

Oliari et autres vs Italie, un arrêt de la CrEDH au prisme de la perspective de genre en droit

Les enjeux normatifs et sociaux du mariage homosexuel en Europe

Ferdinando Miranda

Sous la direction de Michelle Cottier et Lorena Parini

Jurée : Marie-Laure Papaux Van Delden



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DES SCIENCES
DE LA SOCIÉTÉ**

Institut des études genre

*A mon frère Domenico,
A celles et ceux qui voyagent de façon obstinée en vent contraire, comme il l'a fait dans sa vie.*

Mes remerciements

Tout d'abord, je tiens à remercier celles et ceux qui m'ont accompagné et soutenu tout au long de cette aventure de recherche. Aucun travail académique n'est solitaire. Bien au contraire, tous s'inscrivent au sein de collaborations de natures diverses.

Je suis reconnaissant à mes co-directrices de mémoire, la professeure Michelle Cottier et la maîtresse d'enseignement et de recherche Lorena Parini, qui m'ont guidé dans cette étude à la croisée entre deux disciplines académiques : le droit et les sciences sociales.

J'aimerais vivement remercier les docteurs Djemila Carron et Marie-Laure Schick ainsi que Jeanne Viès-Magar. Leurs lectures attentives comme leurs corrections orthographiques ont été fondamentales et précieuses dans ce travail.

Je remercie également la professeure Marlyène Lieber pour l'encouragement et l'estime qu'elle m'a manifesté au cours de ce cursus d'études genevois.

Je ne peux malheureusement pas nommer toutes les personnes vers lesquelles se porte ma reconnaissance. Je tiens cependant à dire un grand merci aux personnes qui m'ont entouré depuis le début de cette maîtrise en études genre. Je pense tout particulièrement à Alessandra Cencin et Linn Larsdotter, collègues d'études et copines d'aventures extra-universitaires, dans le cadre des activités du collectif de vulgarisation scientifique de la perspective de genre, Nomoslab.com.

La rédaction de ce mémoire a eu lieu à la bibliothèque d'Uni Mail de Genève. Ce sentier de rédaction parfois sinueux a été rendu plus agréable par les pauses « café » avec les bibliothécaires Jean-Philippe Stauffer, Maurizio Pepe, Anne Fritz, Nadia Villablanca. Je les remercie vivement pour les moments de détente que nous avons partagés.

Enfin, toute ma gratitude affectueuse et sincère va à mes parents Annunziata et Mario pour leur soutien moral et financier durant ces années d'études, à Naples et ici à Genève. Je leur suis extrêmement reconnaissant.

Table des abréviations :

Art. : Article d'une loi ou d'un décret suivi du numéro d'article

Arrêt Oliari : Cour européenne des droits de l'homme, Oliari et autres c. Italie - 18766/11 et 36030/11 Arrêt 21.7.2015

Arrêt Oliari et autres de la CrEDH du 21 juillet 2015

Cass. civ. : Cassation civile

Cc : Code civil

Cp : Code pénal

CEDH : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dite Convention européenne des droits de l'homme¹

Cd : Code pénal

Const. : Constitution

CrEDH : Cour européenne des droits de l'homme

LGBTQIA : voir définition en page 30

ex : exemple

¹ Afin de permettre à mes lecteurs et lectrices de repérer les sources juridiques auxquelles je me réfère, j'utiliserai leurs titres originaux, même si ceux-ci sont toujours déclinés au masculin générique et neutre (censé intégrer les femmes). Dans ce cas précis, j'aurais préféré évoquer la « Convention européenne des Droits et libertés fondamentales de toute Personne » plutôt que la « Convention européenne des Droits de l'homme et des libertés fondamentales. » J'aurais également préféré écrire « Cour européenne des droits de toute Personne » plutôt que « Cour européenne des droits de l'homme ».

Arrêts :

CrEDH, *Schalk and Kopf vs Austria*, du 24 juin 2010

CrEDH, *Oliari and others vs Italy*, du 21 juillet 2015

Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 138/2010

Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 170/2014

Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 2400/2015

Cour de cassation italienne, arrêt n° 21099/2007

Cour de cassation italienne, arrêt n° 4185/2012

Cour de cassation italienne, arrêt n° 8097/2015

Cour de cassation italienne, arrêt n° 2400/2015

Cour constitutionnelle portugaise, arrêt n° 121/2010

Cour constitutionnelle portugaise, arrêt n° 359/2009

Cour suprême des Etats-Unis, *Obergefell v. Hodges*, du 21 juin 2015

Cour constitutionnelle espagnole, arrêt n° 198 / 2012

Loi :

Legge 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. (16G00082)

Résumé

Ce mémoire a pour objectif d'étudier en quoi la construction d'un discours jurisprudentiel en matière de mariage peut s'avérer hétéronormative².

Cette recherche s'articule autour de l'analyse de l'arrêt Oliari de la CrEDH relatif à l'ouverture du droit au mariage à des couples homosexuels italiens. Cet arrêt affirme que les États membres du Conseil de l'Europe sont obligés de reconnaître les couples homosexuels. Cependant, une marge de manœuvre est accordée aux parlements nationaux, qui peuvent proposer à ces couples une union civile ou un mariage, ce dernier n'étant pas reconnu par la CrEDH comme un droit humain accessible à toutes les couples.

Dans une perspective de genre en droit, cette étude cherche à mettre en évidence les interactions entre le processus de reconnaissance légale du mariage homosexuel et les normes sociales liées au genre et aux sexualités. Il s'agit de saisir la façon dont certains mécanismes de production du droit interrogent le principe européen d'égalité, avant tout structuré autour de différences liées au genre et aux sexualités. Ainsi, ces discours jurisprudentiels fabriquent et cristallisent des modèles de familles sexués et nationaux basés sur l'hétérosexualité.

La première partie de ce mémoire pose le cadre analytique : les concepts et théories des études genre dialoguent avec ceux du droit, faisant émerger des outils d'analyse spécifiques.

La seconde partie consiste en une analyse de l'arrêt Oliari sous la perspective de genre en droit. D'une part, je³ propose une révision partielle de l'arrêt Oliari selon la méthode proposée par un projet de recherche innovant, le « projet de jugements féministes » (*Feminist judgment project*). Celle-ci démontre le rôle majeur que les jug·e·s⁴ pourraient jouer dans la déconstruction des stéréotypes normatifs et sociaux liés aux sexualités. D'autre part, les réels

² L'adjectif « hétéronormatif » « hétéronormative » décrit le processus de « normalisation » à travers lequel seule l'hétérosexualité est retenue comme un comportement sexuel normal, auquel est réservée une tutelle juridique et légale.

³ C'est d'abord un rapport immédiat et subjectif qui s'instaure entre la/le chercheur·euse et son rapport au terrain de recherche. La/le chercheur·euse en sciences sociales comme en droit n'échappe pas à cette première étape dans le rapport à son terrain de recherche. C'est bien le vécu personnel comme la vie professionnelle de chacun·e qui amène à choisir un sujet de recherche plutôt qu'un autre. Ce constat doit être considéré au même titre que les données dites objectives qui valident un travail scientifique. Dans cette perspective, j'utiliserai dans mon mémoire le « je » plutôt que le « nous » académique, en inscrivant ma démarche dans celles des chercheuses féministes, pionnières dans cette approche considérant le savoir comme situé et partiel. (Haraway (1988), 2007) - (Kapur, 2002).

⁴ Cette étude fait recours à l'usage du langage épïcène en utilisant le signe typographique « · » pour inclure la féminisation de termes.

impacts législatifs mais également politiques de l'arrêt Oliari seront inclus dans l'analyse proposée.

