

Faculté de droit et de criminologie

Le mariage des couples homosexuels vu par la Cour européenne des droits de l'homme

**La position de la Cour est-elle justifiée au regard de la
situation nord-américaine ?**

Auteur : Chloé Renard
Promoteur : Geoffrey Willems
Année académique 2018-2019
Master en droit à finalité droit transnational, comparé et étranger

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

L'élaboration de ce mémoire a été rendue possible grâce à l'aide et au soutien de différents intervenants.

Ainsi, je tiens à remercier vivement mon promoteur, Monsieur Geoffrey Willems, pour ses conseils avisés, sa disponibilité alors même que je me trouvais à l'autre bout du monde, son encadrement et ses idées concernant le thème développé.

Je remercie également grandement mes parents, pour avoir consacré de leur temps à la relecture attentive de ces pages.

Enfin, je remercie mes amis, de la Faculté de Droit et d'ailleurs, pour avoir rythmé mes pauses d'encouragements et sans qui les heures passées à la rédaction de ce mémoire auraient paru bien plus longues.

A tous, je témoigne ma reconnaissance et ma gratitude.

Table des matières

Introduction	1
Partie 1. Panorama des systèmes juridiques : de l'Europe à l'Amérique du Nord	3
Chapitre 1. La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme	3
Chapitre 2. La Constitution des Etats-Unis et la Cour suprême des Etats-Unis	7
Chapitre 3. La Charte canadienne des droits et libertés et la Cour Suprême du Canada	11
Partie 2. La conjugalité homosexuelle	13
Chapitre 1. Les « petits pas » de la jurisprudence européenne.....	14
Section 1. Le mariage : L'arrêt Schalk et Kopf c. Autriche.....	14
§1. Le droit au mariage : Un fondement conventionnel	15
§ 2. Entre égalité et liberté : L'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention	21
Section 2. En alternative au mariage : Une reconnaissance timide.....	26
Chapitre 2. Un pas de géant pour la jurisprudence américaine	31
Section 1. Le mariage homosexuel : L'arrêt Obergefell v. Hodges.....	33
§ 1. Le droit au mariage : Un fondement jurisprudentiel	35
§2. Entre égalité et liberté : L'equal protection clause et la due process clause de la Constitution.....	37
A. La due process clause : La liberté	38
B. L'equal protection clause : L'égalité	39
Section 2. La reconnaissance du droit au mariage : Une victoire en demi-teinte.....	41
Chapitre 3. La législation fédérale dans les pas de la jurisprudence canadienne.....	45
Section 1. Le mariage homosexuel : De l'arrêt Egan c. Canada à la Loi sur le mariage civil..	45
§1. Le droit au mariage : Une consécration législative	47
§2. Le droit à l'égalité : L'article 15 de la Charte.....	49

Section 2. Au delà du droit au mariage : Le refus de la discrimination.....	53
Chapitre 4. Les enseignements de l'expérience nord-américaine	55
Section 1. Dans la jurisprudence américaine : L'importance de l'institution maritale ...	56
Section 2. Dans la réforme canadienne : Le triomphe de l'égalité	60
Conclusion.....	63
Bibliographie.....	65

« [W]e should approach foreign legal materials with sensitivity to our differences, deficiencies, and imperfect understanding, but imperfection, I believe, should not lead us to abandon the effort to learn what we can from the experience and good thinking foreign sources may convey »¹

RUTH BADER GINSBURG, juge à la Cour suprême des Etats-Unis

Longtemps exclues et dévalorisées, les personnes homosexuelles, ne se voyant pas octroyer des droits pourtant reconnus à tout un chacun, ont commencé à nourrir des « aspirations égalitaires, [lesquelles] se sont matérialisées au cours des dernières années, tant en Amérique qu'en Europe »². Les années passant, celles-ci se sont concentrées sur la protection de leurs relations et notamment, sur leur désir de se voir ouvrir les portes de l'institution maritale. En effet, le mariage revêt une position singulière dans nos sociétés et, à ce titre, il n'est pas étonnant que l'accès à cette institution soit plébiscité.

Ainsi, dans un monde en pleine évolution, il nous a semblé intéressant de faire le point sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme quant au couple homosexuel, et plus particulièrement vis-à-vis de leur mariage. Toutefois, connaître la situation actuelle dans laquelle se trouvent les couples homosexuels en Europe relève peu d'intérêt si l'on ne la compare pas à celle qu'ils peuvent espérer trouver ailleurs. Dès lors, il nous a semblé judicieux de nous tourner vers d'autres ordres juridiques - les Etats-Unis et le Canada, afin de nous faire une idée plus concrète des enjeux à l'origine de cette question et surtout, comparer les solutions retenues.

Ainsi, loin de l'idée de réaliser une chronique de jurisprudence, nous avons décidé de nous intéresser aux décisions les plus emblématiques, aux modes de réflexion ainsi qu'aux procédures suivis par les pouvoirs judiciaire et législatif de ces différents ordres juridiques.

¹ R. BADER GINSBURG, « “A Decent Respect to the Opinions of [Human]Kind” : The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », *Cambridge Law Journal*, vol. 64, n°3, Novembre 2005, p. 580.

² A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *A.D.L.*, 2005/1-2, p. 29.

Pour répondre à notre question de recherche, nous avons donc décidé de commencer par établir les contextes juridiques et institutionnels dans lesquels se déploient les décisions prises à l'encontre des couples homosexuels, concernant leur droit de se marier. Dès lors, dans cette première partie, il s'agira d'identifier les Cours et textes protecteurs qu'ont mis en place les différents Etats et organisations d'Etats pour protéger les citoyens, conformément aux valeurs qu'ils défendent.

Nous nous intéresserons ensuite à la façon dont ces différentes Cours ont décidé de gérer la revendication maritale des couples homosexuels. Ainsi, dans une seconde partie, relative à la conjugalité homosexuelle, nous aurons l'occasion de comparer de façon approfondie les arguments et processus mis en place.

La seconde partie sera donc organisée de la façon suivante. D'abord, nous étudierons la réponse - négative - de la Cour européenne des droits de l'homme à la revendication maritale des couples homosexuels et également, les alternatives proposées au mariage. Ensuite, nous analyserons les raisonnements au fondement de la position adoptée par la Cour Suprême des Etats-Unis à cette même revendication et aux conséquences d'une telle décision pour les couples homosexuels. Enfin, nous nous intéresserons à notre troisième et dernier ordre juridique, le Canada, et aux processus qui furent employés pour accorder le mariage aux couples de même sexe, avant de nous intéresser aux implications de cette ouverture.

Ces considérations établies, nous reviendrons sur les enseignements nord-américains susceptibles d'être pris en compte par la Cour de Strasbourg, lorsque - car il ne fait nul doute que la situation se représentera - elle sera à nouveau confrontée à la revendication homosexuelle portant sur le droit au mariage.

Pour débiter notre propos, il nous apparaît nécessaire de situer les différents contextes juridiques et institutionnels dans lesquels ont éclos les décisions et législations au centre de nos préoccupations. Dès lors, cette première partie constitue l'occasion de dresser sommairement l'historique des juridictions européenne, américaine et canadienne à l'origine d'arrêts pivots en matière de droits de l'homme, ainsi que de présenter les contrôles mis en place par ces différentes cours suprêmes pour s'assurer du respect des règles édictées par les instruments juridiques qu'elles protègent, lesquels seront également évoqués.

Chapitre 1. La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme

Au lendemain des événements de la Seconde Guerre mondiale, et en réaction à l'impulsion³ donnée par la Déclaration universelle des droits de l'homme⁴ du 10 décembre 1948, la protection des droits de l'homme s'est progressivement imposée sur le devant de la scène internationale⁵. Dans ce contexte, et à la suite de sa signature le 4 novembre 1950 par les membres du Conseil de l'Europe, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶ voit le jour, avant d'entrer en vigueur le 3 septembre 1953.

Comme nous l'indique son préambule, cet instrument juridique international, destiné à promouvoir la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a également pour but de favoriser la cohésion entre les Etats membres du Conseil de l'Europe⁷. De ce fait, l'objectif à l'origine de la création de la Convention est à la fois juridique et politique⁸. Sur le plan juridique, la Convention offre un catalogue de droits et libertés, lequel ne cesse de s'étoffer au fil des années, notamment, par le prisme du huitième article de la Convention⁹. En effet, la portée des

³ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, p. 11.

⁴ Déclaration universelle des droits de l'homme, signée à Paris le 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949, p. 2488.

⁵ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 26.

⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

⁷ *Ibid.*, préambule.

⁸ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 34.

⁹ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *A.D.L.*, 2016/1, p. 4.

notions de vie privée et de vie familiale, énoncées dans l'article 8, n'a cessé de croître, à tel point qu'il semble désormais possible de désigner sous ce vocable tout comportement qu'un individu est susceptible d'adopter¹⁰. Sur le plan politique, la Convention est « conçue comme un outil en vue de réaliser une union plus étroite des Etats européens »¹¹. Par conséquent, les Etats, partageant les mêmes valeurs, acceptent de voir leur souveraineté en partie limitée¹². C'est ainsi qu'aujourd'hui, conformément aux aspirations nourries par le Conseil de l'Europe à son égard¹³, la Convention « a profondément pénétré l'ordre juridique des Etats parties et ce, presque dans toutes les disciplines juridiques »¹⁴ et favorise ainsi, l'apparition d'un droit commun européen¹⁵.

Pour veiller à l'application des garanties édictées par la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme est instituée en 1959¹⁶, les auteurs de la Convention partant du principe qu'« aucune protection internationale des droits de l'homme ne peut être sérieusement mise en oeuvre si elle ne s'accompagne pas de mécanismes juridictionnels appropriés »¹⁷. Dès lors, la position tenue par la Cour revêt une importance capitale et ce, particulièrement à l'égard des individus. En effet, devant elle, peut se présenter et déposer une requête, « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »¹⁸.

Toutefois, si toute personne relevant de la juridiction d'un Etat membre est invitée à revendiquer ses droits individuels devant la Cour, les Etats signataires, quant à eux, sont susceptibles de venir limiter les droits reconnus aux individus¹⁹, par le biais de l'article 8. Il est cependant requis que l'ingérence étatique dont il est question soit « 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

¹⁰ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *A.D.L.*, 2016/1, p. 4.

¹¹ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 35.

¹² *Ibid.*, pp. 35-36.

¹³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, préambule.

¹⁴ J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « La promotion d'un droit commun », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, p. 174.

¹⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 19.

¹⁷ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 34.

¹⁹ *Ibid.*, art. 8 §2.

protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui »²⁰. Ainsi, c'est uniquement au nom de l'intérêt collectif ou en raison de conflits de droit que les Etats sont en mesure de limiter les droits individuels reconnus par la Convention²¹. Dans le cas où un Etat justifie la limitation apportée à un droit individuel par la sauvegarde d'un autre droit individuel, les droits opposés se trouvent alors en conflit et il est à noter que cette restriction « ne peut dépasser ce qui est nécessaire dans une société démocratique »²².

Dans cette optique, et en sa qualité de gardienne de la Convention²³, la Cour européenne des droits de l'Homme, confrontée d'une part aux revendications des individus et d'autre part aux limitations apportées par les Etats, opère un contrôle de conventionnalité²⁴. Le *modus operandi* suivi par la Cour pour réaliser ledit contrôle est fondé sur quatre paramètres, à savoir la proportionnalité, la subsidiarité, le concret et l'abstrait ainsi que la procédure et le fond²⁵.

Le premier paramètre a trait au principe de proportionnalité, lequel met en oeuvre un « critère directif de pondération (...) qui doit conduire le juge non pas à affirmer, en général, la primauté d'une règle sur l'autre, mais à mettre en balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune, afin de faire prévaloir, en l'espèce, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence »²⁶. Ainsi, le paramètre de proportionnalité conduit la Cour à s'interroger sur le poids à accorder aux droits individuels ainsi que sur celui à accorder aux justifications retenues par l'Etat qui souhaiterait limiter ceux-ci et à déterminer laquelle des deux assertions pèse le plus lourd dans la balance²⁷. En droit de la personne et de la famille, il arrive que l'aspiration institutionnelle d'un individu s'oppose à la représentation qu'a un Etat de l'institution en question, et il appartient dès lors à la Cour de trancher en faveur de l'une ou de l'autre²⁸.

²⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 8§2.

²¹ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 8 et 9.

²² P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 369.

²³ F. KRENC et M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, quatrième de couverture.

²⁴ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 4.

²⁵ *Ibid.*, p. 10.

²⁶ G. CORNU, v° proportionnalité, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 818.

²⁷ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 10.

²⁸ *Ibid.*, pp. 40-43.

Le paramètre de subsidiarité, quant à lui, conduit les juges de la Cour européenne à s'interroger sur leur légitimité à juger de la conventionnalité des restrictions apportées aux droits individuels par les Etats²⁹. Conséquemment, la question suivante se pose : le juge européen doit-il laisser une large marge d'appréciation aux autorités nationales, ou au contraire, doit-il davantage imposer sa vision de la justice à celles-ci ?³⁰. Il y a « un subtil équilibre à trouver entre [...] la volonté d'assurer une certaine unité, tout en s'efforçant de préserver la diversité »³¹ des différents Etats membres car, « fondé sur un projet commun, [l'ordre juridique conventionnel] n'en fédère pas moins des Etats revendiquant une souveraineté »³². Soulignons déjà, à ce stade de nos développements, que lorsque des principes considérés autrefois comme fondamentaux et profondément ancrés dans la société sont remis en cause, la Cour adopte plus volontiers une position de prudence et laisse aux Etats le soin de régler ces questions³³.

Le troisième paramètre voit s'opposer deux approches relatives à la portée du contrôle de conventionnalité, c'est-à-dire que la Cour européenne, dans ses décisions, peut décider d'adopter une approche *in concreto* et de répondre en prenant en compte la situation particulière qui lui est soumise - le concret, ou inversement, d'adopter une approche *in abstracto* en énonçant des principes plus généraux et susceptibles de s'appliquer à des situations comparables - l'abstrait³⁴. Notons dès à présent que dans le domaine du droit de la personne et de la famille, la Cour préfère l'adoption de solutions individualisées à l'adoption de solutions abstraites et théoriques³⁵. En effet, un « poids considérable [est accordé aux] faits dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme »³⁶ portant sur cette matière.

²⁹ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁰ *Id.*

³¹ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, p. 17.

³² S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 490.

³³ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 38-39.

³⁴ *Ibid.*, p. 11.

³⁵ *Ibid.*, pp. 37-38.

³⁶ J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen du droit européen des personnes et de la famille », in *Études en l'honneur de J.-C. Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, p. 107.

Le quatrième et dernier paramètre offre à la Cour une alternative quant à la nature du contrôle à opérer, celle de la procédure et du fond³⁷. La juridiction strasbourgeoise, lorsqu'elle évalue la conventionnalité d'une limitation imposée par un Etat, peut s'en référer aux processus mis en place par l'Etat pour fonder sa décision et dès lors, adopter une vision procédurale de la justice ou, se pencher sur l'arsenal normatif applicable au sein de l'Etat en question et ainsi, embrasser une conception substantielle de la justice³⁸.

Ainsi, la Cour est amenée à jongler entre ces quatre paramètres, tout en prenant en compte le fait que « chacun de ces rouages de l'examen de conformité à la Convention reflète une hésitation fondamentale ou une tension dialectique entre deux idéaux ou deux modèles de justice »³⁹. Dans la suite de notre analyse, l'examen du raisonnement suivi par la Cour de Strasbourg, notamment dans l'arrêt de principe *Schalk et Kopf c. Autriche*⁴⁰, nous permettra de mettre en lumière la mise en pratique de tels paramètres dans le domaine du droit de la personne et de la famille.

Nous allons, à présent, nous intéresser à nos voisins nord-américains, à savoir les Etats-Unis et le Canada. L'éclatement des pouvoirs au sein de ces Etats, dû au fédéralisme qui les caractérise⁴¹, fait du système juridique de ces derniers un objet de comparaison pertinent à l'égard de l'ensemble formé par les Etats-membres du Conseil de l'Europe.

Chapitre 2. La Constitution des Etats-Unis et la Cour suprême des Etats-Unis

Après plus d'un siècle de colonisation et suite à une déclaration d'indépendance⁴² le 4 juillet 1776, les citoyens des désormais Etats-Unis d'Amérique enrichissent leur arsenal législatif d'une Constitution⁴³, en 1787. Conformément à son préambule, cette dernière est érigée « en vue de former une union plus parfaite, d'établir la justice, d'assurer la paix intérieure, de pourvoir à la

³⁷ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 12.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* du 24 juin 2010, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴¹ P. DERMINE., « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt *Obergefell v. Hodges* de la Cour suprême des Etats-Unis (26 juin 2015) », *R.B.D.C.*, 2015/4, p. 458 ; J. GARDINER, « Same-sex marriage : a worldwide trend », *Law in Context : A Socio-Legal Journal*, vol. 28, n°1, 2010, pp. 96-97.

⁴² *The unanimous declaration of the thirteen united States of America*, 4 juillet 1776.

⁴³ *The Constitution of the United States*, 17 septembre 1787.

défense commune, de développer la prospérité générale et d'assurer les bienfaits de la liberté [aux citoyens et à leur postérité] »⁴⁴. Dès son adoption⁴⁵, cette loi suprême se dote d'une Déclaration des droits⁴⁶, laquelle, composée des dix premiers amendements à la Constitution, rassemble les principaux droits fondamentaux reconnus aux citoyens américains⁴⁷. Par la suite, d'autres droits viennent gonfler cette liste⁴⁸, et parmi eux, le quatorzième amendement, ajouté en 1868. Si, à l'époque, l'ajout de cet amendement dans la Constitution témoigne du désir de lutter contre la discrimination dont sont particulièrement victimes les anciens esclaves, désormais, celui-ci est le fer de lance des groupes minoritaires, dans leur combat pour une plus grande égalité⁴⁹. Là n'est toutefois pas sa seule ambition. En effet, le quatorzième amendement, composé des deux dispositions constitutionnelles que sont la *due process clause* et l'*equal protection clause*, consacre également un principe de liberté. Ainsi, les principes d'égalité et de liberté garantis par cet amendement constitutionnel ont et continuent de donner lieu à de nombreux raisonnements jurisprudentiels⁵⁰.

A l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution des Etats-Unis bénéficie de la protection d'une gardienne⁵¹, la Cour Suprême des Etats-Unis, composée de neuf juges nommés par le président et approuvés par le Sénat⁵². Si la Cour se voit investie d'un pouvoir judiciaire fédéral par la Constitution⁵³ et voit sa juridiction d'appel organisée par le Congrès⁵⁴, la Cour Suprême se reconnaît également un pouvoir de contrôle⁵⁵, en vertu duquel elle est amenée à « vérifier la constitutionnalité des lois et des actes gouvernementaux et [peut] invalider ceux

⁴⁴ *The Constitution of the United States*, 17 septembre 1787, précitée, préambule.

⁴⁵ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », in *L'Union européenne et les États-Unis/The European Union and the United States*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 118.

⁴⁶ *United States Bill of Rights*, 25 septembre 1789.

⁴⁷ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 118.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 11, n°2, 2005, p. 366.

⁵⁰ M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n°4, 2006, p. 632.

⁵¹ F. CHEVRETTE, « Inquiétudes et Perspectives de la Pensée Constitutionnelle Américaine : Le Rôle de la Cour Suprême et l'Equilibre Constitutionnel Global des Pouvoirs aux Etats-Unis », *Revue Juridique Themis*, vol. 12, n°2, 1977, p. 353.

⁵² J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 61.

⁵³ E. DE JONGE., « Supreme Court of the United States and Judicial Review - How Far Does the Court Go ? », *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 4, n°4, 1994-1995, p. 359 ; *The Constitution of the United States*, précitée, art. 3.

