 670-672.

de l'interprétation effectuée par les juridictions nationales des règles juridiques de droit interne, sans que les particuliers puissent faire valoir aucune discrimination fondée sur le sexe interdite par le droit communautaire » (§ 28).

* * *

Contre vents et marées, la Cour de Strasbourg et, dans son sillage, celle de Luxembourg, soutiennent donc l'hétérosexualité du mariage. Même la concession relative faite, à Strasbourg, au transsexualisme confirme, en ultime analyse, cette position. Cela n'empêche cependant pas de nourrir certaines inquiétudes quant aux risques d'érosion de cet important repère de la vie sociale. Quand bien même ce dernier finirait un jour par céder aux pressions dont il fait l'objet — ce que le droit naturel classique ne pourrait en aucune manière corroborer —, la Cour européenne devra tenir compte d'un élément incontournable: l'art. II-69 du Traité consacre la compétence du législateur national quant à la régulation de l'exercice du droit au mariage. Il suffit donc d'une Constitution nationale soutenant l'hétérosexualité du mariage pour que les instances communautaires soient mises dans l'impossibilité d'imposer à cet Etat l'obligation de protéger ou de promouvoir les unions homosexuelles.

5. *Réflexions conclusives.*

À l'heure du consensualisme démocratique et pluraliste, il paraît exclu d'envisager une promotion du droit européen « à la cravache », dans le style d'un centralisme directif qui s'apparenterait davantage au 19^e siècle⁽⁵⁸⁾. La construction d'un *ius commune* européen se heurte à des limites constitutionnelles considérables qui pourraient, à l'occasion, s'avérer favorables à l'institution matrimoniale et familiale. Conformément aux traditions constitutionnelles des États membres de l'Union, la plupart des législations nationales conservent la conception classique du mariage. Ainsi, en Italie, l'hypothèse de l'union homosexuelle serait contraire à l'art. 29 de

(58) Voir, dans le même sens, F. VARI, « Famiglia, unioni di fatto e altre forme di convivenza », dans *Civitas et iustitia*, 1 (2003), p. 301.

la Constitution, qui définit la famille comme une « società naturale fondata sul matrimonio », au sens traditionnel du terme. Face à la pression homosexuelle dont ils sont la cible, les législateurs nationaux ont en général tendance à réagir en aménageant un système alternatif au mariage pour les autres types de cohabitation. Il n'empêche que certains pays ont opté pour le « mariage sexuel », y compris parfois avec la faculté d'adoption. Dans le paysage mouvant du droit familial des États de l'Union⁽⁵⁹⁾, l'on se trouve donc à un tournant sans précédent par rapport auquel le droit européen de droits de l'homme est appelé à jouer un rôle prépondérant.

Nous avons eu l'occasion de montrer qu'en s'inspirant de la Déclaration universelle, les instruments européens soutiennent les institutions du mariage et de la famille, alors que certains textes communautaires se prêtent, en revanche, à des interprétations divergentes. Quant à la responsabilité ultime, à l'échelle européenne, elle semble revenir à la Cour européenne, étant donné qu'en matière de droits de l'homme la Cour de Justice de Luxembourg s'efforce de se conformer autant que possible à la jurisprudence strasbourgeoise. Or, si cette Cour fait, en général, montre d'une sagacité et d'une équité exemplaires, au point de servir de modèle à d'autres jurisprudences régionales, nous avons eu l'occasion de constater un « fausse note » de sa part : son récent revirement en matière de transsexualisme. Il reste à espérer que ces juges auront les ressources juridiques et morales nécessaires pour revoir cette position en la matière et qu'à tout le moins, ils auront la lucidité d'empêcher une contamination, nullement improbable, de l'ensemble des questions matrimoniales et familiales par la logique individualiste et relativiste sous-jacente à cette décision et qui est propre à la catégorie de « vie privée ».

(59) L'évolution des droits internes en matière de vie familiale est telle que les études sont vite rendues obsolètes. Voir notamment « Le mariage homosexuel », document de travail du Sénat français de juin 2004 disponible sur le site web de cette institution; S. GARNERI, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », dans *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, 725 et s.; 2000, 67 et s.; J.I. ALONSO PÉREZ « "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea », dans *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 11 (2003/2), p. 343-363.