Au final, ce mémoire de maîtrise en études genre entend rendre compte des apports des études genre en droit à partir de l'analyse d'un discours jurisprudentiel, en se concentrant sur les mécanismes de production des sexualités légitimes et des formes de reconnaissances légales qui les accompagnent.

Table des matières

CHAPITRE I : INTRODUCTION	10
I.1 Un exercice de réflexion théorique appliquée	10
I.2 L'objet d'étude	12
I.3 Questionnements de la recherche	13
I.4 Un guide de lecture	14
 PARTIE I – THEORIES	
CHAPITRE II : LE POUVOIR JURISPRUDENTIEL ET LES DEFIS D'UNE EGALITE NON-STEREOTYPEE	17
II.1 La citoyenneté sexuelle	17
II.2 L'impact d'un arrêt dans la (re)définition de la citoyenneté européenne	20
II.3 Le rôle de la jurisprudence européenne dans la construction d'une égalité non-stéréotypée	22
 CHAPITRE III : LE DROIT AU MARIAGE HOMOSEXUEL : L'UNE DES REPONSES AUX PHOBIES SEXUELLES NORMATIVES ET SES LIMITES	27
III.1 Le droit au mariage homosexuel dans « une approche constructiviste de l'orientation sexuelle »	27
III.2 Les phobies sexuelles normatives : Le cas concret de la préférence de certains modèles familiaux	34
III.3 Une critique féministe du mariage homosexuel	40
 PARTIE II – ANALYSE	
CHAPITRE IV : OUTILS DE TRAVAIL	42
IV.1 La perspective de genre en droit : À la croisée de deux disciplines académiques	42
IV.2 Un arrêt comme terrain juridique et socio-politique	48
IV.3 Le projet de jugements féministes comme méthodologie de travail	49

CHAPITRE V : UNE NOUVELLE VERSION DE L'ARRET OLIARI AU PRISME DE LA PERSPECTIVE DE GENRE EN DROIT	54
V.1 Introduction	54
V.2 Raconter différemment l'affaire	56
V.3 Introduire le contexte matériel de l'affaire	61
V.4 Déconstruire les stéréotypes de genre de l'affaire	66
V.5 Une analyse anti-essentialiste de l'objet de l'affaire	76
CHAPITRE VI : LES IMPACTS POLITIQUES ET LEGISLATIFS DE L'ARRET OLIARI	80
VI.1 Les impacts politiques : Le couple Oliari – A.M. et les « nationalismes » sexuels	80
VI.2 Les impacts législatifs : Une approche « progressive » vers le mariage homosexuel	87
VI.2.1 La logique du « séparé·e·s mais égales·aux » - « separate but equal »	88
VI.2.2 Les intersections entre ces processus législatifs et la jurisprudence	94
VI.2.3 Les débats sociaux-politiques autour de ces processus législatifs	95
CHAPITRE VII : CONCLUSIONS	97
VII.1 Le politique d'un discours jurisprudentiel ayant par objet des questions sexuelles ou de genre	99
VII.2 L'européanisation des questions sexuelles	100
VII.3 L'hétérosexualité obligatoire	102
VII.4 L'utilité sociale d'une perspective de genre en droit	103
BIBLIOGRAPHIE	104

« Du placard, la fin ne semble plus assurée, tandis qu'on en discerne désormais le début : c'est dire que le coming out n'apparaît plus comme une rupture radicale, se découpant sur le fond intemporel d'un placard dont l'origine se perdrait dans la nuit des temps hétérosexistes. La trajectoire politique de l'homosexualité, individuelle et collective, biographique et prosopographique, ne se résume donc pas au progrès d'une libération, avec le passage d'un avant (« in ») à un après (« out ») : c'est une historicité qui s'esquisse. »

(Fassin, 2005 : 83)

Chapitre I : Introduction

I.1 Un exercice de réflexion théorique appliquée

« *Quels sont les liens entre le droit et les études genre ?* » est la question qui m'a été le plus souvent adressée tout au long de mon parcours en maîtrise en études Genre à l'Université de Genève, lorsque j'évoquais mon diplôme de juriste obtenu à l'Université de Naples. Les domaines académiques du droit et des sciences sociales - en particulier les études genre - ont paru incompatibles à beaucoup de mes interlocutrices et interlocuteurs. Pour certain·e·s, le droit se suffirait à lui-même et les apports des études genre resteraient clairement étiquetés d'un caractère militant, et par conséquent incompatibles avec l'approche normative qui serait propre au droit.

Exercice de réflexion théorique appliqué, ce mémoire entend démontrer comment des approches à l'intersection du droit et des études genre - études genre en droit⁵ (*Legal Gender studies* - *Gender and Sexuality Law*) - apportent un regard critique et redessinent l'usage du

⁵ La perspective de genre reste encore rattachée aux sciences sociales, comme en témoigne la récente institutionnalisation des études Genre, auparavant dénommées études des femmes et/ou études féministes (Parini, 2006). En Europe continentale, le monde académique du droit a été peu perméable à cette approche. Depuis quelques décennies, notamment en Amérique du Nord, des certains instituts universitaires comme le *Center for Gender and Sexuality law* à la *Columbia University de New York* ont toutefois émergé. Ce dernier a joué un rôle pionnier en matière d'inclusion de la perspective genre et des problématiques afférentes au niveau du droit. Elle confirme en effet que les domaines académiques des études Genre et des études en Droit sont bel et bien directement liés, comme en témoignent les courants académiques connus sous les noms de *Legal Gender studies* et *Gender and Sexuality Law* (Jones, Grear, Fenton, Stevenson (éd.), 2011 - Buchler, Cottier, Hotz, 2012).

droit afin de le rendre plus égalitaire. L'émergence de revendications sociales formulées en termes de droits liés à l'égalité de sexe ainsi qu'à la non-discrimination basée sur l'orientation sexuelle et l'expression de genre⁶ a interrogé de nombreux juristes sous l'impulsion des sciences sociales, et notamment des études centrées sur le genre. Les études de droit ont ainsi dû faire face à ces nouvelles réalités sociales qui remettent en question la « neutralité » du droit et qui réclament de nouvelles réglementations. Ce sont ces faits sociaux qui ont incité certaines facultés de droit à ouvrir leurs portes aux études genre.

Dans ce travail, l'arrêt Oliari de la CrEDH est mobilisé en tant que terrain de recherche. Il s'agit de saisir la façon dont les différences entre les femmes et les hommes, les cisgenres⁷ et transgenres, tout comme les différences entre l'hétérosexualité et l'homosexualité « signifient » (Scott, 2000 (1986) : 56) et structurent les rapports de pouvoir, par le biais d'un droit qui définit ce qui est légitime.

Ces réglementations normatives du genre et des sexualités interrogent le principe d'égalité qui est censé constituer le fondement de tout système normatif.

Dans cette étude, le genre est défini comme un système normatif et culturel qui façonne et détermine des différences à partir du sexe et de l'orientation sexuelle d'une personne. Ces éléments « s'intersectionnent » avec d'autres éléments liés à la classe sociale, la couleur de peau, l'ethnie, le capital culturel, l'âge, la condition physique et psychique, ainsi que de nombreux autres facteurs.

Il est donc plus opportun de parler de système de genre (Parini, 2006), au sein duquel des normes légales et sociales promues par plusieurs centres de pouvoirs (législatif, culturel, social, médiatique, économique) définissent et marquent dans le quotidien de chaque personne les différences entre femmes et hommes, hétérosexuel·le·s et homosexuel·le·s, cisgenres et transgenres, etc.

En ce sens, la perspective de genre en droit permet d'analyser la façon dont les normes juridiques sur les sexualités et le genre s'entrecroisent avec des normes sociales et l'ensemble

⁶ L'expression de genre est la manière dont une personne présente publiquement des attributions sociales de genre. Cela peut inclure le comportement et l'apparence physique, y compris l'habillement, la coiffure, le maquillage, le langage corporel et la voix. Il est important de rappeler que l'identité de genre et l'expression de genre ne sont pas nécessairement rattachées.