⁵⁴ J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *op. cit.*, p. 618.

[qu'elle juge] inconstitutionnels »⁵⁶. En effet, en 1803, dans son arrêt *Marbury v. Madison*⁵⁷, porté par le juge Marshall⁵⁸, la Cour « a étendu le contrôle de constitutionnalité des lois [...] aux lois adoptées par le Congrès »⁵⁹ en ce qu'elle a reconnu qu'une « cour fédérale a le pouvoir de refuser de donner effet à une loi du Congrès si elle est incompatible avec l'interprétation de la Constitution donnée par la Cour »⁶⁰. Sept ans plus tard, la Cour étend son contrôle de constitutionnalité aux lois adoptées par les Etats, dans un arrêt *Fletcher v. Peck*⁶¹. Depuis lors, il est reconnu à la Cour le « pouvoir d'interpréter et de faire respecter la Constitution en tant que loi »⁶². La légitimité de son contrôle n'étant plus remise en question⁶³, « le rôle joué par la Cour [...] dans l'évolution constitutionnelle et même socio-politique des Etats-Unis s'est avéré d'une extrême importance »⁶⁴.

Les juges de la Cour Suprême s'assurent « que la Constitution remplisse les deux fonctions qui lui sont traditionnellement assignées, [...] préserver la séparation des pouvoirs d'une part [et] assurer la garantie des droits d'autre part »⁶⁵. De ce fait, « lorsqu'un droit protégé par la Constitution est atteint, il revient aux tribunaux [et en l'occurrence, à la Cour Suprême,] de le protéger face à l'inaction des parlements »⁶⁶. Parmi ces droits, citons en particulier les droits fondamentaux⁶⁷. L'« importance croissante que l'on accorde, depuis la Deuxième Guerre mondiale, au contrôle de la constitutionnalité des lois par le pouvoir judiciaire, et à l'intégration de dispositions en matière de droits de l'homme dans les Constitutions »⁶⁸ n'a pas épargné les Etats-Unis. D'autant que l'attention accrue portée à la protection des droits fondamentaux, au niveau judiciaire⁶⁹, se justifie

⁵⁶ J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷ *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, 5 U.S. 137, 24 février 1803.

⁵⁸ J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁹ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 114.

⁶⁰ E. DE JONGE, « Supreme Court of the United States and Judicial Review - How Far Does the Court Go ? », *op. cit.*, p. 361 (traduction libre).

⁶¹ *Robert Fletcher v. John Peck*, 10 U.S. 87, 16 mars 1810.

⁶² E. DE JONGE, « Supreme Court of the United States and Judicial Review - How Far Does the Court Go ? », *op. cit.*, p. 360 (traduction libre).

⁶³ M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *op. cit.*, p. 620.

⁶⁴ J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁵ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 111.

⁶⁶ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *Rev. trim. D. H.*, 2017/109, p. 146.

⁶⁷ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 117.

⁶⁸ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, n°66, p. 231.

⁶⁹ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 119.

« par la nécessité de donner à une Constitution bicentenaire une interprétation adaptée aux nécessités actuelles »⁷⁰.

Toutefois, comme en Europe, il convient de mentionner que « les droits de l'homme ne sont pas absolus : les droits d'une personne sont limités par les droits de l'autre [et] par les besoins de la société »⁷¹. Les limitations ainsi apportées sont également susceptibles d'être limitées, le but étant de trouver le juste équilibre⁷². En effet, « peser et mettre en balance les intérêts divergeant pour atteindre un compromis d'intérêts le plus productif et le moins restrictif possible semble être le meilleur moyen de concilier unité et diversité »⁷³. De cette façon, le juge est à même de « garantir la sécurité et l'existence de l'État en même temps que la réalisation des droits de l'homme »⁷⁴. Cette idée n'est pas sans rappeler le paramètre de proportionnalité développé par la Cour européenne à Strasbourg.

Le paramètre de subsidiarité trouve également son équivalent américain. Si pour satisfaire les exigences du système fédéral, la Cour est tenue de « procéder lentement en utilisant des expressions constitutionnelles vagues lorsqu'elle décide d'invalidier les lois des États ou les ordonnances locales en faveur de règles nationales »⁷⁵ et a pu se montrer prudente, préférant opter pour une « théorie de retenue judiciaire »⁷⁶, il arrive également que celle-ci rende des décisions plus risquées et par conséquent, plus controversées, telles que l'arrêt *Obergefell v. Hodges*⁷⁷, que nous étudierons ultérieurement. Ainsi, la Cour est amenée à jongler entre « les extrêmes que constituent tant l'activisme judiciaire que la retenue judiciaire [pour] faire de la Constitution un instrument vivant

⁷⁰ L. GUILLOUD, « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 119.

⁷¹ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *op. cit.*, p. 241.

⁷² *Ibid.*, p. 242.

⁷³ M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *op. cit.*, p. 639 (traduction libre).

⁷⁴ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *op. cit.*, p. 242.

⁷⁵ A. COX., « The Role of the Supreme Court : Judicial Activism or Self-Restraint ? », *Maryland Law Review*, vol. 47, n°1, 1987, p. 122 (traduction libre).

⁷⁶ M. DUBBER, « Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights : A Comparison of Methodologies », *Stanford Journal of International Law*, vol. 27, n°1, 1990, p. 199 (traduction libre).

⁷⁷ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U.S., 26 juin 2015.

adapté à une société en mutation constante, tout en préservant l'autorité du document d'origine et les traditions constitutionnelles du passé »⁷⁸.

Chapitre 3. La Charte canadienne des droits et libertés et la Cour Suprême du Canada

Au Canada, comme en Europe et aux Etats-Unis par ailleurs, la préoccupation grandissante portée à la protection des droits de l'homme⁷⁹ pousse le législateur, en 1982, à adopter un texte reconnaissant aux individus des droits fondamentaux, la Charte canadienne des droits et libertés⁸⁰. Avant cette date-clé, l'arsenal législatif canadien possédait des textes protecteurs de pareils droits⁸¹. Néanmoins, la particularité de la Charte réside principalement dans le fait qu'elle est venue « constitutionnaliser formellement certains droits fondamentaux de la personne »⁸², devenant ainsi un véritable « véhicule de libération »⁸³. En effet, « l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 [...] permet de dire que la Charte est une législation formellement constitutionnelle [...] qui, rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »⁸⁴, en ce compris celles établies par les provinces⁸⁵. L'application de la Charte, tant aux provinces qu'à l'état fédéral, en augmente l'amplitude protectrice⁸⁶.

Les auteurs de la Charte canadienne des droits et libertés, comme ceux de la Convention européenne des droits de l'homme avant eux⁸⁷, s'étant « inspirés de la Déclaration universelle des droits de l'Homme des Nations Unies »⁸⁸, il n'est pas étonnant de retrouver au sein de ces textes

⁷⁸ A. COX, « The Role of the Supreme Court : Judicial Activism or Self-Restraint ? », *op. cit.*, pp. 118-119 (traduction libre).

⁷⁹ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *op. cit.*, p. 231.

⁸⁰ Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.U.), 1982, c. 11.

⁸¹ H. BRUN, « Quelques Notes sur les Articles 1, 2, 7, et 15 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », *Cahiers de Droit*, vol. 23, n°4, 1982, p. 783.

⁸² *Id.*

⁸³ R. D. ELLIOTT, « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *New England Law Review*, vol. 38, n°3, 2003-2004, p. 609 (traduction libre).

⁸⁴ H. BRUN, « Quelques Notes sur les Articles 1, 2, 7, et 15 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », *op. cit.*, p. 782.

⁸⁵ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 370.

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁸ M. BASTARACHE, « La Charte canadienne des droits et libertés, reflet d'un phénomène mondial ? », *Cahiers de Droit*, vol. 48, n°4, 2007, p. 735.

suprêmes des dispositions similaires. Ainsi, parmi les prérogatives reconnues aux citoyens canadiens, nous retrouvons notamment un principe d'égalité et de non-discrimination, énoncé à l'article 15 de la Charte canadienne et dont le libellé n'est pas sans rappeler celui de l'article 14 de la Convention européenne.

Quel intérêt y a-t-il, cependant, à se voir reconnaître des droits et libertés, si ceux-ci ne sont pas judiciairement garantis ? En vertu de l'article 24 de la Charte, lequel mentionne que « toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances »⁸⁹, la Cour suprême du Canada est compétente pour juger du respect de l'application de la Charte. Composée de neuf juges⁹⁰, à l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis, la Cour « joue [...] le rôle de gardien de la Constitution et d'arbitre des conflits »⁹¹. En effet, bien qu'elle ne soit pas « à proprement parler, un tribunal constitutionnel [...] la Cour Suprême remplit néanmoins le rôle d'un tribunal constitutionnel »⁹² et, à ce titre, est chargée d'assurer le respect des dispositions constitutionnelles, d'interpréter la Constitution et de défendre les droits des minorités⁹³.

La Charte prévoit également la façon dont les prérogatives reconnues aux individus peuvent être limitées, en son article premier, lequel énonce que « la Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁹⁴. L'article premier de la Charte, et plus particulièrement, sa « clause justificative [...] [permettent ainsi] de réaliser un équilibre entre les intérêts individuels, étatiques et sociaux en matière de droits de la personne et de libertés fondamentales »⁹⁵. A nouveau, nous voyons se profiler un principe similaire au paramètre de proportionnalité.

⁸⁹ Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 24.

⁹⁰ Loi sur la Cour Suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26., art. 4 (1).

⁹¹ J. BROSSARD, *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, op. cit., p. 52.

⁹² *Ibid.*, p. 143.

⁹³ F. DELPÉRÉE, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ? », *Cahiers de droit*, vol. 26, n°1, 1985, pp. 207-209.

⁹⁴ Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 1^{er}.

⁹⁵ G. TREMBLAY, « Les droits à l'égalité et l'article premier de la Charte Canadienne des droits et libertés », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, n°2, Printemps 1997, p. 304.

Notons que si la compétence de la Cour est principalement de rendre des arrêts, elle est aussi susceptible d'être interpellée par le gouvernement, lequel a le pouvoir de lui poser des questions importantes de droit ou de fait⁹⁶, conformément aux conditions reprises à l'article 53 de la loi sur la Cour Suprême. Ainsi, les avis consultatifs rendus par la Cour peuvent également jouer un rôle en matière de droits fondamentaux.

L'analyse de ces trois systèmes juridiques nous amène à la conclusion suivante. Après la Seconde Guerre mondiale, un mouvement international a vu le jour ; confrontés au besoin d'assurer davantage les droits fondamentaux de leurs citoyens, les Etats ont adopté des textes et des comportements plus protecteurs.

Motivées par un objectif commun, les dispositions de la Convention européenne, du *Bill of Right* américain et de la Charte canadienne partagent dès lors des similarités⁹⁷ et il y a lieu d'opérer une comparaison entre l'interprétation qu'en établissent leurs Cours respectives. Notons que malgré le fait que la nature - constitutionnelle - de l'instrument juridique protecteur des droits fondamentaux qu'emploient les Etats-Unis et le Canada diverge de celle - conventionnelle - de l'instrument de référence pour les pays du Conseil de l'Europe, la Cour européenne « s'engage substantiellement dans quelque chose qui ressemble beaucoup à un contrôle d'ordre constitutionnel »⁹⁸. Dès lors, nous analyserons le contrôle réalisé par les Cours sur une question spécifique : la conjugalité homosexuelle.

Partie 2. La conjugalité homosexuelle

Si les personnes homosexuelles ont eu plus que leur part de combats à mener, il en est un qui les a animées tout particulièrement, celui de la reconnaissance de leur couple. Ainsi, les couples homosexuels, se sont vus et se voient reconnaître différents niveaux de protection selon l'époque et la localisation qui sont les leurs. Aujourd'hui, qu'en est-il alors des droits qui leur sont reconnus en Europe, aux Etats-Unis et au Canada ?

⁹⁶ Loi sur la Cour Suprême, précitée, art. 53 (1).

⁹⁷ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 370.

⁹⁸ M. ROSENFELD, « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *op. cit.*, p. 621 (traduction libre).

Parmi les différents arrêts de la Cour européenne en matière de conjugalité homosexuelle, l'un d'eux a particulièrement retenu notre attention : l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, lequel présente la position des juges de Strasbourg sur la question du mariage homosexuel.

Section 1. Le mariage : L'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*

Parmi les prérogatives reconnues aux individus par la Convention européenne des droits de l'homme, figurent notamment le droit au mariage, dont les limites sont établies à l'article 12¹⁰⁰, le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré à l'article 8 et l'interdiction de discrimination, énoncée à l'article 14. En raison de l'octroi de telles prérogatives, « toute personne physique, [...] qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles »¹⁰¹ est invitée à présenter une requête devant les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, conformément à l'article 34 de la Convention.

C'est ainsi qu'en 2010, suite à l'intervention de Messieurs Horst M. Schalk et Johan F. Kopf, la Cour est amenée à répondre à la question de savoir si, en refusant à deux individus de même sexe le droit de se marier ou le droit de faire reconnaître juridiquement d'une autre manière leur relation, un Etat, en l'occurrence l'Autriche, viole l'article 12 de la Convention ainsi que l'article 14 de la Convention combiné à l'article 8 de cette même convention ou au contraire, si l'exclusion des couples homosexuels de l'institution maritale ou de toute autre forme de reconnaissance est en conformité avec les droits prescrits par la Convention européenne¹⁰². L'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, en interrogeant la Cour de Strasbourg, sans détour¹⁰³, sur le mariage homosexuel, constitue ainsi l'occasion pour les juges européens d'énoncer clairement leur position sur ce point, une première pour la Cour¹⁰⁴.

⁹⁹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2018/2, p. 131.

¹⁰⁰ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A.D.L.*, 2013/1, p. 167.

¹⁰¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 34.

¹⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, points 1, 39 et 65.

¹⁰³ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. Trim. D.H.*, 2013/93, p. 69.

¹⁰⁴ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 168. ; Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 50.

La première branche de la requête du couple s'appuie sur le fait que, selon ces derniers, en leur refusant le droit de se marier, les autorités autrichiennes ont contrevenu à leur devoir, violant ainsi l'article 12 de la Convention¹⁰⁵.

Pour appuyer leurs arguments, tant les parties que la Cour s'appuient sur le libellé de l'article 12 de la Convention, lequel énonce qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »¹⁰⁶. Parmi les différents éléments constitutifs de cette définition, il est à noter que la référence à l'homme et à la femme, l'évocation du droit de se marier et de fonder une famille et le renvoi aux lois nationales ont plus particulièrement retenu l'attention des parties et de la Cour en ce que l'interprétation qu'ils reçoivent est sujette à controverse¹⁰⁷.

Constatons d'emblée que bien que l'article 12 consacre, conformément à son intitulé, un droit au mariage, c'est au droit « de se marier et de fonder une famille »¹⁰⁸ qu'il est fait référence au sein même de la disposition. La formulation employée n'est pas anodine et nous éclaire sur la conception du mariage retenue par les auteurs de la Convention. En effet, l'emploi d'un simple mot de liaison entre les termes se marier et fonder une famille, sans référence à un droit à part entière à fonder une famille, laisse présumer, dans l'esprit du législateur européen de l'époque, la présence d'une corrélation entre le mariage et la création d'une famille, ce libellé suggérant alors l'idée selon laquelle la possibilité pour un couple de se marier découlait de sa capacité à procréer¹⁰⁹.

Cette présomption a toutefois été écartée par l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹¹⁰, dans lequel la Cour de Strasbourg a affirmé que « l'incapacité à procréer ne saurait en soi passer pour priver du droit de se marier »¹¹¹, dissociant ainsi le droit de se marier du droit de fonder une

¹⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 39.

¹⁰⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 12.

¹⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, points 42 à 64.

¹⁰⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 12.

¹⁰⁹ M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2004/60, p. 892.

¹¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹¹¹ *Ibid.*, point 98 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 47.

famille¹¹². Ce constat établi, les requérants de l'affaire Schalk et Kopf c. Autriche entendent franchir un pas supplémentaire et avancent que « dans la société d'aujourd'hui, le mariage civil est une union de deux personnes qui englobe tous les aspects de la vie et que la procréation et l'éducation des enfants n'en forment plus un aspect fondamental »¹¹³. En réponse à cette revendication, la Cour européenne précise toutefois que la dissociation établie par sa jurisprudence antérieure ne permet pas de déduire que celle-ci aurait une quelconque incidence sur le mariage de personnes de même sexe¹¹⁴.

Concernant l'emploi des termes d'homme et de femme dans le texte de l'article 12, cette référence exprime à la dualité des sexes traduit l'idée selon laquelle, à l'époque de la rédaction de la Convention, c'est-à-dire en 1950, « le mariage n'est pas (...) une union quelconque entre personnes humaines ; il n'existe qu'entre deux personnes de sexe différent en vue de la perpétuation de l'espèce »¹¹⁵. Partant de ce constat, les caractéristiques intrinsèques du mariage ne seraient autres que la complémentarité des sexes et la fécondité¹¹⁶. Concernant la fécondité, nous avons toutefois vu précédemment que cette condition n'était plus retenue aujourd'hui par la Cour pour justifier l'interdiction, imposée à un couple, du droit de se marier.

S'il est évident qu'à l'époque de la rédaction de la Convention, le sens traditionnel du mariage prévalait et que de ce fait, c'est à l'union de personnes de sexes opposés qu'il était fait référence¹¹⁷, la question se pose malgré tout de savoir ce qu'il en est aujourd'hui de la différence des sexes. Continue-t-elle d'être un élément prépondérant dans la définition du mariage ? Réfractaires à cette idée d'« altérité sexuelle comme condition du droit au mariage »¹¹⁸, les requérants considèrent que les termes employés dans la disposition conventionnelle ne peuvent être compris comme consacrant uniquement le mariage d'un homme ou d'une femme avec une personne du sexe opposé¹¹⁹. La Cour, bien que reconnaissant « que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme

¹¹² A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille, droits fondamentaux dans la famille », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, p. 509 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de F. KRENC et M. PUÉCHAVY, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 23.

¹¹³ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 44.

¹¹⁴ *Ibid.*, point 56.

¹¹⁵ M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 891.

¹¹⁶ *Id.* ; P. BOUCAUD, « Le droit de se marier », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 3-46.

¹¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 55.

¹¹⁸ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 165.

¹¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 44.

n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes »¹²⁰, juge toutefois que le choix des mots employés n'est pas neutre, d'autant plus lorsqu'on l'associe au contexte historique de l'époque¹²¹. En effet, « toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et libertés à "toute personne" ou indiquent que "nul" ne peut être l'objet de certains traitements interdits »¹²².

L'article 12 souligne également que l'encadrement juridique de ce droit au mariage sera opéré par les lois nationales¹²³. Face à cette précision et en l'absence « de clause d'ordre public [prévoyant] un certain nombre de limitations aux droits relatifs garantis »¹²⁴, comme c'est notamment le cas à l'article 8 de la Convention¹²⁵, il est légitime de s'interroger « quant à la présence d'une telle disposition dans la Convention : quel intérêt à insérer un droit au mariage dans la convention si ce droit est libre de tout contrôle par la Cour ? »¹²⁶. Cette inquiétude a toutefois été apaisée dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*¹²⁷, lequel a permis à la Cour de donner à ce droit au mariage un « sens européen »¹²⁸ en décrétant toutefois que « les limitations [apposées par les Etats au droit au mariage] ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même »¹²⁹. Dans un même ordre d'idée, les requérants soutiennent que « l'article 12 ne saurait signifier que les Etats jouissent d'une latitude illimitée pour réglementer l'exercice du droit au mariage »¹³⁰.

Inévitablement, le renvoi aux lois nationales pose la question de la marge d'appréciation laissée aux Etats¹³¹ ainsi que, par ricochet, celle de l'influence du consensus européen sur l'amplitude de cette marge. La Cour, soucieuse de protéger efficacement les droits et libertés qu'elle reconnaît aux

¹²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 55.

¹²¹ *Id.*

¹²² Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 55.

¹²³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 12.

¹²⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 8, §2.

¹²⁶ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 17.

¹²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹²⁸ J.-P. MARGUÉNAUD, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 18.

¹²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Rees c. Royaume-Uni*, précité, point 50.

¹³⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 44.

¹³¹ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 180.

individus d'une part, et consciente de la retenue dont elle estime devoir faire preuve dans ses décisions en raison de la souveraineté des Etats d'autre part, doit identifier l'importance de la marge d'appréciation à laisser aux Etats et donc, l'étendue de son contrôle¹³². Ainsi, fonction de la marge d'appréciation laissée aux Etats, la Cour est susceptible d'osciller entre retenue judiciaire et « progressisme pragmatique »¹³³. Rappelons brièvement que la logique derrière l'établissement de ce degré d'intervention est érigée en un principe, le principe de subsidiarité, identifié parmi les quatre paramètres sur lesquels se fonde la Cour pour opérer sa mission de contrôle¹³⁴.

Dès lors, pour circonscrire son immixtion, la Cour prend en compte le fait que « l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte »¹³⁵. Notamment, lorsque les « limites les plus fondamentales auxquelles les hommes s'estimaient autrefois naturellement assujettis »¹³⁶ sont en jeu, les juges européens, appliquant le principe de subsidiarité, font preuve de vigilance¹³⁷ et de ce fait, « la retenue judiciaire dont la Cour fait preuve dans des affaires délicates aboutit à laisser une marge d'appréciation aux Etats »¹³⁸. Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, les défendeurs jouent sur cet argument en se référant au mariage homosexuel comme à un « domaine sensible soulevant des controverses dans les champs social, politique et religieux »¹³⁹.

La Cour de Strasbourg, quant à elle, précise que « le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre »¹⁴⁰. En effet, la Cour, dans l'exercice de sa mission de contrôle, est « obligée de respecter, dans une certaine mesure, la variété culturelle et idéologique se traduisant dans les différents

¹³² H. DUMONT et I. HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 2017, p. 342.

¹³³ D. SPIELMANN, « Consensus et marge d'appréciation nationale », *J.T.*, 2012/29, n° 6489, pp. 592-593.

¹³⁴ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 10-11.

¹³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>, point 38.

¹³⁶ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 38.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 38-39.

¹³⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « De la difficulté de construire un ius commune européen des droits de l'homme. Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2004 », *C.D.E.*, 2006/1-2, p. 260.

¹³⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 46.

¹⁴⁰ *Ibid.*, point 62.

systèmes juridiques qui caractérisent l'Europe »¹⁴¹. Nous reviendrons sur cette question, relative aux connotations sociales et culturelles du mariage, dans nos développements ultérieurs, lors de l'analyse de la place à accorder au consensus.

La Cour ajoute également qu'« elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre »¹⁴², et rappelle ainsi que « la théorie de la marge d'appréciation nationale permet à la Cour européenne des droits de l'homme de s'imposer une auto-limitation dans l'exercice de son contrôle en acceptant que les autorités nationales sont mieux placées pour résoudre un litige »¹⁴³. Toutefois, cette attitude est critiquable, car la Cour, en accordant une telle importance à l'appréciation nationale des Etats, évite de se confronter directement aux évolutions survenues au sein de l'institution maritale¹⁴⁴.

Notons également que « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent »¹⁴⁵ à l'identification de l'amplitude laissée aux Etats dans leur appréciation nationale et de ce fait, à la liberté d'intervention de la Cour. Dans notre affaire, les requérants, « invoquent en substance la jurisprudence de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui »¹⁴⁶, et considèrent qu'à l'heure actuelle « l'article 12 doit se comprendre comme accordant aux couples homosexuels le droit au mariage ou, en d'autres termes, comme obligeant les Etats membres à leur accorder ce droit dans leur législation »¹⁴⁷. Les défendeurs, quant à eux, ne manquent pas de rappeler que la jurisprudence sur laquelle s'appuient les requérants, et rappelée par la Cour dans son arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* notamment¹⁴⁸, ne s'est vue appliquer que dans les

¹⁴¹ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/2, p. 125 ; F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 31-37.

¹⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 62.

¹⁴³ D. SPIELMANN, « Consensus et marge d'appréciation nationale », *op. cit.*, pp. 592-593.

¹⁴⁴ L. HODSON, « A marriage by any other name - *Schalk and Kopf v Austria* », *Human Rights Law Review*, vol. 11, n°1, 2011, p. 173.

¹⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Petrovic c. Autriche*, précité, point 38.

¹⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 57.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, précité, point 75.

cas où cette dernière a pu observer l'existence d'un consensus au sein des Etats signataires de la Convention¹⁴⁹, lequel apparait en suite de l'étude comparée des systèmes juridiques nationaux¹⁵⁰.

Dès lors, cette convergence, ce dénominateur commun ou ce consensus, selon l'appellation employée, « est généralement compris comme désignant la base qui permet l'évolution des normes de la Convention au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »¹⁵¹. A ce titre, le consensus « joue un rôle important, certes pas toujours décisif, mais de nature à conférer une légitimité particulière à l'arrêt de la Cour »¹⁵². En l'occurrence, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, un poids conséquent est accordé au consensus par la Cour. A nouveau, les changements sociétaux qui sont venus secouer l'institution matrimoniale ces dernières années ne suffisent pas à convaincre la Cour, qui fait prévaloir l'absence de consensus européen en cette matière¹⁵³. Ainsi, la Cour, fidèle à sa jurisprudence antérieure - énoncée dans les arrêts *Parry c. Royaume-Uni*¹⁵⁴ et *R. et F. c. Royaume-Uni*¹⁵⁵ - estime que l'ouverture par certains états, et non par une majorité d'entre eux, du mariage aux couples homosexuels, « [reflète] leur propre conception du rôle du mariage dans leur société et ne [découle] pas d'une interprétation du droit fondamental en cause tel qu'énoncé par les Etats contractants dans la Convention en 1950 »¹⁵⁶.

La décision des juges européens nous montre que « l'argument du consensus européen est intimement lié [...] à la question de savoir si [la Cour] doit simplement entériner les changements intervenus dans la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ou si elle doit, au contraire, jouer un rôle d'impulsion »¹⁵⁷ et dès lors, nous renvoie à la question de la subsidiarité.

¹⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 46.

¹⁵⁰ D. SPIELMANN, « Consensus et marge d'appréciation nationale », *op. cit.*, pp. 592-593 ; K. DZEHTSIAROU, « Does consensus matter ? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Public Law*, 2011, pp. 534-553.

¹⁵¹ « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », note préparée par le comité d'organisation composé de Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger et Roderick Liddell, in *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 15, en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf.

¹⁵² D. SPIELMANN, « Consensus et marge d'appréciation nationale », *op. cit.*, pp. 592-593 ; K. DZEHTSIAROU, « Does consensus matter ? Legitimacy of european consensus in the case law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, pp. 534-553.

¹⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 58.

¹⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Parry c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁵⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *R. et F. c. Royaume-Uni* du 28 novembre 2006, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁵⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 53.

¹⁵⁷ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, p. 127.

Comme nous le mentionnions précédemment, la Cour, pour fonder sa décision, a fait référence aux « connotations sociales et culturelles »¹⁵⁸ attachées au mariage. Dès lors, une question se profile : ce constat laisse-t-il à la Cour la possibilité de revoir la situation en cas de consensus ?¹⁵⁹ Peut-on considérer qu'en raison des connotations qui sous-tendent le mariage « les États parties conserveraient la possibilité de maintenir le caractère nécessairement hétérosexuel du mariage, même si l'ouverture du mariage aux couples homosexuels venait à constituer un dénominateur commun »¹⁶⁰ ? Ou, considère-t-on que cette référence n'empêche pas le droit de se marier pour chaque couple homosexuel d'exister dans le futur si un consensus venait à se dégager¹⁶¹ ? La question reste ouverte.

Ainsi, après avoir entendu les différents arguments des parties sur la violation alléguée de l'article 12, et avoir appliqué le principe de proportionnalité au cas présenté devant elle, la Cour européenne « ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »¹⁶², sans donner davantage de détails quant aux modalités de cette application¹⁶³. Ce qui n'est pas étonnant, vu qu'elle « conclut [ensuite] que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants »¹⁶⁴. Partant, l'attitude des autorités autrichiennes n'emporte pas violation de l'article 12¹⁶⁵.

§ 2. Entre égalité et liberté : L'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention

Les requérants considèrent également que leur impossibilité de se marier constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et emporte, dès lors, violation de l'article 14 en combinaison avec l'article 8. Cette façon de procéder n'est pas étrangère à la Cour. En effet,

¹⁵⁸ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 62.

¹⁵⁹ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *op. cit.*, p. 69.

¹⁶⁰ *Id.* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 740.

¹⁶¹ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *op. cit.*, p. 69 ; V. AVENA-ROBARDET, « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *AJ Famille*, 2010, p. 333.

¹⁶² Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 71.

¹⁶³ L. HODSON, « A marriage by any other name - Schalk and Kopf v. Austria », *op. cit.*, p. 173.

¹⁶⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 63.

¹⁶⁵ *Ibid.*, point 64.

confrontée à des cas présumés de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour a plusieurs fois été amenée à analyser la situation sous l'angle de l'article 14 combiné à l'article 8¹⁶⁶.

L'article 14 est formulé de la manière suivante : « 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 »¹⁶⁷. Précisons qu'aucune référence expresse n'est faite à l'orientation sexuelle dans cette disposition ; toutefois, la Cour a reconnu à diverses occasions que l'orientation sexuelle était comprise parmi les caractéristiques susceptibles d'entraîner une discrimination en ce que l'article 14 fait référence à "toute autre situation"¹⁶⁸.

Comme le laisse entendre sa formulation, l'article 14 a pour objectif de garantir la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention contre toute forme de discrimination¹⁶⁹. De ce fait, il intervient en tant que complément protecteur des dispositions de la Convention assurant ces droits et libertés¹⁷⁰ et bien qu'il lui soit reconnu « une portée autonome, [...] il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses »¹⁷¹.

Ainsi, dans l'arrêt *Schalk et Kopf*, les requérants ont combiné l'article 14 à l'article 8 de la Convention, lequel consacre un droit au respect de la vie privée et familiale et énonce : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence soit 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

¹⁶⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 87.

¹⁶⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 14.

¹⁶⁸ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2018, pp. 200-201, en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrimination_LAW_FRA.pdf.

¹⁶⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 14.

¹⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 89.

¹⁷¹ *Id.*

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 »¹⁷².

Tout d'abord, quant à l'existence d'une discrimination, la Cour nous rappelle sa jurisprudence en la matière : « pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14 il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables »¹⁷³, étant entendu 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 »¹⁷⁴. Constatons que les exigences imposées par la Cour susceptibles de venir justifier une distinction ne sont pas sans rappeler les raisons invoquées à l'article 8 justifiant l'ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁷⁵.

Dans le cas d'espèce, les requérants argumentent qu'« à l'instar des différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves »¹⁷⁶, ils sont par ailleurs rejoints sur ce point par la Cour qui reconnaît cette affirmation¹⁷⁷, laquelle a notamment été énoncée dans l'arrêt *Karner c. Autriche*¹⁷⁸. En effet, lorsque le sexe ou l'orientation sexuelle servent à établir une distinction entre les individus, la Cour est d'autant plus regardante¹⁷⁹ en ce qu'elle considère alors que « la marge de manœuvre étatique est *a priori* étroite et qu'il appartient à l'État de prouver que l'exclusion litigieuse est nécessaire pour atteindre l'objectif légitime »¹⁸⁰.

Or, selon les requérants, l'Autriche « n'a pas fourni de raisons de cette nature pour justifier qu'on leur refuse l'accès au mariage »¹⁸¹ et l'argument selon lequel il conviendrait de leur refuser ce droit

¹⁷² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, précitée, art. 8.

¹⁷³ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 96.

¹⁷⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 96.

¹⁷⁵ S. PFEIFF, « § 3. - Le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination », in *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 161.

¹⁷⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 76.

¹⁷⁷ *Ibid.*, point 97.

¹⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>, point 37.

¹⁷⁹ S. PFEIFF, « § 3. - Le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 169.

¹⁸⁰ *Id.* ; A. DANIS-FATÔME, « Le droit des couples à un "engagement public" », *Rev. Trim. D.H.*, 2014/99, p. 754.

¹⁸¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 76.

pour protéger la famille traditionnelle¹⁸², bien qu'il puisse représenter « une raison importante et légitime »¹⁸³, ne les convainc pas en ce qu'il n'est pas démontré que l'exclusion des couples de même sexe du mariage soit nécessaire à la protection de la famille traditionnelle¹⁸⁴.

Concernant l'absence présumée de justification de la part de l'Autriche, la Cour ne donne pas son appréciation sur la question et se contente, bien que reconnaissant l'existence d'une situation comparable dans le chef des couples homosexuels et hétérosexuels¹⁸⁵, d'insister sur le fait que « la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres »¹⁸⁶ et dès lors, en ce que « l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation »¹⁸⁷. Il nous apparaît toutefois que « si le mariage n'est pas inévitablement une institution réservée aux couples de sexes opposés [...], alors l'exclusion d'un groupe particulier de celle-ci aurait mérité une explication »¹⁸⁸.

Ensuite, quant au respect de la vie privée et familiale, étant entendu qu'« un requérant qui entend se prévaloir de l'article 8 doit démontrer que son grief relève de l'un au moins des quatre intérêts énumérés dans cette disposition, à savoir la vie privée, la vie familiale, le domicile et la correspondance »¹⁸⁹ et bien que « nul ne conteste en l'espèce que la relation qu'entretiennent deux personnes de même sexe telles que les requérants relève de la notion de vie privée au sens de l'article 8 »¹⁹⁰, la Cour juge également pertinent d'envisager la question sous l'angle de la vie familiale et se demande donc si la relation entretenue par un couple de même sexe est susceptible d'entrer sous cette dénomination¹⁹¹.

¹⁸² Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche*, précité, point 40.

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 77.

¹⁸⁵ *Ibid.*, point 99.

¹⁸⁶ *Ibid.*, point 101.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ L. HODSON, « A marriage by any other name - *Schalk and Kopf v. Austria* », *op. cit.*, p. 173 (traduction libre).

¹⁸⁹ Direction du juriste, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit au respect de la vie privée et familiale, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 31 août 2018, p. 7, en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf.

¹⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 90.

¹⁹¹ *Id.*

Précédemment à l'affaire Schalk et Kopf, « la vie familiale ne procédait [...] pas à une intégration complète de tous les couples en son sein »¹⁹² ; les couples homosexuels étaient écartés de la protection de la famille qu'offre l'article 8¹⁹³. En effet, dans une décision de 2001, l'arrêt Mata Estevez c. Espagne¹⁹⁴, la Cour avait jugé que « malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, jouissent encore d'une grande marge d'appréciation »¹⁹⁵.

Toutefois, la Cour revient sur sa jurisprudence antérieure dans l'Arrêt Schalk et Kopf¹⁹⁶ et fait état du fait que « depuis 2001, [...] l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres »¹⁹⁷ et qu'un consensus se dessine au sein des Etats européens en terme de reconnaissance juridique des couples de même sexe¹⁹⁸. Partant de ce constat, la Cour juge que « 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 »¹⁹⁹.

A ce stade de notre analyse, nous pouvons établir que malgré le fait que la Cour européenne reconnaisse l'union d'un couple homosexuel comme relevant de la vie familiale au même titre que celle des couples hétérosexuels, elle maintient l'idée selon laquelle le droit au mariage est susceptible de rester le privilège des seuls couples hétérosexuels, selon le bon vouloir des Etats, aucun consensus en sens contraire n'ayant été établi parmi les Etats membres²⁰⁰. Le manque de justification apportée par l'Autriche à la différence de traitement que subissent les couples de même sexe n'aura pas non plus suffi à convaincre la Cour, qui n'en prend pas acte et se réfère à sa conclusion relative à l'article 12²⁰¹.

¹⁹² O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 166.

¹⁹³ L. HODSON, « A marriage by any other name - Schalk and Kopf v. Austria », *op. cit.*, p. 175.

¹⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Mata Estevez c. Espagne du 10 mai 2001, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ O. TODTS, « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *op. cit.*, p. 166.

¹⁹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 93.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, point 94.

²⁰⁰ *Ibid.*, points 58, 63 et 71.

²⁰¹ *Ibid.*, points 99 et 101.

Certains allèguent toutefois qu'« en l'absence de justification objective et rationnelle de la différence de traitement en question, il convient d'accorder un poids bien moindre au consensus européen »²⁰². En effet, à partir du moment où la Cour se trouve confrontée à une situation de discrimination et « juge l'article 12 de la Convention applicable à un couple de même sexe qui souhaite se marier »²⁰³, accorder une telle importance au consensus est critiquable²⁰⁴. C'est en tout cas ce qu'en ont pensé les juges dissidents dans leur opinion²⁰⁵, ce que nous aurons l'occasion de voir dans la section suivante.

Section 2. En alternative au mariage : Une reconnaissance timide

Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, les requérants se plaignent non seulement de ne pas se voir ouvrir le droit au mariage, mais également, de ne pas se voir proposer une autre forme de reconnaissance juridique de leur relation de couple²⁰⁶. Lorsque les juges rendent leur décision, en 2010, « treize Etats membres qui n'accordent pas aux couples homosexuels le droit au mariage ont adopté une forme de législation autorisant les couples homosexuels à enregistrer leurs relations »²⁰⁷. Parmi ces Etats, l'Autriche, qui depuis l'introduction de la requête du couple autrichien en 2004, a finalement doté son arsenal législatif d'une loi sur le partenariat enregistré²⁰⁸. Dès lors, amenée à se positionner quant à la revendication des requérants, la Cour est confrontée à trois interrogations.

Premièrement, l'absence de reconnaissance juridique de la relation des requérants emporte-t-elle violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 ?²⁰⁹ Confrontée à cette première question, la Cour « rappelle [...] que, dans une affaire tirant son origine d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie »²¹⁰. Ce constat fait écho au troisième paramètre de conventionnalité employé par la Cour, le

²⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 47.

²⁰³ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 133.

²⁰⁴ L. HODSON, « A marriage by any other name - *Schalk and Kopf v Austria* », *op. cit.*, p. 173.

²⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, opinion dissidente commue aux juges ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS.

²⁰⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point 3.

²⁰⁷ *Ibid.*, point 28.

²⁰⁸ *Ibid.*, point 16.

²⁰⁹ *Ibid.*, point 65.

²¹⁰ *Ibid.*, point 103.

choix du concret ou de l'abstrait, et dans le cas d'espèce, à l'adoption d'une approche *in concreto*, laquelle est privilégiée par la Cour dans les matières personnelle et familiale²¹¹. De ce fait, elle juge inopportun de répondre à la question de savoir si cette absence de reconnaissance juridique, différente du mariage, d'une union homosexuelle aurait violé l'article 14 combiné à l'article 8²¹² et refuse d'y répondre en l'envisageant abstraitement, malgré l'intérêt que pourrait avoir une telle démarche.

Deuxièmement, l'Autriche aurait-elle dû adopter une législation sur le partenariat enregistré plus tôt que ce qu'elle ne l'a fait ?²¹³ La Cour estime que bien que signalant l'« éclosion d'un consensus »²¹⁴, elle ne juge pas ce dernier suffisamment développé et considère de ce fait que « le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives »²¹⁵.

Troisièmement, le partenariat enregistré prévu par l'Autriche entraîne-t-il une discrimination dans le chef des requérants²¹⁶ ? A cela, la Cour répond que « les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique »²¹⁷ considérant que « le niveau d'avantages civiques [reconnus aux couples homosexuels] peut être inférieur »²¹⁸.