⁷ L'adjectif « cisnormatif » « cisnormative » décrit le processus pour lequel la seule perception du genre par elle-même correspondante au sexe attribué à la naissance d'une personne est considérée légitimée et promue par des politiques légales et sociales.

de centres de pouvoir sus-évoqués. Ces dernières façonnent en effet le droit, bien qu'il se proclame neutre et universel et donc imperméable aux éléments socio-politiques. Cette approche permet ainsi d'amener au sein du droit formel un regard critique qui rende visible les aspects sociaux.

La particularité de ce type d'analyse réside dans le fait que les catégorisations sociales de sexe, de genre, de race, de classe, d'orientation sexuelle et d'identité de genre sont considérées comme des outils d'analyse de l'ensemble du système juridique (loi, actes administratifs, arrêts) au même titre que les principes ou les théories classiques du droit. Cette grille de lecture consiste en un point de vue particulier sur le droit, d'autant plus important qu'elle est généralement considérée, dans le milieu académique, comme lui étant externe.

I.2 L'objet d'étude

Dans cette étude, il s'agit d'analyser dans une perspective de genre en droit l'arrêt Oliari de la CrEDH relatif au droit au mariage homosexuel (21 juillet 2015). Cet arrêt sera considéré comme un terrain juridique et socio-politique. En premier lieu, il s'agira de réécrire ou plutôt de réviser⁸ partiellement l'arrêt Oliari selon la méthode proposée dans le projet féministe de jugements⁹ (*Feminist judgement project*). Les effets politiques et législatifs en connexion avec la version originale de l'arrêt seront ainsi analysés, toujours selon une grille de lecture genrée.

L'affaire présentée dans ce mémoire traite de la requête d'un couple homosexuel italien¹⁰ de se marier, à travers l'extension (jurisprudentielle) de la législation du mariage contenue dans le code civil italien et jusqu'alors réservée aux seuls couples hétérosexuels. La CrEDH a estimé qu'il subsistait de la part de l'Italie une violation de l'art. 8 de la CEDH (Droit au respect de la vie privée et familiale) et art. 14 de la CEDH (Interdiction de discrimination) et a imposé à l'Italie l'introduction d'une législation sur les couples homosexuels, même si elle ne précise pas la forme que cette reconnaissance doit prendre. Elle a toutefois rejeté l'inclusion du droit au mariage des couples homosexuels dans l'art. 12 de la CEDH (Droit au mariage).

⁸ Dans le contexte de ce mémoire, il me semble que la traduction en français de la pratique juridique du « *rewriting the judgement* » correspond à réviser plutôt qu'à réécrire. J'utilise réviser dans sa définition suivante : examiner quelque chose à nouveau, pour le corriger et l'amender : ex. réviser un procès, réviser un jugement.

⁹ Tous les extraits de la littérature et des arrêts en anglais sont traduits en français par l'auteur du mémoire.

¹⁰ Par couples homosexuel·le·s, j'entends soit deux hommes ou deux femmes qui sont en couple, soit un couple formé par un·e transsexuel·le (personne ayant eu une opération de réassignation sexuelle), avec une personne de même sexe.

Cette décision de la Cour prend la forme d'une obligation positive que la CrEDH impose à l'Italie. Pour le juge européen, les obligations positives se caractérisent avant tout par ce qu'elles exigent concrètement des autorités nationales : « prendre les mesures nécessaires » à la sauvegarde d'un droit¹¹ ou, plus précisément encore, « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »¹². (Akandji-Kombe, 2006)

La CrEDH affirme que la reconnaissance du mariage pour les couples homosexuels s'inscrit dans la « tradition » législative et sociale de chaque pays, puisqu'elle relèverait du domaine des questions sensibles du point de vue moral ou éthique (« *sensitive moral or ethical issues* ») (177. CrEDH (2015), Oliari)

Par conséquent, les juges de Strasbourg n'autorisent pas l'extension de la législation sur le mariage du code civil italien aux couples homosexuels et laissent au législateur national une large marge d'appréciation en la matière. Elles et ils estiment que le gouvernement serait mieux placé que la CrEDH pour connaître les sentiments de la population d'un pays au sujet du mariage des couples de même sexe (« They were better placed to assess the feelings of their community ») - (176. CrEDH (2015) Oliari). De surcroît, les juges de Strasbourg affirment qu'une législation différenciée pour les couples homosexuels et hétérosexuels (comme par exemple, le mariage pour les couples hétérosexuels et l'union civile pour les couples homosexuels) ne constitue pas une violation du principe d'égalité en raison de l'orientation sexuelle qui rentrerait dans l'expression « toute autre situation » de l'Art. 14 CEDH - « Interdiction de discrimination ».

I.3 Questionnements de la recherche

Au travers ce mémoire, je cherche à mieux appréhender l'évolution des jugements des cours et des législations ayant pour objet les familles homosexuelles vers une plus grande reconnaissance de droits.

Les questions suivantes me serviront de fil rouge dans cette étude : comment le discours jurisprudentiel de cette affaire peut-il être analysé dans la perspective de genre en droit ? Comment cette perspective de genre en droit peut-elle être un élément transformateur d'un

¹¹CrEDH, *Hokkanen c. Finlande*, 24 août 1994

¹²CrEDH, *López-Ostra*, 9 décembre 1994

discours jurisprudentiel et à l'origine d'une redéfinition du principe même d'égalité ? De quelle manière des nouvelles réalités sociales en réclamant de nouvelles réglementations remettent en question ladite « neutralité » du droit ?

D'autre part, cette étude vise également à confirmer que le discours jurisprudentiel masque certains stéréotypes sociaux. Dans la perspective choisie ici, le sens réel du discours jurisprudentiel ne peut être dévoilé autrement qu'avec une grille d'analyse qui considère la perspective de genre en droit.

I.4 Un guide de lecture

Ce mémoire s'articule autour de deux parties, en sus de ce chapitre d'introduction et de la conclusion.

Dans la **partie Théories**, j'analyse l'impact de la reconnaissance jurisprudentielle d'un comportement sexuel sur le statut juridique de citoyen·ne (*Chapitre II*). Cela me permet d'aborder le concept de citoyenneté à partir des questions sexuelles dans le contexte européen. Enfin, mon analyse se porte sur l'impact social égalitaire qu'un arrêt relatif au mariage homosexuel pourrait revêtir, en rejetant toute forme de stéréotype social basé sur l'orientation sexuelle, à l'instar du stéréotype de l'hétérosexualité du mariage. J'introduis ici le concept d'égalité non stéréotypée.

Avant d'entrer dans l'analyse de l'arrêt Oliari sous une perspective de genre en droit, je présente un bref historique de l'affirmation du droit au mariage homosexuel en tant que droit des homosexuel·le·s (*gay rights*), et ce dans le contexte occidental (*Chapitre III*). Les revendications des familles homosexuelles - notamment aux États-Unis¹³ - ont permis de dévoiler les pratiques étatiques visant à une différenciation entre les modèles familiaux hétérosexuels ou homosexuels. La focalisation sur cet aspect me permettra d'introduire le concept de phobies sexuelles « normatives ».

¹³ Si mes sources sont principalement françaises en ce qui concerne l'approche sociologique du genre, la littérature proposant une perspective de genre dans le domaine juridique que j'utilise est essentiellement anglophone. Tout en étant conscient du fait que les configurations du droit restent propres à chaque contexte national et continental, les analyses théoriques anglophones, qui portent majoritairement sur le droit des couples homosexuels aux États-Unis, constituent indéniablement des outils conceptuels et des perspectives enrichissantes pour appréhender les aspects spécifiques de la jurisprudence européenne traités dans ce mémoire.