Ainsi, selon la Cour, aucune violation n'est à déplorer concernant les deux dernières questions et concernant la première, il n'y a pas lieu de se poser la question²¹⁹. Les réponses données par la Cour ne sont pas au goût de tous. Dans leur opinion dissidente, trois des juges siégeant dans cette affaire estiment que la Cour aurait dû conclure à une violation de l'article 14 combiné à l'article 8, à tout le

²¹¹ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, pp. 11 et 37-38.

²¹² Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 103.

²¹³ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 104.

²¹⁴ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *op. cit.*, p. 71.

²¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 105.

²¹⁶ *Ibid.*, point 108.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ H. FENWICK et A. HAYWARD, « Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically », *European human rights law review*, 2017/6, p. 547 (traduction libre).

²¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, points 103 et 110.

moins pour la période non couverte par la loi sur le partenariat enregistré²²⁰. Les juges critiquent le fait que malgré l'existence d'une situation comparable avérée et l'exigence selon laquelle l'Etat doit avancer des raisons particulièrement graves pour venir justifier une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle imposée par la Cour, cette dernière a choisi de ne pas sanctionner l'Autriche pour avoir manqué à son obligation²²¹. En effet, ces derniers considèrent que l'évocation par l'Autriche de sa marge d'appréciation n'est pas pertinente sans un constat préalable de justifications sérieuses, et par conséquent, il en est de même pour la présence d'un consensus²²². De ce fait, si la Cour européenne reconnaît l'union d'un couple homosexuel comme étant stable et protégée par le droit au respect de la vie familiale²²³, « l'absence de tout cadre juridique leur offrant, au moins dans une certaine mesure, les mêmes droits et avantages que ceux qui accompagnent le mariage [...] doit être justifiée par des raisons solides »²²⁴. Ainsi, de l'avis des juges dissidents, les Etats ont « une obligation positive de reconnaître légalement ces différents modèles familiaux »²²⁵.

Trois ans après l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour a à nouveau l'occasion de s'intéresser aux partenariats enregistrés dans le chef des couples homosexuels dans l'arrêt *Vallianatos c. Grèce*²²⁶. Dans cette affaire, les requérants s'insurgent de leur impossibilité à pouvoir conclure un pacte de vie commune, celui-ci étant réservé aux couples hétérosexuels²²⁷. Suivant un raisonnement similaire²²⁸ à celui adopté par les trois juges à l'origine de l'opinion dissidente de l'arrêt de 2010, la Cour déplore le manque « de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi »²²⁹ et juge, dès lors, que l'article 14 combiné à l'article 8 a été violé²³⁰.

²²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, opinion dissidente commue aux juge ROZAKIS, SPIELMANN et JEBENS, point 10.

²²¹ *Ibid.*, point 8.

²²² *Id.*

²²³ *Ibid.*, points 4 et 5.

²²⁴ *Ibid.*, points 8 et 9.

²²⁵ E. BRIBOSIA, I. RORIVE and L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, n°1, 2014, p. 12 (traduction libre).

²²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Vallianatos c. Grèce* du 7 novembre 2013, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

²²⁷ *Ibid.*, point 60.

²²⁸ *Ibid.*, points 76 et 77.

²²⁹ *Ibid.*, point 92.

²³⁰ *Id.*

En 2015, dans l'arrêt Oliari et autres c. Italie²³¹, la Cour conclut à la violation de l'article 8 étant entendu que l'Italie a « outrepassé sa marge d'appréciation et manqué à son obligation positive de veiller à ce que les demandeurs disposent d'un cadre juridique spécifique prévoyant la reconnaissance et la protection de leur union »²³². Si l'on peut voir dans cette décision la consécration d'une obligation positive des Etats à assurer une reconnaissance légale de la relation qu'entretiennent les couples homosexuels²³³, les circonstances particulières à la présente affaire ont toutefois joué un rôle déterminant dans la décision de la Cour²³⁴.

D'abord, la Cour insiste sur le fait que « la cohérence des pratiques administratives et juridiques au sein du système national doit être considérée comme un facteur important de l'évaluation effectuée au titre de l'article 8 »²³⁵. En effet, après avoir opéré la balance des intérêts des parties²³⁶, elle constate que la Cour constitutionnelle italienne a incité le gouvernement italien à modifier sa législation, lequel ne s'est pas exécuté, malgré l'existence au sein de la population italienne d'un consensus quant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels²³⁷. Ainsi, une attention particulière est accordée à la procédure dans cette affaire, nous renvoyant au quatrième paramètre mis en place par la Cour : le choix de la procédure ou du fond²³⁸. La Cour insiste également sur « des statistiques [favorables] sur l'acceptation des relations de même sexe [...] et le décalage entre la réalité sociale et la loi »²³⁹. Les circonstances spécifiques de cette affaire nous amène à nous interroger sur l'éventuelle application de la décision y afférent dans un ordre juridique étranger à celui de l'Italie²⁴⁰.

En 2016, six ans après l'arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, la Cour répète le principe qu'elle y avait énoncé dans un arrêt Chapin et Carpentier c. France²⁴¹ : « les États demeurent libres au regard de l'article 14 combiné avec l'article 8 de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels et [...]

²³¹ Cour eur. dr. h., arrêt Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

²³² *Ibid.*, point 185 (traduction libre).

²³³ *Ibid.*, point 174.

²³⁴ A. HAYWARD, « Same-sex registered partnerships - a right to be recognised ? », *Cambridge law journal*, 75/1, p. 29.

²³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, précité, point 161 (traduction libre).

²³⁶ *Ibid.*, point 175.

²³⁷ *Ibid.*, points 180, 181 et 184.

²³⁸ G. WILLEMS, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *op. cit.*, p. 12.

²³⁹ A. HAYWARD, « Same-sex registered partnerships - a right to be recognised ? », *op. cit.*, p. 29 (traduction libre).

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt Chapin et Charpentier c. France du 9 juin 2016, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique »²⁴².

En 2016, également, la Cour rend l'arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne*²⁴³. Dans cet arrêt, le requérant affirme qu'il subit une discrimination en raison de son orientation sexuelle, ne pouvant bénéficier d'une pension de survie suite au décès de son partenaire de fait²⁴⁴, en 2002²⁴⁵. Le requérant considère qu'il existe une « différence de traitement entre les unions de fait entre personnes du même sexe qui n'avaient pas été reconnues légalement avant la légalisation du mariage homosexuel en 2005 et les couples hétérosexuels non mariés qui ne pouvaient se marier avant le divorce en Espagne en 1981 »²⁴⁶. En effet, concernant les couples non-mariés hétérosexuels, l'Espagne a adopté une loi les autorisant à bénéficier d'une pension de survie, de manière rétroactive²⁴⁷. La Cour va toutefois considérer qu'il ne s'agit pas de situations comparables et qu'il n'y a dès lors, pas de violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention²⁴⁸.

Notons également que l'année suivante, dans l'arrêt *Orlandi et autres c. Italie*²⁴⁹, lequel consacre la reconnaissance en droit interne des mariages célébrés à l'étranger²⁵⁰, la Cour constate que « vingt-sept pays sur les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe ont promulgué une législation permettant aux couples de même sexe de faire reconnaître leurs relations (soit par le mariage, soit sous la forme d'une union civile ou de partenariat enregistré) »²⁵¹.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* et depuis lors²⁵², « engagée dans une stratégie des petits pas, de nature à ménager la susceptibilité de certains États »²⁵³, s'est prononcée sur le droit au mariage des couples homosexuels en choisissant de ne pas franchir le pas de leur reconnaître ce droit, « malgré une évolution graduelle du droit des

²⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Chapin et Charpentier c. France*, précité, point 48.

²⁴³ Cour eur. dr. h., arrêt *Aldeguer Tomás c. Espagne* du 14 juin 2016, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁴⁴ *Ibid.*, point 56.

²⁴⁵ *Ibid.*, point 7.

²⁴⁶ *Ibid.*, point 56 (traduction libre).

²⁴⁷ *Ibid.*, point 33.

²⁴⁸ *Ibid.*, point 91.

²⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁵⁰ *Ibid.*, point 210.

²⁵¹ *Ibid.*, point 204 (traduction libre).

²⁵² E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 131.

²⁵³ *Id.*

Etats »²⁵⁴. La protection de la relation homosexuelle en tant que vie familiale et la consécration, bien qu'incertaine, de l'obligation de reconnaissance juridique des couples de même sexe démontrent toutefois que l'attitude de la Cour « ne peut se résumer au tout ou rien »²⁵⁵. De tels changements sont peut-être, et nous l'espérons, le signe d'une évolution latente, susceptible de se révéler dans les prochaines affaires portées devant la Cour²⁵⁶.

Dans le contexte international actuel, la question se pose de savoir si la solution prônée par la Cour est et serait toujours justifiée à l'avenir. Ces dernières années, les Etats-Unis ainsi que le Canada ont pris acte des évolutions sociétales récentes et ont opéré les changements législatifs et jurisprudentiels nécessaires à la reconnaissance du droit au mariage des couples homosexuels. Dès lors, les arguments retenus sur le continent américain sont-ils transposables de notre côté de l'Atlantique et ainsi, susceptibles de faire évoluer l'opinion de la Cour de Strasbourg ?

Chapitre 2. Un pas de géant pour la jurisprudence américaine

Il y a quelques années, différents auteurs de doctrine ont tenté de démontrer que les Etats-Unis auraient tout intérêt à prendre exemple sur les Etats européens ayant pris la décision d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe²⁵⁷ et ce, malgré l'insularité qu'on reconnaît à la Cour Suprême américaine²⁵⁸. Une telle idée n'était alors pas dénuée de fondement ; par le passé, les prises de position européennes se sont vues saluées dans les décisions américaines.

Dans les années 1980, la Cour européenne des droits de l'homme rend deux arrêts en matière de pénalisation des actes homosexuels²⁵⁹. En 1981, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁶⁰ et à nouveau en 1988 dans l'arrêt *Norris c. Irlande*²⁶¹, la Cour considère que les dispositions ayant

²⁵⁴ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *op. cit.*, p. 131.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ E. BRIBOSIA, I. RORIVE and L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁷ C. GLASS, N. KUBASECK and E. KIESTER, « Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights : A Viable Pathway for the U.S. », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n°1, 2011, pp. 132-174.

²⁵⁸ F. VAN DER MENSBRUGGHE, « "Exceptionnalisme" du droit américain : l'insularité de la Cour suprême des États-Unis », *R.F.D.L.*, 2007/2, p. 307.

²⁵⁹ M. DUBBER, « Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights: A Comparison of Methodologies », *op. cit.*, p. 189.

²⁶⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁶¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int>.

« pour résultat général la prohibition pénale de rapports homosexuels auxquels se livreraient en privé des hommes adultes capables d'y consentir »²⁶² sont constitutives d'une atteinte injustifiée au droit à la vie privée des requérants²⁶³. A la même époque, les juges américains prennent le parti inverse²⁶⁴ dans l'arrêt *Bowers v. Hardwick*²⁶⁵ de 1986, créant ainsi un fossé entre les décisions européennes et la décision américaine.

En 2003, la Cour Suprême rectifie le tir²⁶⁶ de son arrêt *Bowers* dans un arrêt *Lawrence v. Texas*²⁶⁷. Outre le revirement jurisprudentiel opéré par la Cour dans cet arrêt, celui-ci est également rendu notoire pour le renvoi express et inédit de la Cour américaine aux arrêts de la Cour de Strasbourg cités précédemment²⁶⁸. Effectivement, « saisie de la question de la constitutionnalité d'une législation de criminalisation des relations homosexuelles entre adultes, la Cour suprême, non seulement cite les affaires pertinentes jugées en la matière par la Cour européenne [...] mais également et surtout les prend en considération à l'appui de l'abandon, ou à tout le moins l'infléchissement, de la solution consacrée jusqu'alors par sa jurisprudence »²⁶⁹.

En 2015, aux antipodes de la situation prévalant jusqu'en 2003 et alors que l'ouverture du mariage aux couples homosexuels demeure un sujet sensible et largement débattu aux Etats-Unis et en Europe²⁷⁰, la Cour Suprême franchit un pas que la Cour de Strasbourg n'a pas encore osé sauter en matière de protection et de reconnaissance des couples homosexuels, en leur ouvrant les portes de l'institution maritale, dans un arrêt *Obergefell v. Hodges*.

Aujourd'hui, alors que se pose la question de savoir si la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la revendication homosexuelle concernant le droit de se marier est adéquate dans la société actuelle et dès lors que « la jurisprudence de la Cour suprême s'apparente, tant

²⁶² Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, précité, point 61.

²⁶³ *Ibid.*, point 63 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Norris c. Irlande*, précité, point 38.

²⁶⁴ M. DUBBER, « Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights: A Comparison of Methodologies », *op. cit.*, p. 189.

²⁶⁵ *Michael J. Bowers, Attorney General of Georgia v. Michael Hardwick, et al.*, 478 U.S. 186, 30 juin 1986.

²⁶⁶ J.-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2005/62, p. 313.

²⁶⁷ *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. Texas*, 539 U.S. 558, 26 juin 2003.

²⁶⁸ J.-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 313.

²⁶⁹ *Id.*

²⁷⁰ E. BRIBOSIA, I. RORIVE and L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage : Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*, p. 1.

quantitativement que qualitativement, à un formidable vivier dans lequel le juge européen des droits de l'homme est en mesure [...] de puiser une inspiration »²⁷¹, il nous apparaît judicieux de nous intéresser aux arguments avancés outre-Atlantique, lesquels sont susceptibles d'éclairer les réflexions que la Cour sera amenée à cultiver si la question venait à se poser à nouveau devant elle²⁷².

D'autant que, si la Cour américaine s'est montrée réfractaire dans un premier temps à s'en référer aux jugements d'autres juridictions, « la Cour suprême des Etats-Unis et sa jurisprudence ont davantage été prises en compte par les instances de Strasbourg »²⁷³ ces dernières années.

Section 1. Le mariage homosexuel : L'arrêt Obergefell v. Hodges

Le 26 juin 2015, la Cour Suprême des Etats-Unis est confrontée aux revendications de seize requérants homosexuels²⁷⁴. La requête, ainsi présentée devant la Cour, constitue une occasion pour cette dernière de « s'accorder le pouvoir de trancher, une fois pour toutes, le débat relatif au mariage [des couples de même sexe] »²⁷⁵. Les requérants, et parmi eux, James Obergefell dont l'Ohio - Etat dont la législation définit le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme²⁷⁶ - refuse de reconnaître le mariage d'avec son défunt époux²⁷⁷, attendent de la Cour qu'elle réponde à deux questions. D'une part, le quatorzième amendement de la Constitution américaine exige-t-il qu'un Etat autorise la célébration d'un mariage entre deux personnes de même sexe et d'autre part, ce même amendement requiert-il qu'un Etat reconnaisse un tel mariage, lorsque que ce dernier a été contracté dans un autre Etat garantissant ce droit ?²⁷⁸. La Cour va principalement s'atteler à

²⁷¹ J.-F. FLAUS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 326.

²⁷² E. BRIBOSIA, I. RORIVE and L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*, p. 8.

²⁷³ J.-F. FLAUS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 314.

²⁷⁴ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 2.

²⁷⁵ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 12 octobre 2015, p. 1, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1426>.

²⁷⁶ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *Creighton International and Comparative Law Journal*, vol. 9, n°2, 2018, p. 70.

²⁷⁷ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, pp. 4-5.

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 2-3.

répondre à la première question, tout en apportant une réponse à la seconde, par voie de conséquence.

Toutefois, avant de s'attaquer au coeur du problème, la Cour Suprême commence par dresser l'historique du mariage²⁷⁹. Insistant à la fois sur son ancienneté et sur son importance, les juges de Washington réservent à l'institution maritale un véritable éloge²⁸⁰. Dépeinte comme une « institution culturellement [...] adulée »²⁸¹, il n'est pas étonnant que l'institution maritale soit l'objet de convoitise des couples homosexuels. Le mariage, toutefois, est longtemps resté l'apanage des couples hétérosexuels dans l'imaginaire collectif²⁸², fondé sur l'idée d'une « union basée sur le genre différent de l'homme et de la femme »²⁸³. Pour certains, dont les Etats défenseurs, il est impératif de s'en tenir à cette définition au risque de discréditer l'institution maritale ; pour d'autres, dont les requérants, revendiquer un droit au mariage constitue la preuve de l'estime qu'ils portent à l'institution, sans aucune intention de lui porter atteinte²⁸⁴.

Si « les origines anciennes du mariage confirment sa centralité, [...] il ne s'est pas tenu à l'écart des développements du droit et de la société »²⁸⁵ pour autant. En effet, comme le précise le juge Kennedy, le mariage est une institution alliant « continuité et changement »²⁸⁶, « changements qui, par le passé comme dans le futur, n'ont pas eu, et n'auront pas pour effet de la fragiliser »²⁸⁷. La Cour, pour illustrer son propos, rappelle qu'à une époque, les mariages arrangés constituaient l'essentiel des unions maritales tandis que la *doctrine of coverture* reléguait les épouses au second plan, loin de leur reconnaître un statut égal à celui de leurs maris²⁸⁸. Aujourd'hui, l'oubli de ces « aspects du mariage longtemps considérés [...] comme essentiels »²⁸⁹ sont la preuve que le changement fut opportun²⁹⁰.

²⁷⁹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 3.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ FERCOT C., « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 2.

²⁸² *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, pp. 3-4.

²⁸³ *Ibid.*, p. 4 (traduction libre).

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 6 (traduction libre).

²⁸⁶ *Id.*

²⁸⁷ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 2.

²⁸⁸ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 6.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 7 (traduction libre).

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 7.

Les droits des personnes de même sexe, à l'instar du mariage, ont connu des évolutions²⁹¹, lesquelles ont finalement abouti à la question du mariage homosexuel²⁹². Ainsi, « après des années de contentieux, de législation, de référendums et de discussions [...], les États sont désormais divisés sur la question du mariage homosexuel »²⁹³. Si plusieurs États, dont le Michigan, le Kentucky, l'Ohio et le Tennessee - les différents États en cause dans cette affaire - continuent d'envisager le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme uniquement²⁹⁴, « à l'aube de l'arrêt Obergefell, ce ne sont pas moins de [trente-six] États fédérés qui, d'une manière ou d'une autre, ont légalisé le mariage homosexuel »²⁹⁵ tandis que « d'importants débats, judiciaires, législatifs, politiques et citoyens, sont alors en cours dans la plupart de ceux qui ne l'ont pas encore fait »²⁹⁶.

Dès lors, l'arrêt Obergefell, sous la plume du juge suprême Anthony Kennedy, constitue « l'intervention directe de la Cour suprême dans ce débat, et sa réaction face à la diversité qui prévaut encore entre États quant au traitement légal de l'union entre personnes de même sexe »²⁹⁷. Notons que dans cette affaire, il est attendu de la Cour qu'elle réponde au cas concret présenté devant elle - « les différents récits des requérants démontrent clairement l'urgence du problème qu'ils présentent à la Cour »²⁹⁸ - et au-delà, à une question dont la réponse intéresse toute une communauté.

§ 1. Le droit au mariage : Un fondement jurisprudentiel

Aux États-Unis, la Constitution est mise sur un pied d'estale²⁹⁹, ce qui explique « qu'on y cherche tout, et qu'on le trouve comme s'il y était depuis le début »³⁰⁰. Contrairement à ce que nous

²⁹¹ Voy. *Michael J. Bowers, Attorney General of Georgia v. Michael Hardwick, et al.*, précité et *John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. Texas*, précité.

²⁹² *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, pp. 6-8.

²⁹³ *Ibid.*, p. 10 (traduction libre).

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 2.

²⁹⁵ P. DERMINE, « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des États-Unis (26 juin 2015) », *op. cit.*, p. 458.

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ *Id.*

²⁹⁸ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 25 (traduction libre).