L'introduction du mariage pour les couples de même sexe a fait ainsi l'objet de critiques de la part de certaines juristes féministes. Elles ont critiqué l'institution du mariage homosexuel en tant que législation reproductrice du modèle familial patriarcal et hétérosexuel. Une de ces critiques sera retenue afin d'analyser comment l'arrêt Oliari aurait pu être innovant sur ce point.

Dans la **partie Analyse** de ce mémoire je souhaite exposer certains concepts et théories des études Genre en droit (« *Legal Gender studies - Gender and Sexuality Law* »). Ceux-ci constituent un apport non négligeable dans l'analyse de l'affaire Oliari.

Tout d'abord je donne une définition de l'approche académique de la perspective de genre en droit en détaillant ses principales caractéristiques. Ensuite, j'expose la manière dont j'applique concrètement cette perspective dans l'analyse de l'arrêt Oliari. Enfin, je présente l'outil de travail que constitue le « projet de jugements féministes » (« *Feminist judgement* ») qui représente - à mon sens - une des applications concrètes de l'approche théorique de la perspective de genre en droit.

Dans le *Chapitre V*, la révision consiste à avancer une série d'arguments conduisant à la formulation d'une conclusion différente de celle de la Cour de Strasbourg, et faisant du droit au mariage homosexuel un droit humain anti-essentialiste selon la CEDH. Il n'est pas question d'exposer intégralement l'arrêt puis de l'analyser. Il s'agira de montrer comment les juges de Strasbourg auraient pu l'imposer comme obligation positive aux États membres du Conseil de l'Europe, et comment cet arrêt aurait pu être rédigé selon la logique de l'égalité non-stéréotypée.¹⁴

Pour conclure la partie analytique, (*Chapitre VI*) il m'est apparu opportun de contextualiser la version originale de l'arrêt Oliari par rapport aux impacts politiques et législatifs qu'il a produit.

J'y évoque tout d'abord les nouvelles formes de nationalismes qui se diffusent à partir des débats autour de la reconnaissance légale des couples de même sexe, en lien avec la récente ouverture à la reconnaissance de ces droits au sein de certains partis politiques de droite.

¹⁴ Afin d'obtenir plus d'informations, j'ai contacté l'un des couples de cette affaire, M. Oliari et M. A. Ceux-ci m'ont indiqué ne pas être en mesure de me transmettre le recours déposé à la CrEDH et m'ont invité à prendre contact avec leur avocat Maître A. Schuster. Ce dernier m'a affirmé qu'il n'était pas dans les habitudes de son cabinet de fournir les recours, et m'a redirigé vers certains de ses articles scientifiques contenant certains des arguments avancés.

Par ailleurs, j'approfondis l'effet législatif direct de l'arrêt analysé. En effet, un projet de loi sur les unions civiles a été approuvé au Parlement italien, sous l'impulsion de ce jugement de la CrEDH.¹⁵ Ce projet de loi s'inscrit comme les autres processus législatifs européens d'introduction du mariage homosexuel dans une logique de différenciation entre les couples hétérosexuels et homosexuels, même s'ils sont établis au nom du principe d'égalité. Cela rappelle l'application du principe d'égalité logique du « séparé·e·s mais égales·aux » (« *separate but equal* ») qui a longtemps servi de caution à la différenciation des personnes noires aux États-Unis, alors que le principe d'égalité était considéré comme respecté. Cela me permet ainsi de mettre en évidence la manière dont les thématiques de l'adoption ou co-adoption¹⁶ au sein des couples de même sexe font parties de lois différentes que de celles sur le mariage homosexuel. Par ailleurs, il s'agit aussi de relever la manière dont les lois sur la reconnaissance légale des familles homosexuelles s'entremêlent avec la jurisprudence à ce sujet.

Enfin, pour conclure ce travail (*Chapitre VII*), j'approfondis certains aspects des questionnements étudiés. J'expose également les pistes de réflexion qui restent à explorer dans une optique de développement de la perspective de genre en droit.

¹⁵ Alors que je rédigeais mon mémoire, une loi qui reconnaît les unions civiles des couples de même sexe a été adoptée en mai 2016 par le Parlement italien. A l'origine, ce projet de loi devait être directement intégré à la législation sur le mariage ainsi que la co-adoption au sein d'un couple de même sexe de l'enfant du/de la partenaire. Les débats politiques et sociétaux autour de ce texte de loi ne feront pas l'objet de mon analyse.

¹⁶ La co-adoption évoque le cas où la·le partenaire au sein d'un couple homosexuel peut adopter les enfants desquelles la·le partenaire est le père ou la mère biologique.

PARTIE I - THEORIES

« La question du mariage des homosexuels se situe bien au cœur d'une logique politique : il en va de la famille, mais aussi de l'égalité - de l'égalité dans la famille. »

(Fassin, 2005 : 47)

Chapitre II : Le pouvoir jurisprudentiel et les défis d'une égalité non-stéréotypée

II.1 La citoyenneté sexuelle

La citoyenneté est la reconnaissance juridique d'une personne de la part des États modernes. Ce faisant, les États définissent les droits et obligations de chaque personne considérée comme citoyen·ne. La définition de ces droits et obligations constitue un outil à travers lequel le principe d'égalité peut être mis en pratique. Par ailleurs, la citoyenneté n'est pas uniquement confinée au droit, elle revêt également une dimension sociale et politique. En effet, les individus deviennent des acteurs/actrices de la sphère politique et sociale d'un pays par le biais du *statut* de citoyen·ne·s qui leur est octroyé.

L'objectif ici¹⁷ consiste à montrer que l'ambiguïté propre à la première définition de la citoyenneté dans l'époque moderne (XVII^{ème} siècle) se retrouve également dans la définition des droits des homosexuel·le·s,¹⁸ dont le mariage homosexuel fait partie. En effet, toute une série d'enjeux concernant la citoyenneté gravitent autour de la reconnaissance de droits à certain·e·s citoyen·ne·s et pas à d'autres. Le discours produit par un arrêt constitue donc une façon, parmi d'autres, de façonner la citoyenneté.

Pour le comprendre, un détour par les critiques formulées par Olympe de Gouges au XVIII^{ème} siècle au sujet des droits de l'homme s'avère ici nécessaire. En 1791, Olympe de Gouges a écrit la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* en réponse à la Déclaration des

¹⁷ Ce mémoire ne peut pas faire l'exégèse du concept de « citoyenneté » et retracer la façon dont elle a surgi entre l'Ancien Régime et les révolutions françaises et américaines du XVI^{ème} siècle. Il n'est pas question de mettre en lumière de manière exhaustive toutes les contradictions de la première définition de la citoyenneté (XVI^{ème} siècle) qui se voulait universelle.

¹⁸ Dans le chapitre suivant, j'aborderai la genèse et le contenu des dénommés « droits des homosexuel·le·s ».

droits de l'homme et du citoyen de 1789. Celle-ci utilisait un langage décliné au masculin et ne reconnaissait pas la femme en tant que sujet de droit, c'est-à-dire en tant que citoyenne à part entière avec des droits et des obligations.¹⁹

L'une des critiques fondamentales que de Gouges, ainsi que les individus se situant dans le même courant de pensée, ont fait du concept de citoyenneté, consiste à affirmer que la citoyenneté est l'une des composantes de la définition d'une collectivité. Autrement dit, en définissant les citoyen·e·s, on définit les droits et les obligations de celles et ceux qui font partie d'un État-nation. Ne pas inclure les femmes dans la première déclaration des droits fondamentaux de l'époque moderne a pour conséquence de les exclure de fait de la reconnaissance de certains droits comme de la participation à la collectivité publique.

D'autre part, il faut aussi souligner que le concept de citoyenneté ne se définit pas uniquement dans les constitutions ou les chartes fondamentales mais également dans l'ensemble des sources de droit telles que les lois, les règlements, ou encore les actes administratifs.

Comme le juriste Carl Stychin (2013) l'a mis en exergue dans un article intitulé « *The sexual citizen* », la citoyenneté est en premier lieu un concept normatif et politique qui se décline de deux manières, active et passive. Pour comprendre ce qu'est une citoyenneté passive, il est possible de déceler, concernant la citoyenneté telle qu'elle a été imaginée et conceptualisée lors des révolutions modernes, deux types de citoyenneté : théorique et pratique.

La citoyenneté théorique est faussement inclusive et universelle, car elle cite certaines personnes dans son discours théorique sans que dans les faits la citoyenneté soit reconnue aux personnes citées. Cependant, c'est dans l'application concrète du principe de citoyenneté que les discriminations étaient véritablement rendues visibles. Ainsi, par exemple, dans la plupart des pays européens, les femmes étaient considérées, à partir du XVI^{ème} siècle, en tant que citoyennes lorsqu'il s'agissait de payer des impôts, alors qu'elles n'avaient pas le droit de vote ni celui d'être élues (ces droits leur ayant été octroyés bien plus tard). Cet exemple est une forme de citoyenneté passive ou de semi-citoyenneté : c'est en effet une citoyenneté qui est inclusive au niveau du discours mais qui dans les faits consiste en des obligations des

¹⁹ Olympe de Gouges, en révisant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a mis en évidence le fait que cette dernière était faussement universelle et inclusive. Elle était écrite par des hommes hétérosexuels blancs et riches pour d'autres hommes tout aussi riches, hétérosexuels et blancs. Cette Déclaration consacrait le *status quo* de ces hommes bourgeois et hétérosexuels au nom des principes porteurs de la révolution : liberté, égalité, fraternité. L'échafaud qui a enlevé la vie à Madame de Gouges en 1793 a aussi mis un terme à l'esprit d'égalité des sexes qu'elle revendiquait.

citoyennes envers l'État sans que des droits leur soient effectivement reconnus, autrement dit sans qu'elles bénéficient d'une citoyenneté active.

Si l'on considère maintenant la situation des familles homosexuelles contemporaines au niveau mondial, l'illégitimité juridique des relations affectives et sexuelles homosexuelles, c'est-à-dire l'impossibilité du mariage ou d'une union civile pour les couples homosexuels, représente une absence d'un droit dont jouissent pourtant les citoyen·ne·s hétérosexuel·le·s. En revanche, les partenair·e·s d'un couple homosexuel ont toute une série d'obligations fiscales, comme tout·e autre citoyen·ne. Autrement dit, bien que le contexte historique soit différent de celui d'Olympe de Gouges, nous retrouvons un même « *modus operandi* » contradictoire qui façonne le concept de citoyenneté. Cette fois-ci, c'est à partir d'une différenciation des sexualités que le concept de citoyenneté n'est pas inclusif.

La possibilité d'acquérir, par le biais du mariage, le statut d'époux ou d'épouse fait partie de la citoyenneté, étant donné que ces statuts vont de pair avec une reconnaissance sociale et politique, qui permet à un·e citoyen·ne d'être un sujet actif dans un contexte donné. Le rapport entre la sphère privée (la sexualité de chacun·e) et la sphère publique (la reconnaissance du mariage homosexuel) façonne par conséquent la définition de la citoyenneté contemporaine.

C'est dans cette perspective que le juriste anglais Stychin affirme que le/la citoyen·ne contemporain·e peut se définir comme un·e citoyen·ne sexuelle « *sexual citizen* ». (Stychin, 2013). En effet, c'est à partir de questions liées aux sexualités que certaines formes de citoyenneté sont reconnues plutôt que d'autres. (Bamforth, 2012 : 492)

En ce sens, les personnes homosexuelles en couple, privées de la reconnaissance légale de ce statut, peuvent être considérées comme des citoyen·ne·s de seconde zone. En effet, certains droits ne sont leur pas reconnus, à la différence des couples hétérosexuels. Ces couples estiment qu'il y a un décalage entre le concept de citoyenneté tel qu'il est présenté dans les chartes fondamentales ainsi que dans les constitutions, et leur application concrète. On relève ici un glissement des droits individuels vers les droits des couples, qui est aussi l'objet des questionnements autour du mariage homosexuel.²⁰

²⁰ Il me semble important de souligner qu'un « processus d'assimilation » (Stychin, 2013 : 25) caractérise les démarches des couples homosexuels en vue d'obtenir une citoyenneté pleine et entière identique à celle des couples hétérosexuels. Les couples hétérosexuels bénéficient actuellement de la forme la plus complète de citoyenneté, tout en sachant qu'un certain nombre de réflexions critiques pourraient être formulées quant à la

Si Olympe de Gouges mettait notamment en évidence l'absence des femmes en tant que sujet de droit pour critiquer le concept de citoyenneté, à l'heure actuelle, ce sont - entre autres - les sexualités (minoritaires) qui servent d'outils d'analyse critique du concept de citoyenneté.

II. 2 L'impact d'un arrêt dans la (re)définition de la citoyenneté européenne

Dans le cas de l'Union Européenne²¹ et du Conseil de l'Europe,²² les lois comme les arrêts de ces organisations supranationales contribuent à la définition du concept de citoyenneté européenne. Ces organisations politiques et juridiques, nées suite à la deuxième guerre mondiale et avec l'ambition de contribuer à la construction et au maintien de la paix en Europe continentale, ont dû faire face aux enjeux des nouveaux équilibres géopolitiques. Les États adhérents aux organisations européennes ont dû renoncer en partie à leur souveraineté jurisprudentielle et législative. Etant donné que plusieurs définitions de citoyenneté nationale

« plénitude » de cette citoyenneté. C'est cette citoyenneté hétérosexuelle qui représente le modèle à suivre pour les couples homosexuels. Des juristes à l'instar de Stychin mettent en garde contre cette assimilation qu'ils jugent pernicieuse : *« In this moment, discipline is synonymous with « normalisation », particularly a sexual normalisation which forces sexual identities into a model which, at best, replicates heterosexual monogamy but in a far more privatised form. Thus, the « desire » for the recognition of same sex partnership in law - often framed in the language of citizenship entitlement - could be interpreted as the ultimate desire to be « unfree »* (Stychin, 2013 : 27) Ainsi dit, *« it is the way in which responsibility (both to self and to society) is conceived which is of particular interest to me in the case studies, in the context of the ways in which lesbians and gays may be « granted » (at a price and from on high) social inclusion through citizenship »* (Stychin, 2013 : 27). Cette critique du processus de normalisation des couples homosexuels constitue un objet d'étude à part entière et ne sera par conséquent pas davantage approfondie dans ce travail.

²¹ Vingt-huit États européens font partie de l'Union Européenne. Elle a été créée à partir du 1951 avec la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). La Communauté économique européenne a été créée en 1954 par le traité de Rome. La coopération économique a été approfondie à travers l'Acte unique européen en 1986. En 1992, le traité de Maastricht a institué une union politique qui a pris le nom d'Union européenne et qui a prévu la création d'une union économique et monétaire, dotée d'une monnaie unique : l'euro. Instituée en 1999, la zone euro compte dix-neuf États en 2015. De nouvelles réformes institutionnelles ont été introduites en 1997 et en 2001. À la suite du refus d'un projet de Constitution européenne, les institutions ont à nouveau été réformées en 2009 par le traité de Lisbonne. Sa structure institutionnelle est en partie supranationale et en partie intergouvernementale : le Parlement européen est élu au suffrage universel direct, tandis que le Conseil européen et le Conseil des ministres sont composés de représentant·e·s des États membres ; le Président de la Commission européenne est élu par le Parlement sur proposition du Conseil européen. La Cour de justice est chargée de veiller à l'application du droit de l'UE.

²² Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale pour la défense des droits humains au niveau européen instituée le 5 mai 1949 par le Traité de Londres. 47 États sont membres du Conseil de l'Europe qui ressemblent 800 millions de ressortissant·e·s. Ses organes statutaires sont le Comité des ministres et l'Assemblée parlementaire composés par des représentant·e·s des États adhérents. La Cour européenne des droits de l'Homme, veille à l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953.

préexistaient, il a été nécessaire de les faire dialoguer et de les comparer avec les définitions européennes en construction.

Les États membres des organisations européennes maintiennent leurs souverainetés dans beaucoup de domaines. Par conséquent, un décalage persiste entre les aspirations d'un concept de citoyenneté européenne tel qu'il est défini au niveau supranational et son application concrète dans chaque État membre. Ainsi, la création d'un espace commun au sein de l'Union européenne - l'espace Schengen - a favorisé la libre circulation des individus, et parmi ceux-ci des personnes homosexuelles. *A fortiori*, un débat supranational sur ces questions a pris place.²³ (Stychin, 2013 : 32)

Il me paraît important de souligner que le continent européen débat de la citoyenneté depuis l'époque d'Olympe de Gouges. Cependant, nous assistons à l'heure actuelle à un déplacement des enjeux qui gravitent autour de la citoyenneté égalitaire et inclusive. En effet, ils sont maintenant supranationaux et portent aussi bien sur l'orientation sexuelle, les inégalités de genre, les identités de genre, l'appartenance à une ethnie que sur les formes de handicap.

La citoyenneté est toujours limitée en matière d'inclusion des membres d'une collectivité sociale et politique, mais les exclusions ne sont plus limitées aux frontières de chaque Etat membre. (Stychin, 2013 : 34) Puisque l'égalité et l'inégalité se jouent aujourd'hui au niveau transnational, il s'agira de vérifier si l'arrêt Oliari, concernant les questions sexuelles comme le mariage homosexuel, contribue aussi à définir la citoyenneté « sexuelle » au niveau européen.

²³ A ce sujet, les propos du juriste Carl Stychin sont éclairants : « *In sum, sexual citizenship articulates sexuality in the public sphere through claims for rights and participation, while also cultivating (and claiming a right to) separate spaces for subcultural life. These spaces sit uneasily on the public/private divide, but historically have been subject to close surveillance by the state. At the level of the private sphere « proper », sexual citizenship highlights the relevancy of sexuality in the private sphere to public claims, while simultaneously creating the conditions for normalisation by bringing sexuality into the public sphere through the claim to citizenship. Finally, the mobility dimension of European citizenship - free movement - has impacted directly upon lesbian and gay Europeans, as it facilitated their ability to move between and among public and private spheres throughout the European Union, to create connections between them, and to reimagine their relationship to national space.* » (Stychin, 2013 : 32)

II.3 Le rôle de la jurisprudence européenne dans la construction d'une égalité non-stéréotypée

Comme je l'ai mis en évidence en proposant une analyse de la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* d'Olympe de Gouges, le concept de citoyenneté est directement lié à celui d'égalité. Les droits et devoirs octroyés à certain·e·s citoyen·ne·s plutôt qu'à d'autres démontrent l'existence d'une perception différenciée de certains comportements et situations sociales. Ainsi, les questions qui se profilent derrière cette (non) reconnaissance sont les suivantes : les femmes sont-elles les égales des hommes ? Les homos sont-ils les égaux des hétéros ? Les noir·e·s sont-ils les égaux·les des blanc·he·s ? etc. Ici, il s'agit d'analyser de quelle manière une cour peut contribuer à réaliser une société s'inscrivant dans une égalité non-stéréotypée, notamment lorsque ces arrêts ont pour objet les questions sexuelles.

A partir des définitions du principe d'égalité proposées par la perspective de genre en droit, j'aimerais maintenant proposer trois interprétations et visions différentes du principe d'égalité : l'égalité formelle, l'égalité substantielle et l'égalité non-stéréotypée.²⁴

L'égalité formelle consiste à prévoir dans la loi l'égalité femmes-hommes. Les différences de traitement entre les femmes et les hommes ainsi que les enjeux sociétaux qui les déterminent ne font pas par contre l'objet de critiques et n'entrent pas directement en jeu dans la définition de l'égalité formelle (Lempen, 2013). Par ailleurs, l'égalité formelle n'implique pas nécessairement une vérification de l'application effective de la loi, ni de ses possibles effets discriminatoires.

Historiquement, le principe d'égalité formelle a été remis en question à partir des années 1980, au travers de l'analyse de cas jurisprudentiels concrets. Des juristes féministes ont suggéré que le principe d'égalité devrait être plus qu'une simple vérification de la conformité du principe d'égalité au formalisme juridique (Williams, 1992).

Ainsi, l'analyse des juristes féministes souligne qu'il n'est pas suffisant d'affirmer, à travers une loi, que les femmes et les hommes sont égaux pour que dans les faits, l'égalité entre femmes et hommes soit effective. Elle prône la vérification des effets concrets de la loi, notamment dans la jurisprudence, et la vérification de la (non) application du principe d'égalité. En effet, l'égalité reste parfois lettre morte dans plusieurs domaines (violences

²⁴ Les brèves explications concernant chacune des trois définitions ne se veulent pas exhaustives, mais elles permettent de repérer les éléments qui interrogent le concept d'égalité dans le débat sur le mariage homosexuel.

faites aux femmes, taux d'activité féminin, participation des femmes en politique etc.). Ainsi, des mesures dites « positives » - visant à une concrétisation même de l'égalité - ont été envisagées dans les pratiques juridiques et dans les lois (Lempen, 2013).

Ces mesures ont donné naissance, toujours dans la perspective de genre en droit, au principe d'égalité substantielle. Par exemple, l'imposition d'un taux de candidatures féminines au sein de listes électorales de tous les niveaux constitue une mesure positive, ou aussi dite indirecte. (Kaufmann : 1998). La France est le premier pays au monde à avoir adopté une loi imposant l'égalité numérique des candidatures femmes-hommes à certaines élections (Dahlerup, Freidenvall, et al., 2008 : 58)²⁵

Ces dernières années, des analyses académiques concernant le principe d'égalité dans la perspective de genre en droit (Franklin, 2009 ; Timmer, 2011) n'ont pas seulement pris en considération les revendications féministes ou raciales, mais aussi celle des mouvements LGBTQIA. C'est à travers cette prise en considération du continuum des discriminations qu'une nouvelle définition du principe d'égalité sous la perspective de genre en droit a vu le jour.

L'« égalité non-stéréotypée » - c'est la traduction que je fournis du contenu de l'article « *The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law* » (2009) de la juriste Cary Franklin - suggère que les mesures « positives » ou « indirectes » ne suffisent pas à rendre une société égalitaire. Dans cette perspective, le principe de l'égalité nécessite également la déconstruction des stéréotypes sociaux - notamment les stéréotypes sexuels - qui entravent la concrétisation de l'égalité. Les caractéristiques permettant de différencier socialement les hommes et les femmes, de même que les hétérosexuel·le·s et les homosexuel·le·s, consistent en un ensemble de stéréotypes qui engendrent des rapports de domination. (Timmer, 2011 : 712).