²⁹⁹ F. CHEVRETTE, « Inquiétudes et Perspectives de la Pensée Constitutionnelle Américaine : Le Rôle de la Cour Suprême et l'Équilibre Constitutionnel Global des Pouvoirs aux États-Unis », *op. cit.*, p. 344.

³⁰⁰ *Id.*

avons identifié en Europe, aux Etats-Unis, les contours du droit au mariage ne sont pas définis dans une disposition conventionnelle ou constitutionnelle spécifique³⁰¹ mais bien par la jurisprudence de la Cour Suprême, laquelle se base pour ce faire sur la Constitution³⁰². Attendu qu'« il relève de [sa] responsabilité d'identifier les intérêts [...] des individus qui sont 'tellement fondamentaux' [...] que l'Etat doit leur accorder son respect »³⁰³ et en sa qualité d'interprète de la Constitution³⁰⁴, la Cour a spécifiquement et à plusieurs reprises, reconnu la place dévolue au mariage parmi les valeurs qu'entend protéger la Constitution³⁰⁵.

En 1967, dans l'affaire *Loving v. Virginia*³⁰⁶, la Cour consacre un droit constitutionnel au mariage, lequel se fonde sur le quatorzième amendement de la Constitution³⁰⁷. Bien qu'elle laisse entendre que « la reconnaissance du mariage en tant que droit fondamental est antérieure à 1967 »³⁰⁸, dans cet arrêt, la Cour, ayant reconnu le mariage comme « l'un des droits vitaux de la personne, essentiels à la recherche du bonheur par les hommes libres »³⁰⁹, a « clairement établi les paramètres du droit de se marier [...], son abri constitutionnel [...] et son importance pratique pour la société »³¹⁰. Ainsi, l'arrêt *Loving* s'impose comme l'arrêt de référence en matière de droit constitutionnel au mariage³¹¹.

Suite à l'arrêt *Loving*, d'autres arrêts³¹² voient le jour et reconnaissent à leur tour un droit constitutionnel fondamental au mariage³¹³.

³⁰¹ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *op. cit.*, p. 144.

³⁰² L. WARDLE, « *Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1970-1990* », *Howard Law Journal*, vol. 41, n°2, Hiver 1998, p. 304.

³⁰³ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 6.

³⁰⁴ M. STRASSER, « *Obergefell's legacy* », *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 24, n°1, 2016, p. 63.

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ *Richard Perry Loving, Mildred Jeter Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 juin 1967.

³⁰⁷ L. WARDLE, « *Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1970-1990* », *op. cit.*, p. 304.

³⁰⁸ M. STRASSER, « *Obergefell's legacy* », *op. cit.*, p. 76 (traduction libre).

³⁰⁹ *Richard Perry Loving, Mildred Jeter Loving v. Virginia*, précité, p. 5.

³¹⁰ L. WARDLE, « *Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1970-1990* », *op. cit.*, p. 304 (traduction libre).

³¹¹ *Ibid.*, p. 347.

³¹² *Voy. Thomas E. Zablocki, Milwaukee County Clerk v. Roger G. Redhail*, 434 U.S. 374, 18 janvier 1978 et *William R. Turner, Superintendent, Missouri Department of Corrections, et al. v. Leonard Safley, et al.*, 482 U.S. 78, 1^{er} juin 1987.

³¹³ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 11.

Le droit au mariage étant reconnu comme un droit fondamental par la Cour³¹⁴, « les Etats ne peuvent l'enfreindre sans méconnaître les garanties de la clause matérielle de *due process of law* contenues dans le [quatorzième] amendement »³¹⁵, laquelle énonce ce qui suit : « Aucun État [...] ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière »³¹⁶. En effet, « certains traitements imposés par le droit sont tellement inégalitaires qu'ils privent les individus d'une part de leur liberté – ou de leur propriété, voire même de leur vie – sans garantie d'une protection due par le droit »³¹⁷ et dès lors, la *due process clause* « sert de guide pour limiter les atteintes [...] aux droits fondamentaux »³¹⁸.

L'*equal protection clause* « peut également être mobilisée [...] lorsqu'est portée atteinte à un droit fondamental, et donc à un 'intérêt fondamental' [...] d'un groupe d'individus en particulier »³¹⁹. Selon cette clause : « Aucun État [...] ne refusera une égale protection des lois à quiconque relève de sa juridiction »³²⁰.

Ainsi, lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental, la Cour est libre de baser son raisonnement sur la violation de l'une ou l'autre de ces clauses mais également sur la combinaison de celles-ci³²¹.

Dans l'arrêt *Obergefell*, la Cour Suprême fonde sa décision en arguant que le fait de ne pas accorder le droit de se marier - élevé au rang de droit fondamental - aux couples homosexuels est contraire à la *due process clause* et également, à l'*equal protection clause*³²². Partant, les concepts de liberté et d'égalité se renforcent l'un l'autre et viennent tous deux au secours du droit de se marier³²³.

³¹⁴ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 6 ; *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 11.

³¹⁵ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 4.

³¹⁶ *The Constitution of the United States*, précitée, amendement 14.

³¹⁷ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 4.

³¹⁸ D. Curtis, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 71 (traduction libre).

³¹⁹ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 6.

³²⁰ *The Constitution of the United States*, précitée, amendement 14.

³²¹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 19.

³²² *Ibid.*, pp. 10 et 19.

³²³ *Ibid.*, p. 19.

A la suite des différents arrêts ayant reconnu le droit au mariage comme un droit fondamental, l'institution du mariage continue néanmoins de « [présumer] une relation entre des partenaires de sexe opposé »³²⁴, réservant le droit de se marier aux couples hétérosexuels. La Cour choisit alors de se baser sur quatre caractéristiques essentielles du droit fondamental au mariage, dégagées par la jurisprudence antérieure de la Cour, dans le but de démontrer que celles-ci sont également applicables aux couples de même sexe et donc, que ne pas leur octroyer ce droit reviendrait à violer la *due process clause*³²⁵.

Premièrement, le droit de se marier fait partie du « droit à l'autonomie de la personne en matière de choix intimes et personnels »³²⁶. Deuxièmement, Kennedy atteste que « le droit de se marier est fondamental en ce qu'il soutient l'union de deux personnes comme aucun autre »³²⁷. Troisièmement, le mariage « protège les enfants et les familles et tire ainsi son sens des droits connexes de l'éducation des enfants [et] de la procréation »³²⁸. Malgré cette évocation faite à la famille et à la procréation, la Cour rappelle toutefois que suite à ses arrêts antérieurs, elle « rejette [...] la vision procréationniste du mariage traditionnellement défendue par les milieux conservateurs chrétiens aux Etats-Unis »³²⁹ en ce qu'elle considère que « le droit au mariage n'est pas réservé à ceux qui veulent ou peuvent avoir des enfants »³³⁰. Quatrièmement, le juge Kennedy ajoute que « les arrêts de cette Cour et les traditions de la Nation montrent clairement que le mariage est la clé de voûte de l'ordre social »³³¹ américain. En conséquence à cela, le droit au mariage s'accompagne d'une multitude de droits accordés aux époux³³². Or, « en raison de leur

³²⁴ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 11 (traduction libre).

³²⁵ *Ibid.*, p. 12.

³²⁶ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 4 ; *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 12 (traduction libre).

³²⁷ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 13 (traduction libre).

³²⁸ *Ibid.*, p. 14 (traduction libre).

³²⁹ P. DERMINE, « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des Etats-Unis (26 juin 2015) », *op. cit.*, p. 461.

³³⁰ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *op. cit.*, p. 146.

³³¹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 16 (traduction libre).

³³² *Ibid.*, pp. 16-17.

exclusion de cette institution, les couples de même sexe se voient refuser la multitude d'avantages que les États ont liés au mariage [et] [...] sont voués à une instabilité que de nombreux couples de sexe opposé jugeraient intolérables dans leur propre vie »³³³.

Ces éléments s'appliquant aux couples homosexuels, d'après la Cour, la conception initiale selon laquelle le mariage serait réservé aux couples hétérosexuels est désormais révolue³³⁴. En effet, « la limitation du mariage aux couples de sexe opposé a peut-être paru naturelle et juste pendant longtemps, mais son incompatibilité avec la signification centrale du droit fondamental de se marier est maintenant manifeste »³³⁵. Ainsi, Anthony Kennedy confirme que la question à laquelle est confrontée la Cour n'est pas tant de savoir si il existe un droit au mariage homosexuel, contrairement à ce qu'affirment les défenseurs, mais bien de savoir si le droit au mariage exclut de son champ d'application certaines catégories d'individus et en l'occurrence ici, les couples homosexuels³³⁶, ce qu'elle réfute.

B. L'*equal protection clause* : L'égalité

Après avoir envisagé la question du mariage homosexuel sous l'angle de la *due process clause*, bien que « la Cour [ait] fourni la base pour annuler les interdictions de mariage de même sexe sans même devoir répondre aux préoccupations en matière de protection égale »³³⁷, la Cour poursuit sa réflexion en tâchant de démontrer que selon l'*equal protection clause*, l'institution maritale devrait également bénéficier aux couples homosexuels³³⁸. Ainsi, le juge Kennedy commence par évoquer le fait que « de nouvelles connaissances et compréhensions de la société peuvent révéler des inégalités injustifiées au sein des institutions les plus fondamentales, autrefois passées inaperçues et incontestées »³³⁹. Il rappelle à ce sujet les évolutions ayant touché tant le mariage que les droits des personnes homosexuelles³⁴⁰ et en conclut désormais que « les lois sur le

³³³ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 17 (traduction libre).

³³⁴ M. STRASSER, « Obergefell's legacy », *op. cit.*, pp. 80-81.

³³⁵ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 17 (traduction libre).

³³⁶ *Ibid.*, p. 18.

³³⁷ M. STRASSER, « Obergefell's legacy », *op. cit.*, p. 82 (traduction libre).

³³⁸ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 20.

³³⁹ *Ibid.*, p. 20 (traduction libre).

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 20-21

mariage mises en œuvre par les [Etats] défendeurs sont fondamentalement inégales : les couples de même sexe se voient refuser tous les avantages dont bénéficient les couples de sexe opposé et sont empêchés d'exercer un droit fondamental »³⁴¹. Or, après le parcours semé d'embûches qu'ont dû vivre les couples homosexuels pour que soit reconnue leur union, leur refuser le droit de se marier serait une atteinte inacceptable de plus³⁴².

La Cour en conclut que « le droit de se marier est un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne et que, en vertu des clauses de *due process* et d'*equal protection* du quatorzième amendement, les couples du même sexe ne peuvent être privés de ce droit et de cette liberté »³⁴³. Désormais, les portes du mariage sont ouvertes aux couples homosexuels³⁴⁴.

Face aux arguments des requérants, soutenus par la Cour, les Etats défendeurs avancent d'abord que la décision de la Cour vient trop tôt, sans qu'un nombre satisfaisant de réflexions préalables aient eu lieu, ce à quoi la Cour répond que de nombreux moyens législatifs, politiques et intellectuels ont été organisés avant de prendre une telle décision³⁴⁵. Notons que « ce n'est pas la première fois que la Cour est invitée à adopter une approche prudente en matière de reconnaissance et de protection des droits fondamentaux »³⁴⁶. Toutefois, la Cour n'entend pas répéter les erreurs du passé. Alors que dans l'arrêt *Bowers*, la Cour suprême prenait la décision de ne pas rendre inconstitutionnelle la pénalisation des relations homosexuelles³⁴⁷, ce n'est que dix-sept ans plus tard qu'elle revient sur sa décision³⁴⁸, dans son arrêt *Lawrence*. Or, « bien que *Bowers* ait finalement été répudié dans *Lawrence*, des hommes et des femmes ont été blessés entre-temps, et les conséquences de ces blessures ont sans doute persisté longtemps après que *Bowers* eut été écarté »³⁴⁹. Ainsi, refuser aux couples homosexuels l'ouverture du droit au mariage ne ferait que réitérer le schéma des affaires *Bowers-Lawrence*.

³⁴¹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 22 (traduction libre).

³⁴² *Id.*

³⁴³ *Id.* (traduction libre).

³⁴⁴ *Id.*

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 23.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 25 (traduction libre).

³⁴⁷ *Michael J. Bowers, Attorney General of Georgia v. Michael Hardwick, et al.*, précité.

³⁴⁸ J.-F. FLAUS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 313.

³⁴⁹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 25 (traduction libre).

Les Etats demandeurs soutiennent également que l'application du mariage aux couples homosexuels serait susceptible d'influencer les couples hétérosexuels de telle sorte que ces derniers ne souhaiteraient plus s'unir sous l'union matrimoniale³⁵⁰. A cela, la Cour répond que « les décisions concernant le mariage et l'éducation des enfants reposent sur de nombreuses considérations personnelles, romantiques et pratiques ; et il est irréaliste de conclure qu'un couple de sexe opposé choisirait de ne pas se marier simplement parce que les couples de même sexe peuvent le faire »³⁵¹.

La Cour poursuit en évoquant la religion et considère que chacun est libre d'avoir sa propre opinion quant aux bénéficiaires du droit au mariage³⁵², mais que « toutefois, la Constitution n'autorise pas l'État à interdire le mariage aux couples de même sexe, dans les mêmes conditions que celles accordées aux couples de sexe opposé »³⁵³.

Ainsi, les couples homosexuels se voient reconnaître le droit au mariage, et par conséquent, « aucun motif légitime ne permet à un État de refuser de reconnaître un mariage légal homosexuel contracté dans un autre État en raison de son caractère homosexuel »³⁵⁴. La Cour a ainsi répondu aux deux questions qui se posaient à elle.

Section 2. La reconnaissance du droit au mariage : Une victoire en demi-teinte

La Cour Suprême ayant ouvert le mariage aux couples de même sexe, nous pourrions être tentés de croire que la question est réglée. Mais l'est-elle réellement ? Quelles sont les implications de ce droit au mariage pour les couples homosexuels ? Aux Etats-Unis, la question de la conjugalité des couples homosexuels est principalement envisagée sous l'angle du mariage, contrairement au phénomène qui se développe en Europe³⁵⁵, concernant les partenariats enregistrés. En raison à cela, la primauté du mariage sur toute autre forme de reconnaissance juridique d'un couple, ce que ne

³⁵⁰ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 26.

³⁵¹ *Id.* (traduction libre).

³⁵² *Ibid.*, p. 27.

³⁵³ *Id.* (traduction libre).

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 28 (traduction libre).

³⁵⁵ N. MUIŽNIEKS, *Accès à la reconnaissance juridique pour les couples de même sexe : c'est une question d'égalité*, Le Carnet des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21 février 2017, en ligne : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/access-to-registered-same-sex-partnerships-it-s-a-question-of-equality>.

manque pas de rappeler le juge suprême Anthony Kennedy dans l'arrêt Obergefell³⁵⁶. En effet, dans cet arrêt, Kennedy affirme que l'institution maritale « supporte l'union de deux personnes comme aucune autre »³⁵⁷ et ajoute qu'« aucune union n'est plus profonde que le mariage, qui incarne les idéaux les plus élevés d'amour, de fidélité, de dévotion, de sacrifice et de famille »³⁵⁸.

Outre son attachement à l'institution maritale en tant que telle, l'arrêt Obergefell affirme également que « les lois étatiques contestées par les requérants [...] sont désormais considérées comme nulles dans la mesure où elles excluent du mariage civil les couples de même sexe »³⁵⁹. Ces lois ne sont toutefois pas les seules à se voir appliquer le raisonnement suivi par la Cour³⁶⁰. En effet, l'institution maritale ne se limite pas à l'acte civil en lui-même³⁶¹, il existe également une « constellation d'avantages que les États ont liés au mariage »³⁶². Or, celle-ci a été trop longtemps niée aux couples homosexuels et désormais, la Cour considère que les couples homosexuels devraient avoir accès au mariage « selon les mêmes termes et conditions que les couples de sexe opposé »³⁶³.

Deux ans, jour pour jour, après l'arrêt Obergefell v. Hodges, dans un arrêt Pavan v. Smith³⁶⁴ du 26 juin 2017, la Cour confirme les solutions retenues dans l'arrêt Obergefell³⁶⁵. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si un Etat, en l'occurrence l'Arkansas, était tenu de faire apparaître le nom de l'épouse d'une femme mariée venant d'accoucher sur l'acte de naissance de l'enfant, comme elle l'aurait fait si celle-ci avait été mariée à un homme, les requérantes alléguant que l'Etat y était tenu et l'Arkansas considérant qu'il n'avait pas à le faire³⁶⁶.

Ainsi, confrontée aux revendications contradictoires des deux parties, la Cour renvoie aux développements de son arrêt Obergefell et précise que dans ce dernier, le juge Kennedy avait énoncé une liste de bénéfices dont disposent les époux et que parmi elle, l'on retrouvait les

³⁵⁶ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 13.

³⁵⁷ *Id.* (traduction libre).

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 28 (traduction libre).

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 23 (traduction libre).

³⁶⁰ E. NOVAK, « The post-Obergefell landscape », *Tulane Journal of Law and Sexuality*, vol. 27, p. 146.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 147.

³⁶² *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 17 (traduction libre).

³⁶³ *Ibid.*, p. 23 (traduction libre).

³⁶⁴ *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, 582 U.S., 26 juin 2017.

³⁶⁵ E. NOVAK, « The post-Obergefell landscape », *op. cit.*, p. 147.

³⁶⁶ *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, précité, p. 1.

certificats de naissance³⁶⁷. Face à cette référence explicite, la Cour confirme qu'« il ne s'agit pas là du hasard : plusieurs des plaignants dans l'arrêt Obergefell ont contesté le refus d'un État de reconnaître leurs conjoints de même sexe sur les actes de naissance de leurs enfants »³⁶⁸. Le cas concret des requérants de cette affaire est donc réglé. Toutefois, au delà de la problématique spécifique des certificats de naissance, l'arrêt Pavan est également l'occasion pour la Cour de rappeler que suite à l'arrêt Obergefell, les époux homosexuels jouissent des mêmes prérogatives maritales que celles reconnues autrefois uniquement aux époux hétérosexuels³⁶⁹.

Ainsi, il semblerait qu'avec le mariage, les couples homosexuels aient accédé au Graal. N'en soyons pas si certains. Si l'arrêt Obergefell a octroyé aux couples homosexuels un droit au mariage et à ce titre, les avantages qui y sont attachés, « la voie suivie par les États-Unis pour légaliser le mariage homosexuel a permis la poursuite de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle »³⁷⁰. En effet, dans l'arrêt Obergefell, la Cour a fait le choix d'invoquer l'*equal protection clause* car elle considérait qu'il avait été porté atteinte au droit fondamental à se marier, plutôt que de considérer que l'emploi de cette clause était nécessaire en raison de la charge imposée aux couples homosexuels³⁷¹. Dès lors, le raisonnement de la Cour ne se place pas sur le terrain de la discrimination³⁷² car « les juges de Washington ne se posent pas [...] la question de savoir si la "catégorie" des homosexuels peut ou doit être "protégée" [ni de] savoir si l'interdiction du mariage pour les couples de même sexe constitue une discrimination susceptible, notamment, d'être fondée sur l'orientation sexuelle »³⁷³.

Ainsi, la Cour n'ayant posé la question de la violation de l'*equal protection clause* que sur le plan du droit fondamental au mariage, aucune décision n'a été rendue concernant la discrimination à l'égard des homosexuels, excepté pour le cas spécifique du droit se marier³⁷⁴. Dès lors, « un photographe, un fleuriste, un pâtissier peuvent-ils refuser de prêter leurs services à la célébration

³⁶⁷ *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, précité, p. 4 ; *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 17.

³⁶⁸ *Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith*, précité, p. 4 (traduction libre).

³⁶⁹ E. NOVAK, « The post-Obergefell landscape », *op. cit.*, p. 146.