²⁵ Dans un rapport titré *Quotas Electoraux Hommes-Femmes et leur application en Europe* commissionné par le Parlement européen au Centre d'études sur les femmes dans la vie politique – Université de Stockholm a été précisé la situation de la France comme suivi : (...) *La loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, ajoute à l'article 3 de la Constitution : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Elle précise (article 4) que les partis politiques « contribuent à la mise en œuvre (de ce principe) dans les conditions déterminées par la loi ». Si la réforme a pu être critiquée comme « minimaliste », elle opère pourtant une rupture symbolique forte, puisqu'elle substitue un ordre bi-sexué à l'universel abstrait. La France républicaine, reposant sur l'Un, devient - c'est un paradoxe - la première démocratie organisée sur une base paritaire. La loi du 6 juin 2000, « tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », est souvent appelée loi de parité, bien que le mot ait été soigneusement évité. Elle impose une double règle : égalité numérique obligatoire des candidatures hommes/femmes pour tous les scrutins de liste, facultative pour les législatives. (...) (Dahlerup, Freidenvall, et al., 2008 : 58)*

Dans ce processus de déconstruction des stéréotypes sociaux, les lois et la jurisprudence jouent un rôle important. En effet, conjugués avec d'autres « dispositifs de pouvoir » (les médias par exemple), ils définissent l'ensemble des comportements qui sont considérés comme légitimes et illégitimes dans une société. Si les lois et la jurisprudence sont modifiées, elles pourraient contribuer à la déconstruction des stéréotypes qui empêchent la pleine réalisation de l'égalité.

Dans les faits, les jug·e·s se cantonnent souvent, lorsqu'elles et ils prononcent un jugement, à la vérification de l'application concrète et formelle de l'égalité, et ne tentent pas de déconstruire les stéréotypes anti-égalitaires.

Dans un article titré « *The anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law* » (2009), la juriste américaine Cary Franklin a reconstitué la façon dont Ruth Bader Ginsburg - juriste et juge à la Cour Suprême Fédérale américaine, a déconstruit d'un point de vue juridique certains stéréotypes sociaux liées aux sexes et aux sexualités.

Dans cette perspective, Ruth Bader Ginsburg a démontré, à partir des années 1970, la façon dont les lois et les arrêts enferment les femmes et les hommes, ainsi que les hétérosexuel·le·s et les homosexuel·le·s dans des stéréotypes sociaux.²⁶ D'après Ruth Ginsburg, l'égalité entre les sexes n'implique pas seulement un changement du côté des femmes, mais aussi du côté des hommes. En ce sens, les mesures « indirectes » et « positives » ne permettent pas, à elles seules, de créer une culture égalitaire car elles ne visent souvent que les femmes. Elles peuvent certes favoriser la présence des femmes dans certains secteurs, mais elles ne suffisent pas à déconstruire l'hétéronormativité de la société, qui nécessite la remise en question de la différenciation entre les comportements féminins et masculins.

Dans cette perspective, cette juriste américaine considère que les politiques sociales introduites en Suède par le premier ministre socialiste Olof Palme²⁷ dans les années 1970

²⁶ Dans son premier cas jurisprudentiel en travaillant avec le projet droits des femmes de l'*ACLU* (union américaine des libertés politiques) dans l'écriture de ses « *sex discrimination brief* », Ruth Bader Ginsburg défend un homme privé de la jouissance des couvertures d'assurance de sa mère décédée, alors qu'il s'était occupé d'elle. En effet, les soins étaient considérés comme spécifiques aux femmes. Par conséquent, les hommes n'avaient pas droit à cette couverture. Autrement dit, « *Her goal was to bring Moritz v. Commissioner of Internal Revenue to the Supreme Court, where she hoped to persuade the Justices, for the first time in American history, to invalidate a law that discriminated on the basis of sex under the Equal Protection Clause.* » (Franklin, 2009 : 109)

²⁷ Olof Palme, premier ministre suédois, prononce le 8 juin 1970 devant au Women's National Democratic Club de Washington, un discours titré « L'émancipation de l'homme » « *The Emancipation of Man* », à propos de l'ensemble des politiques anti-stéréotypes basées sur la différence entre les sexes en Suède, sous le nom de *Jamstalldhet* (il s'agit du nom de la théorie de l'égalité de genre).

représentent une avancée. En effet, elles déconstruisent le stéréotype voulant que les femmes s'occupent des enfants, en introduisant le congé paternité, encourageant ainsi la participation des hommes aux soins des enfants. De la sorte, l'auteure met en exergue les limites constitutionnelles qui enferment les hommes et les femmes dans des stéréotypes genrés « *the constitutional limits on the state's power to enforce sex-role stereotypes.* » (Franklin, 2009 : 104)

Dans les années 2000, alors que les revendications LGBTQIA prennent une place toujours croissante dans le débat public au sein de cas jurisprudentiels (concernant notamment la reconnaissance légale des couples de même sexe à travers le mariage), le droit a commencé à déconstruire de façon plus systématique le stéréotype hétérosexuel et hétéronormatif du mariage (Franklin, 2009 : 189). De ce point de vue, l'approche non-stéréotypée et la lutte contre toutes les discriminations juridiques fondées sur le sexe (« *anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law* ») développées par Ruth Bader Ginsburg ont représenté un apport important. De même, cet apport est visible dans le tout dernier arrêt rendu par la cour suprême des Etats-Unis à ce sujet, datant de l'été 2015.

Dans la continuité de l'approche anti-stéréotypes, la juriste Alexandra Timmer a analysé les effets de ce type d'analyse sur la jurisprudence de la CrEDH. Dans son article « *Toward an Anti-Stereotyping approach for the European Court of Human Rights* » (2011), elle se demande si la Cour de Strasbourg joue un rôle dans le processus culturel et juridique de déconstruction des stéréotypes, à savoir si les jug·e·s européenne·ne·s appliquent le concept d'égalité non-stéréotypée, et si la cour oblige les États à mettre en place des actions allant dans ce sens.

Les arrêts qui ont pour objet les questions de genre et de sexualités constituent le terrain d'analyse privilégié d'Alexandra Timmer. En effet, les stéréotypes sociaux relatifs à ces questions sont d'après elle beaucoup plus présents dans les arrêts de la CrEDH que dans d'autres domaines dans lesquels la Cour de Strasbourg intervient.

La juriste anglaise a par exemple relevé le fait que dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* en 2010, la Cour a condamné le traitement juridique différencié des couples homosexuels autrichiens justifiés sur la base d'un stéréotype social émanant du gouvernement autrichien. D'après la défense du gouvernement autrichien, un couple de personnes de même sexe n'est pas une formation stable car les personnes homosexuelles ne vivraient que des relations

instables (« *homosexuals have only cursory relationship* ») (Timmer, 2011: 709), et ne mériteraient par conséquent pas la même reconnaissance légale que les couples hétérosexuels. En effet, « *la Cour part de la prémisse que les couples de même sexe sont capables de s'engager tout comme les couples de sexe différent dans des relations stables. Par conséquent, ils sont dans une situation analogue aux couples de sexe différent en ce qui concerne leur besoin de reconnaissance et protection juridique de leur relation.* »²⁸ (Timmer, 2011: 709) Néanmoins, la Cour se refuse d'obliger l'Autriche à reconnaître le mariage aux couples du même sexe.

Timmer affirme que le processus d'égalité non-stéréotypée implique l'obligation légale des États de démanteler les stéréotypes sociaux à travers les actions des jug·e·s. Dans cette perspective, les jug·e·s jouent un rôle prédominant dans ce processus de déconstruction des stéréotypes.