³⁷⁰ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 68 (traduction libre).

³⁷¹ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 6.

³⁷² *Id.*

³⁷³ *Id.*

³⁷⁴ *Id.*

d'un mariage homosexuel ? »³⁷⁵. Il semblerait que oui, car « ce n'est pas la garantie du mariage homosexuel, mais l'éventuelle interdiction législative de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle qui restreint la liberté de ces personnes d'agir conformément à leurs convictions »³⁷⁶.

Ces convictions peuvent notamment être religieuses et dès lors, le droit à la liberté de religion, consacré par le premier amendement, entre en piste. Selon cet amendement, « le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre »³⁷⁷. Un exemple flagrant du fait que « les convictions religieuses peuvent constituer la source de pratiques discriminatoires »³⁷⁸ à l'égard des couples homosexuels est l'arrêt *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*³⁷⁹ du 4 juin 2018. Dans cette affaire, un pâtissier a refusé de réaliser un gâteau de mariage pour un couple homosexuel³⁸⁰. Dans son arrêt, « la Cour tranche en faveur du pâtissier, en s'attachant aux faits particuliers de l'espèce [car] la commission qui l'a sanctionné ne l'aurait pas traité de manière neutre et respectueuse, elle aurait laissé transparaître une hostilité envers ses convictions »³⁸¹.

Ainsi, si « la majorité de la Cour évite [...] de trancher de manière générale le conflit entre les droits des homosexuels et les convictions homophobes fondées sur la religion »³⁸², la solution qui en découle laisse néanmoins, aux discriminations vis-à-vis des couples homosexuels, la possibilité de subsister. La protection des couples de même sexe étant laissée au bon vouloir des Etats, qui sont libres d'instaurer des lois anti-discrimination en raison de l'orientation sexuelle ou non³⁸³, la route

³⁷⁵ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018) », *Rev. Trim. D.H.*, 2019/118, p. 378.

³⁷⁶ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *op. cit.*, p. 145 ; K. YOSHINO, « A new birth of freedom ? : *Obergefell v. Hodges* », *Harvard Law Review*, vol. 129, n°1, Novembre 2015, p. 176.

³⁷⁷ *The Constitution of the United States*, 17 septembre 1787, précitée, 1^{er} amendement.

³⁷⁸ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018) », *op. cit.*, p. 378.

³⁷⁹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al.*, 584 U.S., 4 juin 2018.

³⁸⁰ *Ibid.*, p.1.

³⁸¹ T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018) », *op. cit.*, p. 379.

³⁸² *Ibid.*, p. 380.

³⁸³ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 73.

est encore longue avant qu'une réelle égalité s'installe. Les Etats-Unis auraient, sans doute, intérêt à s'inspirer de leurs voisins canadiens sur ce point³⁸⁴.

Chapitre 3. La législation fédérale dans les pas de la jurisprudence canadienne

Au Canada, la situation est un peu différente de celle constatée aux Etats-Unis. En effet, l'ouverture du droit au mariage aux couples homosexuels s'est réalisée progressivement, sans qu'un arrêt de la Cour Suprême canadienne ne vienne la consacrer. Si l'origine de cette ouverture aux couples homosexuels s'est avérée jurisprudentielle et éclatée³⁸⁵, en fin de course, c'est finalement dans la législation fédérale que celle-ci a été entérinée.

Section 1. Le mariage homosexuel : De l'arrêt *Egan c. Canada*³⁸⁶ à la Loi sur le mariage civil³⁸⁷

Au fondement de la revendication des couples de même sexe de se voir reconnaître le statut d'époux, se trouve la Charte canadienne des droits et libertés³⁸⁸. En effet, cet instrument protecteur des droits et libertés est « le document central qui a permis l'expansion des droits des personnes homosexuelles, et notamment, concernant le droit au mariage des personnes de même sexe »³⁸⁹. Le rôle joué par la Charte dans la problématique des mariages homosexuels résulte notamment des contestations nées peu de temps après l'adoption de celle-ci, lesquelles portaient alors sur le libellé de son article 15 et plus particulièrement, sur l'application et l'implication de ce dernier vis-à-vis des personnes homosexuelles³⁹⁰. L'article 15 de la Charte, qui ne manque pas de nous rappeler l'article 14 de la Convention européenne et l'Equal Protection Clause américaine³⁹¹, énonce, en son paragraphe premier, que « la loi ne fait acception de personne et s'applique

³⁸⁴ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 77.

³⁸⁵ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 364.

³⁸⁶ *Egan c. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

³⁸⁷ Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

³⁸⁸ A. BATTISTON, « The legal history of same-sex marriage in Canada », *Canadian Law Library Review*, vol. 39, n°1, 2014, p. 12.

³⁸⁹ *Id.* (traduction libre).

³⁹⁰ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 74.

³⁹¹ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 364.

également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques »³⁹².

Alors que, dans cet article, certains motifs de discrimination sont expressément référencés, l'emploi du terme "notamment" nous révèle que d'autres motifs sont susceptibles de venir compléter la liste édictée à l'article 15³⁹³. En suite de l'adoption de cet article, s'est donc posée la question de savoir si l'interdiction de discrimination défendue par ce dernier peut être appliquée aux personnes en raison de leur orientation sexuelle³⁹⁴. La réponse à cette question est donnée par la Cour Suprême dans un arrêt *Egan c. Canada* de 1995. Dans cet arrêt, la Cour reconnaît l'orientation sexuelle comme un « motif analogue »³⁹⁵ à ceux mentionnés initialement dans l'article 15 de la Charte³⁹⁶ en ce que « l'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés »³⁹⁷.

Néanmoins, bien que l'orientation sexuelle d'une personne soit susceptible d'entraîner une discrimination à son égard, laquelle est contraire à la section 15 de la Charte, la Cour juge dans cet arrêt qu'une telle discrimination est justifiée, concernant le mariage, au regard de l'article 1^{er} de la Charte, n'assurant dès lors, pas une grande effectivité à la reconnaissance établie plus tôt³⁹⁸. L'article 1^{er} énonce : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »³⁹⁹. Dans le cas d'espèce, la Cour juge la restriction justifiée parce que « seuls les couples hétérosexuels ont la capacité de procréer, que la plupart des enfants sont le fruit de ces unions et que ce sont ceux qui entretiennent ce genre d'union qui prennent généralement soin des

³⁹² Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 15, §1^{er}.

³⁹³ H. BRUN, « Quelques Notes sur les Articles 1, 2, 7, et 15 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », *op. cit.*, p. 793.

³⁹⁴ D. CURTIS., « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 74.

³⁹⁵ *Egan c. Canada*, précité, p. 532.

³⁹⁶ R. D. ELLIOTT, « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 609.

³⁹⁷ *Egan c. Canada*, précité, p. 514.

³⁹⁸ B. MACDOUGALL, « Case comment on M v. H », *Manitoba Law Journal*, vol. 27, n°1, 1999-2000, p. 141.

³⁹⁹ Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 1^{er}.

enfants et qui les élèvent »⁴⁰⁰. Dès lors, elle considère que « le mariage est, de par sa nature, hétérosexuel »⁴⁰¹.

Au début des années 2000, après que la Cour ait admis l'orientation sexuelle comme « une caractéristique qui tombe sous la protection de l'article 15 de la Charte »⁴⁰², dans plusieurs provinces canadiennes, les juges ont commencé à considérer, contrairement à la Cour Suprême, que refuser aux homosexuels le droit de se marier contrevenait au principe édicté à la section 15 de la Charte⁴⁰³ et n'était pas justifié au regard de l'article 1^{er}⁴⁰⁴. Suite aux arrêts de ces provinces, le droit au mariage a finalement été octroyé aux couples homosexuels, après un parcours législatif sans embûche.

§1. Le droit au mariage : Une consécration législative

Après que les tribunaux des provinces se soient saisis de la question, il est légitime de se demander pourquoi les gouvernements provinciaux n'ont pas décidé de donner aux couples de même sexe un accès au mariage. Si les gouvernements des provinces en avaient eu le droit, il y a fort à parier qu'ils auraient ouvert l'institution maritale aux couples homosexuels⁴⁰⁵. Cependant, au Canada, la définition du mariage est l'apanage du fédéral⁴⁰⁶. Ainsi, les provinces ne sont pas compétentes pour venir modifier la définition du mariage qui, faute d'intervention du fédéral en ce sens⁴⁰⁷ à cette époque, s'est développée dans la *common law*⁴⁰⁸.

Suite aux différents arrêts provinciaux, « étant donné l'intention avouée du gouvernement fédéral d'avaliser le mariage gay, le procureur général du Canada a décidé de ne pas contester les décisions

⁴⁰⁰ *Egan c. Canada*, précité, p. 515.

⁴⁰¹ *Id.*

⁴⁰² D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 74 (traduction libre)

⁴⁰³ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 364.

⁴⁰⁴ A. BATTISTON, « The legal history of same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰⁵ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁴⁰⁷ A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *University of La Verne Law Review*, vol. 30, n°1, Novembre 2008, p. 201.

⁴⁰⁸ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 75.

ainsi rendues [et] faute d'appel, celles-ci sont donc devenues pleinement exécutoires »⁴⁰⁹. En effet, le gouvernement fédéral n'est pas tenu de soumettre chaque décision touchant à la Constitution à l'appréciation de la Cour Suprême⁴¹⁰. Dès lors, indirectement, « les couples de même sexe de sept provinces et d'un territoire se sont vus reconnaître, par la voie judiciaire, le droit de convoler en justes noces »⁴¹¹.

Cette remise en question de la définition du mariage a poussé le gouvernement fédéral, et plus particulièrement « le ministre fédéral de la Justice [à saisir] la Cour suprême d'un renvoi sur la constitutionnalité d'un avant-projet de loi autorisant le mariage entre conjoints de même sexe »⁴¹². Ainsi, le 16 juin 2013, dans le Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe⁴¹³, la Cour Suprême canadienne a affirmé que : « l'article 1 de la Loi proposée [...] exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples du même sexe concernant le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). Cette position, combinée aux circonstances à l'origine de la Loi proposée et à son préambule, indique sans équivoque que l'objet de la loi, loin de contrevenir à la Charte, découle de celle-ci »⁴¹⁴.

Après avoir reçu l'aval des juges suprêmes, « le gouvernement fédéral a formellement déposé, le 1^{er} février 2005, le projet de loi C-38 reconnaissant aux gais et lesbiennes le droit de se marier civilement »⁴¹⁵, lequel a abouti, en 2005 sur la Loi sur le mariage civil. Ainsi, en 2005, « après des décennies de combats en faveur de l'égalité juridique des homosexuels dans de nombreux domaines du droit »⁴¹⁶, le Canada a légalement reconnu aux couples homosexuels canadiens le droit de se marier⁴¹⁷. L'article premier de la Loi sur le mariage civil de 2005 énonce que « le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne »⁴¹⁸ et l'article

⁴⁰⁹ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 35.

⁴¹⁰ R. D. ELLIOTT, « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 615.

⁴¹¹ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 35.

⁴¹² *Ibid.*, p. 33.

⁴¹³ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 C.S.C. 79.

⁴¹⁴ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précité, n°43.

⁴¹⁵ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 34.

⁴¹⁶ A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, p. 200 (traduction libre).

⁴¹⁷ J. GARDINER, « Same-sex marriage : a worldwide trend », *op. cit.*, pp. 96-97.

⁴¹⁸ Loi sur le mariage civil, précitée, art. 1^{er}.

4 ajoute qu' « il est entendu que le mariage n'est pas nul ou annulable du seul fait que les époux [soient] du même sexe »⁴¹⁹.

§2. Le droit à l'égalité : L'article 15 de la Charte

Avant 2005, « des mariages homosexuels étaient déjà célébrés partout dans le pays, à l'exception de l'Alberta, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Yukon, à la suite d'une série de contestations judiciaires »⁴²⁰. En effet, dans les autres provinces et territoires autonomes, les juges ont considéré que le refus d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels contrevenait au principe constitutionnel d'égalité énoncé à l'article 15 de la Charte⁴²¹, « [déclarant] invalide et inopérante la règle fédérale réservant le mariage aux couples hétérosexuels »⁴²².

Parmi les différentes décisions rendues⁴²³, l'arrêt provincial ayant suscité le plus de réactions fut probablement l'arrêt Halpern et al. c. Canada⁴²⁴ suite auquel les juges de l'Ontario chargés de l'affaire ont proposé une nouvelle définition du mariage, n'excluant pas les couples de même sexe de son champ d'application⁴²⁵. Dans cette décision d'appel⁴²⁶ opposant sept couples homosexuels et le pasteur de la *Metropolitan Community Church of Toronto* au procureur général du Canada⁴²⁷, la Cour commence par rappeler la définition canadienne du mariage développée par la *common law*⁴²⁸ à savoir « l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de tous les autres »⁴²⁹, laquelle « exclut les mariages entre conjoints de même sexe »⁴³⁰.

Ensuite, la Cour s'interroge sur la question « de savoir si l'exclusion des couples de même sexe de cette définition du mariage aux fins de la common law viole [...] le par. 15(1) de la Charte

⁴¹⁹ Loi sur le mariage civil, précitée, art. 4.

⁴²⁰ A. BATTISTON, « The legal history of same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 8.

⁴²¹ J. GARDINER, « Same-sex marriage : a worldwide trend », *op. cit.*, pp. 96-97.

⁴²² A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 35.

⁴²³ Voy. *EGALE Canada Inc v. Canada (Attorney General)*, [2003] B.C.C.A. 251 et *Hendricks c. Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506.

⁴²⁴ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, [2003] 65 O.R. (3d) 201.

⁴²⁵ S. PARE, « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *op. cit.*, p. 374.

⁴²⁶ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 2.

⁴²⁷ *Ibid.*, préambule.

⁴²⁸ *Ibid.*, point 27.

⁴²⁹ *Id.*

⁴³⁰ *Ibid.*, point 37.

canadienne des droits et libertés [...] d'une manière qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, aux termes de l'article premier de la Charte »⁴³¹.

Quant à la violation de l'article - ou paragraphe - 15 de la Charte, la Cour, pour répondre à cette question, applique le raisonnement dégagé dans l'arrêt *Law c. Canada*⁴³². Suivant le canevas établi par cet arrêt, la violation en question « ne peut être établie que s'il y a conflit entre la loi contestée et l'objet du par. 15(1) »⁴³³, lequel, rappelons-le énonce que « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination »⁴³⁴. Pour déterminer l'existence d'un tel conflit, il convient d'opérer « une analyse à trois volets »⁴³⁵.

Premièrement, « la loi contestée [...] établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou [...] omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ? »⁴³⁶. La Cour répond par l'affirmative et évoque notamment la « myriade de droits et d'obligations se rapportant à l'institution du mariage »⁴³⁷ dont les couples homosexuels sont privés, contrairement aux couples hétérosexuels, pour établir qu'une distinction formelle existe bel et bien⁴³⁸. Le premier critère est rencontré.

Deuxièmement, « le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues ? »⁴³⁹. En réponse à cette question, la Cour renvoie aux conclusions de l'arrêt *Egan*⁴⁴⁰ de la Cour Suprême canadienne, lesquelles élèvent l'orientation sexuelle au rang de motif analogue⁴⁴¹. Le deuxième critère est également rencontré.

⁴³¹ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 1.

⁴³² *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

⁴³³ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 61.

⁴³⁴ Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 15, §1^{er}.

⁴³⁵ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 61.

⁴³⁶ *Id.*

⁴³⁷ *Ibid.*, point 69.

⁴³⁸ *Id.*

⁴³⁹ *Ibid.*, point 61.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, point 74.

⁴⁴¹ *Egan c. Canada*, précité, p. 514.

Troisièmement, « la différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération ? »⁴⁴². Pour répondre à cette question, la Cour d'appel de l'Ontario se base sur quatre critères⁴⁴³.

Premièrement, la Cour considère que « le désavantage historique subi par les couples de même sexe penche en faveur d'une conclusion de discrimination »⁴⁴⁴. Notons également que la Cour estime que « l'exigence de common law selon laquelle les personnes qui se marient doivent être de sexe opposé empêche les personnes de même sexe qui vivent une union soutenue de faire un choix fondamental - celui d'épouser ou non leur conjoint »⁴⁴⁵. Deuxièmement, concernant « les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur »⁴⁴⁶, il semble clair que ceux-ci ne sont pas rencontrés par la définition actuelle du mariage⁴⁴⁷. Troisièmement, il est évident que les couples hétérosexuels sont avantagés par rapport aux couples homosexuels⁴⁴⁸. Quatrièmement, il y a lieu de prendre en compte la « nature du droit touché »⁴⁴⁹, or « en l'espèce, les couples de même sexe sont exclus d'une institution sociale fondamentale : le mariage »⁴⁵⁰.

Au vu des quatre points énoncés ci-dessus, le troisième critère, à l'instar des deux précédents, est rencontré. A ce titre, les juges sont « d'avis que l'exclusion des couples de même sexe de l'institution du mariage viole la dignité des personnes de même sexe qui vivent une union soutenue »⁴⁵¹. Dès lors, la présente définition du mariage contrevient à l'article 15 de la Charte⁴⁵². Pareille violation

⁴⁴² *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 61.

⁴⁴³ *Ibid.*, point 81.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, point 86.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, point 87.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, point 88.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, point 95.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, point 98.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, point 100.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, point 107.

⁴⁵¹ *Ibid.*, point 108.

⁴⁵² *Id.*

est-elle toutefois justifiable au vu de l'article premier de la Charte ?⁴⁵³ Rappelons que selon l'article 1^{er}, les droits reconnus par la Charte « ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁴⁵⁴. Pour répondre à cette question, la Cour applique les critères édictés dans l'arrêt Oakes⁴⁵⁵.

Selon le premier critère, la question se pose de savoir si « l'objectif de la loi se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles »⁴⁵⁶. A ce titre, la Cour identifie trois présumés objectifs du mariage⁴⁵⁷ : « l'union des sexes opposés; [...] l'encouragement à la naissance et l'éducation des enfants issus du mariage; et [...] la compagnie »⁴⁵⁸. Concernant le premier objectif, la Cour considère qu'« un but qui porte atteinte à la dignité des couples de même sexe est contraire aux valeurs d'une société libre et démocratique et ne peut être considéré urgent et réel »⁴⁵⁹. Pour ce qui est des enfants, les juges sont d'avis que « les couples hétérosexuels mariés ne cesseront pas d'avoir ni d'élever des enfants au seul motif que les couples de même sexe ont le droit de se marier »⁴⁶⁰. D'autant qu'« une proportion croissante d'enfants sont conçus et élevés par des couples de même sexe »⁴⁶¹. Enfin, concernant la compagnie, la Cour argumente que « favoriser la compagnie uniquement entre des personnes de sexe opposé a pour effet de perpétuer l'opinion selon laquelle les personnes de même sexe qui vivent une union soutenue ne sont pas tout aussi capables de se tenir compagnie et de former des unions durables et aimantes »⁴⁶².

Selon le second critère, il faut se demander si « le moyen utilisé pour atteindre l'objectif est raisonnable et peut se justifier dans une société libre et démocratique »⁴⁶³. Le premier critère n'étant pas concluant, il n'est pas nécessaire d'analyser l'application du second⁴⁶⁴. La Cour décide toutefois

⁴⁵³ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 108.

⁴⁵⁴ Charte canadienne des droits et libertés, précitée, art. 1^{er}.

⁴⁵⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁴⁵⁶ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 113.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, point 114.

⁴⁵⁸ *Id.*

⁴⁵⁹ *Ibid.*, point 119.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, point 121.

⁴⁶¹ *Id.*

⁴⁶² *Ibid.*, point 124.

⁴⁶³ *Ibid.*, point 113.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, point 126.

de le développer dans les grandes lignes⁴⁶⁵ et en conclut que « les objectifs n'ont aucun lien rationnel avec la notion de sexe opposé du mariage [...] que les moyens choisis pour réaliser les objectifs ne portent pas atteinte le moins possible aux droits des couples [et] que les effets préjudiciables causés par l'exclusion des couples de même sexe du mariage sont si graves qu'ils l'emportent sur ses objectifs »⁴⁶⁶. Dès lors, les critères définis par l'arrêt Oakes ne sont pas rencontrés⁴⁶⁷.

La Cour, après avoir conclu que « la définition actuelle du mariage aux fins de la common law viole, pour des motifs d'orientation sexuelle, les droits à l'égalité dont disposent les couples aux termes du par. 15(1) de la Charte »⁴⁶⁸ et que cette violation « ne peut se justifier dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la Charte »⁴⁶⁹, propose une nouvelle définition du mariage : « l'union volontaire pour la vie de deux personnes, à l'exclusion de tous les autres »⁴⁷⁰.

Section 2. Au delà du droit au mariage : Le refus de la discrimination

Si la Cour Suprême n'a pas avalisé le mariage homosexuel en tant que tel, elle a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de se positionner sur le sort réservé aux couples homosexuels canadiens⁴⁷¹. Ainsi, les juges d'Ottawa ont rendu une décision intéressante en 1999, quatre ans après l'arrêt Egan, dans un arrêt *M. c. H.*⁴⁷². Dans cet arrêt, il s'agissait, pour la Cour, de déterminer si « la définition du mot "conjoint " à l'art. 29 de la Loi sur le droit de la famille [...] [portait] atteinte au par. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et, dans l'affirmative, si la loi [était] néanmoins sauvegardée par l'article premier de la Charte »⁴⁷³. L'article 29 de la Loi sur le droit de la famille⁴⁷⁴ définissait les conjoints de la façon suivante : « l'homme et la femme qui ne

⁴⁶⁵ *Halpern et al. c. Canada (Attorney General)*, précité, point 126.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, point 141.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, point 142.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, point 155.

⁴⁶⁹ *Id.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*, point 156.

⁴⁷¹ B. MACDOUGALL, « Case comment on *M v. H* », *op. cit.*, p. 141.

⁴⁷² *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁴⁷³ *Ibid.*, point 1.

⁴⁷⁴ Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.

sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas [...] de façon continue depuis au moins trois ans »⁴⁷⁵.

La Cour applique, dès lors, les *modus operandi* proposés par les arrêts Law et Oakes⁴⁷⁶, et considère que « la protection contre la discrimination sur base de l'orientation sexuelle signifie également la protection des relations entre personnes de même sexe »⁴⁷⁷. Ainsi, dans cette décision, la Cour a considéré qu'il était nécessaire de traiter de façon égale les couples homosexuels et les couples hétérosexuels⁴⁷⁸, concernant leurs droits et obligations⁴⁷⁹. La Cour conclut alors que « l'exclusion des couples de même sexe de la définition donnée au mot "conjoint" à l'art. 29 de la LDF viole les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte [et] la restriction contestée n'est pas sauvegardée en vertu de l'article premier de la Charte »⁴⁸⁰. Ainsi, grâce à cet arrêt, « la "cohabitation informelle" des couples de même sexe a été légalement reconnue au Canada à partir de 1999, malgré l'absence d'un système d'enregistrement de partenariat formel »⁴⁸¹.

Mais, l'évolution vers une plus grande égalité ne s'est pas arrêtée là. Les Etats, voulant offrir à leurs citoyens homosexuels une plus grande reconnaissance de leur union, sans pouvoir leur offrir le mariage⁴⁸², ont trouvé des alternatives⁴⁸³. Prenons un exemple parmi d'autres, celui de l'union civile, instaurée au Québec⁴⁸⁴ par la Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation⁴⁸⁵. Notons qu'« en instituant l'union civile, le législateur québécois entendait donc établir [...] un cadre semblable à celui auquel les couples hétérosexuels peuvent volontairement se soumettre par le mariage »⁴⁸⁶ voire même, « une copie quasi conforme du mariage »⁴⁸⁷. Toutefois,

⁴⁷⁵ M. c. H., précité, p. 4.

⁴⁷⁶ Ibid., points 46 et 76.

⁴⁷⁷ A. BATTISTON, « The legal history of same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 9 (traduction libre).

⁴⁷⁸ R. D. ELLIOTT, « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 608.

⁴⁷⁹ A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, p. 213.

⁴⁸⁰ M. c. H., précité, point 152.

⁴⁸¹ J. GARDINER, « Same-sex marriage : a worldwide trend », *op. cit.*, pp. 96-97 (traduction libre).

⁴⁸² A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, pp. 32-33.

⁴⁸³ A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, p. 210.

⁴⁸⁴ B. MOORE, « Famille homosexuelle : la reconnaissance de l'homoparenté en droit québécois », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008/2, p. 118.

⁴⁸⁵ Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c.6.

⁴⁸⁶ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸⁷ Id.

« l'union civile n'a jamais été autre chose qu'une étape provisoire, qu'une simple halte sur le chemin menant au mariage »⁴⁸⁸. Ainsi, comme nous le rappelle le préambule de la Loi sur le mariage civil : « seule l'égalité d'accès au mariage civil respecterait le droit des couples de même sexe à l'égalité sans discrimination, et [...] l'union civile, à titre de solution de rechange à l'institution du mariage, serait inadéquate à cet égard et porterait atteinte à leur dignité, en violation de la Charte canadienne des droits et libertés »⁴⁸⁹.

Chapitre 4. Les enseignements de l'expérience nord-américaine

Avant d'évoquer les points pertinents des positions états-unienne et canadienne que nous souhaitons retenir, revenons sur les éléments qui, à notre avis, sont critiquables dans la décision européenne. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Schalk et Kopf*, a répondu à la revendication homosexuelle relative au mariage sans qu'il en ressorte une grande satisfaction. Dans son arrêt, la Cour de Strasbourg donne une réponse décevante. Ne « [considérant] plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé »⁴⁹⁰, la Cour ne consacre toutefois pas le droit au mariage des couples homosexuels⁴⁹¹. Outre le fond de sa décision, c'est également la façon dont la Cour fonde celle-ci qui interpelle. En effet, la Cour, répondant en premier lieu à la question concernant la violation alléguée de l'article 12, relatif au droit de se marier, ne prend pas la peine, ensuite, d'analyser la situation sur le plan de l'égalité et de la non-discrimination⁴⁹².

Ainsi, à présent conscients des décisions, arguments et procédures mis en place par les ordres juridiques européen, états-unien et canadien, nous allons présenter les éléments qui, à notre opinion, sont à retenir de l'expérience nord-américaine et qui sont susceptibles de fournir à la Cour européenne des droits de l'homme des pistes de réflexion pour l'avenir. Aux Etats-Unis, l'argumentation et les éléments de fond développés par le juge Kennedy ont particulièrement attiré notre attention. La mise en exergue du droit de se marier en tant que droit fondamental constitue, selon nous, l'élément clé de cet arrêt. Au Canada, un autre point nous interpelle : la procédure

⁴⁸⁸ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸⁹ Loi sur le mariage civil, précitée, préambule.

⁴⁹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf* c. Autriche, précité, point 61.

⁴⁹¹ *Ibid.*, point 63.

⁴⁹² *Ibid.*, point 101.

aboutissant à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, rythmée tout au long par un intérêt marqué pour l'égalité. Au vu de nos analyses et des éléments qui en sont ressortis, différents constats peuvent être établis.

Section 1. Dans la jurisprudence américaine : L'importance de l'institution maritale

De l'arrêt *Obergefell* et des développements qui ont suivi, nous avons épinglé les enseignements suivants.

D'abord, évoquons un élément qui a particulièrement retenu notre attention. La Cour Suprême américaine, contrairement aux juges strasbourgeois, se sert de l'importance et de la place octroyées au mariage dans la société américaine⁴⁹³ pour fonder son argumentation favorable à l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et non, comme on pourrait s'y attendre, pour refuser aux couples homosexuels l'accès à une telle institution. A l'inverse, à Strasbourg, la Cour se réfère à l'ancienneté et à la grandeur de l'institution maritale pour justifier le fait qu'il est important de laisser les Etats décider de leur octroyer, ou non, le droit de se marier⁴⁹⁴. Au regard de la position adoptée par la Cour européenne, nous aurions pu penser que pour octroyer aux couples homosexuels un droit au mariage, la solution aurait été de tenter de minimiser l'institution maritale, et dès lors, d'affirmer que la reconnaissance du droit de se marier aux couples homosexuels ne relevait pas d'une si grande importance.

Bien au contraire, aux Etats-Unis, la Cour ne cesse d'encenser le mariage et fait de cet éloge son argument principal : le mariage est à ce point central que le refuser aux citoyens américains en est devenu inacceptable⁴⁹⁵. A ce titre, le droit reconnu aux couples homosexuels ne se réduit pas à un « droit au mariage homosexuel »⁴⁹⁶. Le droit de se marier est un véritable droit fondamental⁴⁹⁷, accordant une série de prérogatives à ceux auxquels il est reconnu⁴⁹⁸. Nous sommes là, bien loin de

⁴⁹³ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, pp. 13 et 16.

⁴⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, précité, point

⁴⁹⁵ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, pp. 3 et 19.

⁴⁹⁶ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 18 (traduction libre).

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 17.

la faible reconnaissance accordée par la Cour de Strasbourg, qui bien que considérant la possible application du droit au mariage aux couples homosexuels, décide de ne pas leur reconnaître⁴⁹⁹.

Cette façon de procéder peut toutefois être critiquée sur un point : « bien que la décision Obergefell soit une victoire pour les couples de même sexe qui souhaitent se marier, elle aura probablement des répercussions négatives sur ceux - gays ou hétérosexuels - qui, par choix ou par circonstance, mènent leur vie en dehors du mariage »⁵⁰⁰, car « en comparaison, les alternatives au mariage [...] [paraissent] moins profondes, moins dignes et moins précieuses »⁵⁰¹.

Ensuite, la prise en compte, par la Cour, des évolutions qu'ont subi tant le mariage que les droits des homosexuels⁵⁰², nous semble être un élément important. Au niveau de l'institution maritale, les modifications qui lui ont été apportées « n'ont pas eu, et n'auront pas pour effet de la fragiliser »⁵⁰³. Cette réflexion est également susceptible de s'appliquer en Europe, que ce soit quant à la place des femmes ou quant aux motivations à l'origine du mariage⁵⁰⁴. Aujourd'hui, on se marie par amour et plus par convenance sociale. Or, si l'amour est la véritable raison qui sous-tend le mariage, il s'agirait là d'une bonne raison pour l'accorder aux couples homosexuels. A la Cour européenne, il a toutefois été décidé que « bien que [...] l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, [...] il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel »⁵⁰⁵, accordant alors au consensus une place plus qu'importante.

Accordons malgré tout à la Cour européenne l'évolution suivante : la procréation n'est plus une condition du mariage⁵⁰⁶. Il s'agit toutefois là d'une avancée que la Cour se retient bien d'invoquer en faveur des couples homosexuels⁵⁰⁷. Or, si l'on considère que la procréation ne constitue plus

⁴⁹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 71.

⁵⁰⁰ M. MURRAY, « Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality », *California Law Review*, vol. 104, 2016, p. 1207 (traduction libre).

⁵⁰¹ *Id.* (traduction libre).

⁵⁰² *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 6.

⁵⁰³ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 2.

⁵⁰⁴ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 6.

⁵⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 58.

⁵⁰⁶ Cour eur. dr. h., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni, précité, point 98.

⁵⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 56.

l'une des caractéristiques du mariage, l'argument de la complémentarité des sexes⁵⁰⁸ nous paraît désormais manquer de fondement.

Nous souhaitons également souligner que dans l'arrêt Obergefell, si la Cour a davantage fondé son argumentation sur la *due process clause* que sur l'*equal protection clause*, elle n'en a pas pour autant oublié le droit à l'égalité⁵⁰⁹ bien que n'ayant pas relevé l'existence en tant que telle d'une discrimination⁵¹⁰. A Strasbourg, quant à la question de l'égalité et de la non-discrimination, la Cour se contente de renvoyer à sa décision préalable concernant le droit au mariage et évite ainsi de devoir répondre à la question de savoir si le refus d'octroyer aux couples homosexuels un accès au mariage emporte violation de l'article 14 et si les justifications invoquées par les Etats sont suffisantes eu égard aux conditions de l'article 14 combiné à l'article 8⁵¹¹. Sans doute, aurait-il été moins aisé de venir justifier la décision prise si l'examen de la violation alléguée de l'article 14 avait été entrepris.

Un autre élément à noter est la différence accordée par les cours américaine et européenne à la place du consensus. A la Cour européenne des droits de l'homme, une place non négligeable est accordée au consensus⁵¹² évitant à la Cour de s'intéresser à d'autres arguments tout aussi pertinents. Aux Etats-Unis, bien que la Cour Suprême ait finalement reconnu le mariage aux couples de même sexe au moment où un consensus se dessinait sur la question⁵¹³, le consensus sert davantage à « faciliter la capacité d'acceptation des résultats et [à] renforcer la haute estime des juges »⁵¹⁴ qu'à véritablement fonder la décision suprême. En effet, si il arrive que l'existence d'un consensus soit relevée par la Cour dans ses arrêts - « la Cour suprême avait évoqué un "consensus émergent" dans la décision *Lawrence v. Texas*, lorsqu'elle s'était prononcée sur la constitutionnalité des lois interdisant la sodomie entre adultes consentants »⁵¹⁵ - celui-ci ne se voit toutefois pas accorder un poids particulier dans la décision relative à l'ouverture du mariage aux homosexuels. Ainsi, la Cour

⁵⁰⁸ M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 891.

⁵⁰⁹ K. YOSHINO, « A new birth of freedom ? : Obergefell v. Hodges », *op. cit.*, p. 148.

⁵¹⁰ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 6.

⁵¹¹ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 101.

⁵¹² *Ibid.*, points 58.

⁵¹³ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 9.

⁵¹⁴ L. PALANDRI, « The Comparative Approach of the European Court of Human Rights - Shared Criticism with the United States Supreme Court », *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, p. 82 (traduction libre).

⁵¹⁵ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 34.

Suprême ne se cache pas derrière les dissidences des Etats pour éviter de prendre ses responsabilités.

Pour comprendre l'importance des enseignements énoncés plus haut, il faut également s'intéresser à l'accueil réservé à l'arrêt Obergefell. Malgré un relatif consensus, certains Etats étaient formellement opposés au mariage homosexuel⁵¹⁶. D'ailleurs, le caractère controversé⁵¹⁷ de la question « explique [...] que la solution dégagée ait été obtenue à une très courte majorité – cinq voix contre quatre »⁵¹⁸. Ceci explique la présence d'opinions dissidentes dans l'arrêt Obergefell⁵¹⁹, bien que l'arrêt Obergefell ait pour résultat d'« [imposer] une solution légale uniforme à une problématique autrefois traitée très diversement »⁵²⁰ en ce que « la majorité impose un standard unique (*fifty states solution*), faisant ainsi fi, et réduisant à néant, les législations et dispositions constitutionnelles de plusieurs Etats prenant pourtant expressément le pli opposé »⁵²¹.

Toutefois, « cette évolution [...] ne se fera pas sans heurts »⁵²² car « elle s'inscrit à rebours de l'attention particulière de la Cour ces vingt dernières années à la préservation de la sphère d'autonomie des Etats »⁵²³. En effet, « revigoré depuis plusieurs années, le mouvement des "droits des Etats" [...], qui rassemble au premier chef les quatorze Etats qui rechignaient jusqu'à présent à admettre la légalité des mariages entre personnes de même sexe, s'est très fortement (re)mobilisé pour l'occasion »⁵²⁴. Rappelons que « les partisans d'un contrôle strict sur la législation relative à l'avortement [...] cherchent, depuis maintenant plusieurs décennies, à déplacer la question des droits fondamentaux sur le terrain institutionnel, invoquant leur compétence séculaire en ces domaines et reprochant à l'Etat fédéral de trop limiter le champ d'application matériel des droits fondamentaux »⁵²⁵ et ce, depuis la décision *Roe v. Wade*⁵²⁶ sur le droit à l'avortement. Il faut donc

⁵¹⁶ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité, p. 10.

⁵¹⁷ E. BRIBOSIA, I. RORIVE and L. VAN DEN EYNDE, « Same-Sex Marriage : Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *op. cit.*, p. 1.

⁵¹⁸ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 2.

⁵¹⁹ *James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, précité.

⁵²⁰ P. DERMINE, « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des Etats-Unis (26 juin 2015) », *op. cit.*, p. 468.

⁵²¹ *Id.*

⁵²² C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 11.

⁵²³ P. DERMINE, « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des Etats-Unis (26 juin 2015) », *op. cit.*, p. 468.

⁵²⁴ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 12.

⁵²⁵ *Id.*

⁵²⁶ *Jane Roe et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*, 410 U.S. 113, 22 janvier 1973.

rester prudent quant à l'acquis du mariage homosexuel, bien que contrairement à l'arrêt *Roe v. Wade*, la décision de l'arrêt *Obergefell* n'est pas « venue invalider les lois [...] en vigueur dans plus de quarante Etats »⁵²⁷.

Ainsi, selon nous, la Cour européenne des droits de l'homme devrait s'inspirer de la décision de la Cour Suprême sur les points énoncés ci-dessus. Si les Etats-Unis, fervents adorateurs du mariage, peuvent ouvrir l'institution tant chère à leur cœur aux couples de même sexe, nous voyons difficilement comment la Cour européenne ne serait pas en mesure de fonder une argumentation pertinente et réfléchie - évitant par là un nombre trop important de contestations - à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels.

Section 2. Dans la réforme canadienne : Le triomphe de l'égalité

S'il ne fallait retenir qu'un mot de l'évolution canadienne ayant finalement permis aux couples de même sexe d'accéder au mariage, nous choisirions le mot "égalité". En effet, au fondement des évolutions ayant précédées et finalement menées au mariage homosexuel, une place de choix a été réservée à l'égalité. L'égalité et la non-discrimination d'ailleurs, semblent être l'objectif ultime défendu au Canada. En effet, contrairement à ce que nous avons pu observer aux Etats-Unis, au Canada, le mariage n'apparaît pas comme une fin en soi mais bien comme l'une des étapes à atteindre, dans un processus de recherche d'égalité, lequel s'est manifesté à deux niveaux.

Premièrement, nous avons pu constater que l'égalité a pénétré toutes les étapes de l'évolution graduelle - jurisprudentielle et législative - des droits des couples homosexuels, dans leur quête à voir leur union reconnue. D'abord, dans les arrêts *Egan c. Canada* et *M. c. H* lorsque la Cour Suprême a reconnu l'orientation sexuelle comme motif analogue⁵²⁸ et a octroyé aux couples homosexuels de fait les mêmes droits que ceux dont bénéficiaient les couples hétérosexuels de fait⁵²⁹. Ensuite, lorsque les provinces se sont saisies de la question en instaurant des partenariats enregistrés⁵³⁰ et puis, en rendant des décisions en faveur du mariage homosexuel, l'égalité s'est

⁵²⁷ C. FERCOT, « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *op. cit.*, p. 11.

⁵²⁸ *Egan c. Canada*, précité, p. 514.

⁵²⁹ R. D. Elliott, « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *op. cit.*, p. 608 ; A. Alquist, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, p. 213.

⁵³⁰ A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, p. 210.

trouvé au centre de leurs préoccupations. Nous avons pu nous en rendre compte lors de notre analyse de l'arrêt Halpern, lequel a remanié la définition du mariage faisant loi jusqu'alors⁵³¹. Finalement, après une question à la Cour Suprême, « la loi [fédérale] a accordé aux couples de même sexe le droit de se marier, tout en soulignant la nécessité d'un traitement égal des homosexuels en vertu de la Charte canadienne des droits et liberté »⁵³². A chaque étape, une référence à l'égalité a été faite, incluant le mariage dans un processus plus protecteur que celui consistant à reconnaître uniquement aux couples homosexuels un droit au mariage, sans qu'une pleine égalité soit établie. Cette reconnaissance de l'égalité et de la non-discrimination permet ainsi d'éviter les situations telles que celle de l'arrêt américain Masterpiece Cakeshop.

Secondement, l'autre élément primordial de la réforme canadienne a été, à notre sens, l'utilisation d'un test objectif pour déterminer l'existence d'une violation quant à l'article 15 ainsi que celle d'un second test, pour déterminer si la violation ainsi établie au terme du premier test employé est susceptible d'une quelconque justification. En effet, dans l'arrêt Obergefell de la Cour Suprême américaine et dans l'arrêt Schalk et Kopf de la Cour européenne des droits de l'homme, aucune mention n'a été faite à un quelconque test pour fonder la décision rendue. Si « le juge Kennedy a énuméré de nombreuses et merveilleuses raisons pour lesquelles le mariage homosexuel devrait devenir un droit fondamental, [il] l'a fait avec très peu d'analyse »⁵³³ et pour ce qui est des juges de Strasbourg, ils n'ont tout simplement pas daigné poser la question sur le plan de l'égalité⁵³⁴, refusant de se soumettre à une analyse consciencieuse de la situation, basée sur des critères préétablis.

Notons que la reconnaissance du couple homosexuel et de ses droits ayant été progressive, au moment où il a été question d'adopter la Loi sur le mariage civil, il n'aurait pas été possible, pour le parlement fédéral « de faire fi des acquis juridiques et sociaux dont [jouissaient] les couples de même sexe sur plus des deux tiers du territoire canadien, sans courir le risque de susciter une véritable crise politique »⁵³⁵. Au vu de l'évolution déjà établie au moment de l'adoption de la loi,

⁵³¹ Halpern et al. c. Canada (Attorney General), précité, point 156.

⁵³² A. ALQUIST, « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *op. cit.*, pp. 202-203 (traduction libre).

⁵³³ D. CURTIS, « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *op. cit.*, p. 72 (traduction libre).

⁵³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche, précité, point 101.

⁵³⁵ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, pp. 35-36.

l'Etat canadien n'a pas pris de réel risque en octroyant aux couples homosexuels l'accès à l'institution maritale⁵³⁶.

Ainsi, de notre avis, la Cour européenne devrait prendre exemple sur le Canada dans sa recherche progressive de l'égalité entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels et dès lors, entreprendre d'accorder aux couples homosexuels davantage de droits égaux à ceux des couples hétérosexuels et ce, à différents niveaux. Plus particulièrement, concernant le mariage, nous considérons que la Cour de Strasbourg, devrait, lorsqu'elle sera à nouveau saisie d'une requête relative au mariage des personnes homosexuelles, envisager la question sur le plan de la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention.

⁵³⁶ A. ROY, « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *op. cit.*, pp. 35-36.

Tout au long de nos analyses nous avons tâché de garder en mémoire les éléments susceptibles d'apporter une réponse à notre question de recherche.

Ainsi, nous avons commencé par établir le contexte dans lequel, pour chaque ordre juridique que nous souhaitions étudier, la protection des droits fondamentaux a pu se développer. Une fois les institutions et instruments protecteurs identifiés, nous nous sommes intéressés à la façon dont les cours suprêmes mettaient en oeuvre la protection des valeurs qu'elles garantissent. Nous avons constaté que des similitudes apparaissaient entre l'ensemble constitué par les Etats membres du Conseil de l'Europe, les Etats-Unis et le Canada, tant au niveau de leurs institutions suprêmes qu'au niveau de leurs instruments protecteurs. La présence de telles similitudes a renforcé notre opinion quant à la pertinence de la comparaison que nous souhaitions ensuite aborder : la position retenue, par les différents ordres juridiques, sur la question du mariage homosexuel.

Dès lors, en premier lieu, nous avons porté notre attention sur la décision de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Etablie dans son arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, la réponse négative de la Cour à la revendication maritale des requérants homosexuels - relativement controversée - nous a ensuite poussé à aborder la question des partenariats enregistrés et également, à nous intéresser aux droits qu'ont pu espérer se voir reconnaître les couples homosexuels dans les arrêt de la Cour ayant suivi l'arrêt *Schalk et Kopf*.

En second lieu, nous nous sommes tournés vers les Etats nord-américains, dans le but d'identifier d'éventuels arguments susceptibles de pouvoir être utilisés devant et par la Cour européenne des droits de l'homme. Après avoir analysé la position - favorable - des décisions prises Outre-Atlantique concernant le mariage homosexuel, nous avons également développé les alternatives et positions adoptées par ces Etats, précédant ou succédant leur décision d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

Dès lors, que retenir de cette analyse comparée ? Quels éléments sont susceptibles de pousser la Cour européenne à changer son fusil d'épaule ? Nous avons tenté de répondre à ces questions dans notre dernier chapitre. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'ouverture du

mariage aux couples homosexuels et les alternatives offertes par la Cour ne nous ayant pas parues satisfaisantes, nous avons établi les différents enseignements nord-américains susceptibles de s'appliquer en Europe. Dès lors, il ressort de notre réflexion que la Cour aurait tout intérêt à prendre en compte les arguments et processus avancés par les Etats Unis et le Canada et à s'en inspirer dans ses arrêts futurs. En effet, chacun de ces Etats, à sa manière, a ouvert le mariage aux couples homosexuels en avançant les arguments qu'il jugeait les plus importants.

Aux Etats-Unis, le mariage était considéré comme une finalité et à ce titre, la Cour Suprême nous a offert un éventail d'arguments propres à l'institution maritale. Bien que la situation américaine ne soit pas idéale - en raison de la contestation de certains Etats et de la possibilité pour les couples homosexuels de continuer à se faire discriminer - le Juge Kennedy a avancé des arguments pertinents et susceptibles de s'appliquer au cas européen, qu'il serait bon à la Cour de Strasbourg de garder en tête.

Au Canada, le mariage n'est pas vu comme une finalité en soi mais comme une conséquence logique à l'égalité et à la non-discrimination, ce qui se ressent tant dans les procédures que dans les arrêts rendus par les cours provinciales et par la Cour Suprême.

Nous retiendrons donc que la position adoptée par la Cour européenne est décevante en ce qu'elle fonde sa décision essentiellement sur l'absence de consensus et la marge d'appréciation ainsi laissée aux Etats, ne prenant pas en compte les nombreux arguments sur lesquels elle pourrait se fonder pour assurer aux couples homosexuels l'égalité qu'ils attendent.

Nous espérons que désormais, la Cour européenne des droits de l'homme ayant toutes les cartes en main, tant sur le plan de l'égalité, que sur le plan de la liberté et de l'institution maritale pour rendre un arrêt digne de ce nom, décidera d'octroyer, enfin, aux couples homosexuels le droit au mariage qu'ils convoient tant. Reste à savoir si, lorsque l'occasion de se positionner sur la question du mariage homosexuel se présentera à nouveau, le consensus aura évolué de telle sorte que la Cour envisagera de le faire passer au second plan, se fondant alors sur d'autres arguments et notamment, sur la violation alléguée de la combinaison des articles 14 et 8 de la Convention.

A. Sources internationales et européennes

I. Législation

Déclaration universelle des droits de l'homme, signée à Paris le 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949, p. 2488.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

II. Jurisprudence

Cour eur. dr. h., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni du 22 octobre 1981, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 1^{er} mai 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Rees c. Royaume-Uni du 17 octobre 1986, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 3 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Norris c. Irlande du 26 octobre 1988, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 8 mai 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Petrovic c. Autriche du 27 mars 1998, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 10 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Mata Estevez c. Espagne du 10 mai 2001, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 20 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni du 11 juillet 2002, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 15 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Karner c. Autriche du 24 juillet 2003, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 11 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Parry c. Royaume-Uni du 28 novembre 2006, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 9 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt R. et F. c. Royaume-Uni du 28 novembre 2006, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 9 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 29 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Vallianatos c. Grèce du 7 novembre 2013, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 22 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Oliari et autres c. Italie du 21 juillet 2015, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 23 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Chapin et Charpentier c. France du 9 juin 2016, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 23 avril 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Aldeguer Tomás c. Espagne du 14 juin 2016, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 6 mai 2019).

Cour eur. dr. h., arrêt Orlandi et autres c. Italie du 14 décembre 2017, en ligne : <http://hudoc.echr.coe.int> (consulté le 23 avril 2019).

III. Doctrine

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 2007 à 2011 », *C.D.E.*, 2011/3, pp. 767-813.

AVENA-ROBARDET V., « Pas de droit au mariage pour les couples homosexuels », *AJ Famille*, 2010, p. 333.

BOUCAUD P., « Le droit de se marier », *Rev. Trim. D.H.*, 1992, pp. 3-46.

BRIBOSIA E. et RORIVE I., « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2018/2, pp. 126-145.

BRIBOSIA E., RORIVE I. and VAN DEN EYNDE L., « Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, n°1, 2014, pp. 1-43.

BRIBOSIA E. et WEYEMBERG A., « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/2, pp. 129-162.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Presses universitaires de France, 2014, p. 818.

DANIS-FATÔME A., « Le droit des couples à un 'engagement public' », *Rev. Trim. D.H.*, 2014/99, pp. 737-758.

DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 745 p.

DUMONT H. et HACHEZ I., « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 2017, pp. 315-363.

DZEHTSIAROU K., « Does consensus matter ? - Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights », *Public Law*, 2011, pp. 534-553.

FENWICK H. et HAYWARD A., « Rejecting asymmetry of access to formal relationship statuses for same and different-sex couples at Strasbourg and domestically », *European human rights law review*, 2017/6, pp. 544-563.

HAUSER J., « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen du droit européen des personnes et de la famille », in *Études en l'honneur de J.-C. Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 105-116.

HAYWARD A., « Same-sex registered partnerships - a right to be recognised ? », *Cambridge law journal*, 75/1, 2016, pp. 27-30.

HODSON L., « A marriage by any other name - Schalk and Kopf v. Austria », *Human Rights Law Review*, vol. 11, n°1, 2011, pp. 170-179.

KRENC F. et PUÉCHAVY M. (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 170 p.

LEBORGNE A., « Droits fondamentaux de la famille, droits fondamentaux dans la famille », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, pp. 503-520.

LEVINET M., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2004/60, pp. 889-903.

MARGUÉNAUD J.-P., « La promotion d'un droit commun », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la direction de F. SUDRE), Limal, Anthemis, 2014, pp. 173-185.

MARGUÉNAUD, J.-P., « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, pp. 735-756.

MARGUÉNAUD J.-P., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de*

l'homme (sous la direction de F. KRENC et M. PUÉCHAVY), Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 15-27.

MATSCHER F., « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 31-37.

MUIŽNIEKS N., *Accès à la reconnaissance juridique pour les couples de même sexe : c'est une question d'égalité*, Le Carnet des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 21 février 2017, en ligne : <https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/access-to-registered-same-sex-partnerships-it-s-a-question-of-equality> (consulté le 2 juillet 2019).

PFEIFF S., « § 3. - Le droit à l'égalité et le principe de non-discrimination », in *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 160-181.

SPIELMANN D., « Consensus et marge d'appréciation nationale », *J.T.*, 2012/29, pp. 592-593.

SUDRE F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 302 p.

SZYMCZAK D., « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 15-37.

TODTS O., « Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ? », *A.D.L.*, 2013/1, pp. 133-187.

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 785 p.

VELU J. et ERGEC R., *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 1250 p.

WILLEMS G., « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. Trim. D.H.*, 2013/93, pp. 65-96.

WILLEMS G., « La Cour européenne des droits de l'homme et l'avènement d'une nouvelle rationalité juridique en droit de la personne et de la famille », *A.D.L.*, 2016/1, pp. 3-46.

IV. Autres sources

Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Conseil de l'Europe, 2018, 328 p., en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrimination_FRA.pdf (consulté le 2 avril 2019).

Direction du jurisculte, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit au respect de la vie privée et familiale*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 31 août 2018, 120 p., en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf (consulté le 12 avril 2019).

« Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », note préparée par le comité d'organisation composé de Anatoly Kovler, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki, Dean Spielmann, Renate Jaeger et Roderick Liddell, in *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, 104 p., en ligne : https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf (consulté le 21 mars 2019).

B. Sources américaines

I. Législation

The unanimous declaration of the thirteen united States of America, 4 juillet 1776.

The Constitution of the United States, 17 septembre 1787.

United States Bill of Rights, 25 septembre 1789.

II. Jurisprudence

William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, 5 U.S. 137, 24 février 1803.

Robert Fletcher v. John Peck, 10 U.S. 87, 16 mars 1810.

Richard Perry Loving, Mildred Jeter Loving v. Virginia, 388 U.S. 1, 12 juin 1967.

Jane Roe et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County, 410 U.S. 113, 22 janvier 1973.

Thomas E. Zablocki, Milwaukee County Clerk v. Roger G. Redhail, 434 U.S. 374, 18 janvier 1978.

Michael J. Bowers, Attorney General of Georgia v. Michael Hardwick, et al., 478 U.S. 186, 30 juin 1986.

William R. Turner, Superintendent, Missouri Department of Corrections, et al. v. Leonard Safley, et al., 482 U.S. 78, 1^{er} juin 1987.

John Geddes Lawrence and Tyron Garner v. Texas, 539 U.S. 558, 26 juin 2003.

James Obergefell et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al., 576 U.S., 26 juin 2015.

Marisa N. Pavan, et al. v. Nathaniel Smith, 582 U.S., 26 juin 2017.

Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al., 584 U.S., 4 juin 2018.

III. Doctrine

BADER GINSBURG R., « “A Decent Respect to the Opinions of [Human]Kind” : The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », *Cambridge Law Journal*, vol. 64, n°3, Novembre 2005, pp. 575-592.

BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour Suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/2, n°66, pp. 227-302.

CHEVRETTE F., « Inquiétudes et Perspectives de la Pensée Constitutionnelle Américaine : Le Rôle de la Cour Suprême et l'Equilibre Constitutionnel Global des Pouvoirs aux Etats-Unis », *Revue Juridique Themis*, vol. 12, n°2, 1977, pp. 341-354.

COX A., « The Role of the Supreme Court : Judicial Activism or Self-Restraint ? », *Maryland Law Review*, vol. 47, n°1, 1987, pp. 118-138.

DE JONGE E., « Supreme Court of the United States and Judicial Review - How Far Does the Court Go ? », *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 4, n°4, 1994-1995, pp. 359-380.

DERMINE P., « Les neuf juges et le mariage homosexuel - Un bref commentaire de l'arrêt Obergefell v. Hodges de la Cour suprême des Etats-Unis (26 juin 2015) », *R.B.D.C.*, 2015/4, pp. 455-469.

DUBBER M., « Homosexual Privacy Rights before the United States Supreme Court and the European Court of Human Rights : A Comparison of Methodologies », *Stanford Journal of International Law*, vol. 27, n°1, 1990, pp. 189-214.

FERCOT C., « Liberté, égalité, dignité : Le nouveau visage du droit de se marier aux Etats-Unis », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 12 octobre 2015, en ligne : <http://journals.openedition.org/revdh/1426> (consulté le 30 avril 2019).

FLAUSS J.-F., « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2005/62, pp. 313-331.

GLASS C., KUBASECK N. et KIESTER E., « Toward a European Model of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S. », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n°1, 2011, pp. 132-174.

GUILLOUD L., « Le juge suprême et la constitution aux États-Unis et dans l'Union européenne », in *L'Union européenne et les États-Unis/The European Union and the United States*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 105-121.

T. HOCHMANN, « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2016 – juin 2018) », *Rev. Trim. D.H.*, 2019/118, pp. 365-399.

HOCHMANN T., « Chronique des arrêts de la Cour suprême des États-Unis en matière de droits fondamentaux (octobre 2014-juin 2016) », *Rev. trim. D. H.*, 2017/109, pp. 131-168.

MURRAY M., « Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality », *California Law Review*, vol. 104, 2016, pp. 1207-1258.

NOVAK E., « The post-Obergefell landscape », *Tulane Journal of Law and Sexuality*, vol. 27, 2018, pp.145-152.

PALANDRI L., « The Comparative Approach of the European Court of Human Rights - Shared Criticism with the United States Supreme Court », *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, pp. 71-92.

ROSENFELD M., « Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n°4, 2006, pp. 618-651.

STRASSER M., « Obergefell's legacy », *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 24, n°1, 2016, pp. 61-88.

VANDERMENSBRUGGHE F., « “Exceptionnalisme” du droit américain: l'insularité de la Cour suprême des États-Unis », *R.F.D.L.*, 2007/2, pp. 307-316.

WARDLE L., « Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1970-1990 », *Howard Law Journal*, vol. 41, n°2, Hiver 1998, pp. 289-348.

YOSHINO K., « A new birth of freedom ? : Obergefell v. Hodges », *Harvard Law Review*, vol. 129, n°1, Novembre 2015, pp. 147-180.

C. Sources canadiennes

I. Législation

1. Législation fédérale

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.U.), 1982, c. 11.

Loi sur la Cour Suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26.

Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

2. Législation provinciale

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.

Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c.6.

II. Jurisprudence

1. Jurisprudence fédérale

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Egan c. Canada, [1995] 2 S.C.R. 513.

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 C.S.C. 79.

2. Jurisprudence provinciale

Hendricks c. Québec (Procureur général), [2002] R.J.Q. 2506.

Halpern et al. c. Canada (Attorney General), [2003] 65 O.R. (3d) 201.

EGALE Canada Inc v. Canada (Attorney General), [2003] B.C.C.A. 251.

III. Doctrine

ALQUIST A., « The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States : An Incremental Approach », *University of La Verne Law Review*, vol. 30, n°1, Novembre 2008, pp. 200-215.

BASTARACHE M., « La Charte Canadienne des Droits et Libertés, Reflet d'un Phénomène Mondial », *Cahiers de Droit*, vol. 48, n°4, 2007, pp. 735-746.

BATTISTON A., « The legal history of same-sex marriage in Canada », *Canadian Law Library Review*, vol. 39, n°1, 2014, pp. 8-12.

BROSSARD J., *La Cour Suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1968, 427 p.

BRUN H., « Quelques Notes sur les Articles 1, 2, 7, et 15 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », *Cahiers de Droit*, vol. 23, n°4, 1982, pp. 781-794.

CURTIS D., « The Track to Freedom : Canada's Path to Legal Same-Sex Marriage Compared to the United States », *Creighton International and Comparative Law Journal*, vol. 9, n°2, 2018, pp. 68-82.

DELPÉRÉE F., « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ? », *Cahiers de droit*, vol. 26, n°1, 1985, pp. 205-216.

ELLIOTT R. D., « The canadian earthquake : same-sex marriage in Canada », *New England Law Review*, vol. 38, n°3, 2003-2004, pp. 591-620.

GARDINER J., « Same-sex marriage : a worldwide trend », *Law in Context: A Socio-Legal Journal*, vol. 28, n°1, 2010, pp. 92-107.

MACDOUGALL B., « Case comment on M v. H », *Manitoba Law Journal*, vol. 27, n°1, 1999-2000, pp. 141-164.

MOORE B., « Famille homosexuelle : la reconnaissance de l'homoparenté en droit québécois », *Rev. dr. U.L.B.*, 2008/2, pp. 117-141.

PARE S., « Legalization of Same-Sex Marriage in the United States and Canada : The Unequal Application of Equal Protection », *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 11, n°2, 2005, pp. 363-380.

ROY A., « Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis », *A.D.L.*, 2005/1-2, pp. 29-48.

TREMBLAY G., « Les droits à l'égalité et l'article premier de la Charte Canadienne des droits et libertés », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 55, n°2, Printemps 1997, pp. 303-320.