D'après l'auteure, cette déconstruction passe par deux étapes²⁹ : nommer (*naming*) le stéréotype) puis contester le stéréotype (*contesting*)

Nommer (*naming*) : Le stéréotype doit tout d'abord être nommé, et son contexte historique donné. Autrement dit, il s'agit d'analyser la façon dont il a été socialement construit et de déceler ses effets sociaux. Ainsi, les jug·e·s eux-mêmes seront à même de vérifier les effets concrets qu'il a dans une réalité donnée. Contester le stéréotype (*Contesting*) : Par ailleurs, si l'existence d'un stéréotype est avérée, le devoir des jug·e·s est de vérifier la légitimité du stéréotype au prisme du principe d'égalité en vigueur. Selon Timmer, les jug·e·s sont appelés à analyser les argumentations qui légitiment ce stéréotype. Dans le cas ces argumentations n'apparaissent pas légitimées, les jug·e·s sont appelés à demander aux États de se justifier, ou à leur imposer des mesures qui visent à déconstruire le stéréotype. Il s'agirait par exemple d'amener les États à expliciter les raisons qui, dans leur perspective, font que le mariage « traditionnel » est une institution de type hétérosexuel.³⁰

²⁸ Citation originale : « *The Court would start from the premise that same-sex couples are just as capable as different-sex couples of entering into stable committed relationships. Consequently, they are in a relevantly similar situation to a different-sex couple as regards their need for legal recognition and protection of their relationship* » (Timmer, 2011 :709)

²⁹ Dans son analyse, Timmer propose un certain nombre de critères à travers lesquels les stéréotypes, leurs caractéristiques et leurs effets peuvent être repérés. Ainsi, elle partage un certain nombre d'idées concernant le rôle qu'un arrêt d'une cour peut jouer en vue de la déconstruction des stéréotypes. Sur ces aspects de son analyse je me n'attarderais pas, dans le cadre de cette étude.

³⁰ Autrement dit, pour citer les propos de la juriste Timmer : « *The goal of a stereotype-analysis is exposing and contesting the patterns that lead to structural discrimination. Such an analysis aims to render explicit and*

« En amont, de l'idéologie inégalitaire on ne peut pas nécessairement remonter à quelque phobie psychologique. En revanche, en aval, le refus d'égalité entraîne des effets : il inspire l'homophobie ordinaire. En effet, si la société nous enseigne, par le droit et les mœurs, l'infériorité de l'homosexualité, comment l'aversion homophobe n'en découlerait-elle pas tout naturellement ? Autrement dit, il n'est pas besoin de postuler l'intention homophobe pour conclure aux conséquences de l'inégalité des sexualités : on aura beau aimer les homosexuels, le refus de l'égalité reste au principe de l'homophobie. »

(Fassin, 2005 : 69)

Chapitre III : Le droit au mariage homosexuel : l'une des réponses aux phobies sexuelles normatives et ses limites

III.1 Le droit au mariage homosexuel dans « une approche constructiviste de l'orientation sexuelle »

Au sein de cette étude je retiens l'idée qu'en reconnaissant le mariage homosexuel, un arrêt s'inscrit dans un contexte historique donné et peut contribuer à rendre l'homosexualité socialement acceptable, en la reconnaissant au travers d'un discours jurisprudentiel. En ce

problematic what society experiences as « natural ». This article argues that the Strasbourg Court should adopt a critical attitude towards the reasons and justifications States put forward for their actions. This is what Kenji Yoshino terms a « reason-forcing conversation ». States ought to base their regulations and actions on rationally defensible grounds, not on gender stereotypes and prejudices. This also means that the Court should keep asking questions: vague arguments, such as we need to preserve our « culture » or « tradition », are not sufficient as justifications. From an anti-stereotyping perspective, such arguments are even suspect : appeals to tradition and culture are often appeals to the popularity of stereotypes. » (Timmer, 2011 :725)

sens il me paraît opportun dans cette partie du mémoire de retracer l'historique de la revendication du mariage homosexuel et dans l'histoire des mouvements « LGBTQIA » occidentaux ainsi que d'expliquer comment les revendications juridiques se sont inscrites dans une construction sociale et publique de l'homosexualité.

L'expression droits des homosexuel·le·s (« *gay rights* ») a été utilisée à partir des années 1970 par les mouvements de revendications lesbiens, gays, bisexuels, transsexuels et transgenres (acronyme : « LGBT »), aux États-Unis et en Angleterre. Le mot « *gay* » ne se limite pas à l'homosexualité masculine et inclut aussi dans la langue anglaise l'homosexualité féminine. Néanmoins, à la même période s'est également diffusée l'expression plus inclusive de droits des homosexuel·le·s « *Lesbian and gay rights* ».

Au fil du temps, dans la tradition anglo-saxonne, l'expression « *gay rights* » a fini par inclure toutes les revendications et tous les droits propres aux minorités sexuelles : non seulement ceux des homosexuel·le·s, mais aussi, bien que l'expression n'y fasse pas explicitement référence, des personnes bisexuelles, transsexuelles et transgenres, intersexuées et asexuelles. L'acronyme « LGBTQIA » est devenu l'expression de ces différentes minorités sexuelles.

L'acronyme « LGBTQIA » est un terme utilisé pour désigner les personnes lesbiennes, gaies, bisexuelles, transgenres et/ou transsexuelles, intersexes et asexuelles. Les lesbiennes et les gays désignent les femmes et les hommes attiré·e·s sexuellement par des personnes de leur sexe. Les bisexuel·le·s sont des hommes et des femmes attiré·e·s par des personnes de leur sexe et/ou d'un sexe différent. Transgenre se dit d'une personne dont l'identité de genre n'est pas en accord avec le sexe biologique de la naissance. Les personnes qui, à partir de cette discordance, réalisent une réattribution sexuelle sont appelées transsexuelles.

Depuis deux décennies l'expression « LGBT » s'accompagne désormais des lettres « Q » et « I », respectivement pour désigner les personnes qui se revendiquent *queer* ou qui sont intersexuées. Les personnes *queer* refusent toute forme de catégorisation sur la base de l'orientation sexuelle ou du sexe de la naissance. Elles/ils retiennent que l'identité de chacun·e s'inscrit dans un flux identitaire qui échappe à toute forme de catégorisation. Quant aux personnes intersexuées, elles naissent avec des différences chromosomiques et hormonales qui les rendent difficiles voire impossibles à définir en tant que mâles ou femelles selon les standards habituels. Tout dernièrement, à l'acronyme « LGBTQI » s'est également ajoutée la lettre « A », pour « *asexual* ». Une personne asexuelle est une personne qui ne

ressente pas de désir sexuel, ou qui ne la veut pas, tant au sein d'une relation qu'à l'extérieur. L'asexualité n'est pas synonyme du célibat puisque les personnes asexuel·e·s peuvent tisser des liens romantiques et amoureux, sans pour autant avoir des rapports sexuels.

Or, l'acronyme « LGBTQIA » inclut un large éventail de droits que les droits des homosexuel·le·s (« *gay rights* ») prétendent représenter. Parmi eux, il est possible de lister le droit au changement légal de sexe sans réattribution sexuelle ; le droit, à la naissance d'une personne intersexuée à un statut civil autre que celui de femme ou d'homme et à la non réassignation chirurgicale au sexe masculin ou féminin ; le droit à l'asile pour toute personne victime de discriminations liées à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre dans son pays d'origine, etc.

Les émeutes de Stonewall qui ont lieu à la suite d'un raid policier, dans la nuit du 28 juin 1969, dans l'éponyme bar gay de New York, représentent le moment fondateur de l'actuelle vague des mouvements des revendications « LGBTQIA » dans l'histoire contemporaine occidentale (Bamforth, 2013). A partir de cette date, un processus de « normalisation » des revendications portées par les mouvements « LGBTQIA » prend place.

Ce n'était pas la première fois, en Occident, que des personnes « LGBTQIA » s'affirmaient et demandaient une reconnaissance sociale et juridique en terme de droits. A cet égard, l'expérience de la réformiste République de Weimar, est exemplaire.³¹

À la différence des mouvements de revendications « LGBTQIA » des années 30, ceux des années 70 ont pu s'appuyer, dans leur démarche revendicative, sur la suppression de l'homosexualité dans le Manuel diagnostique et statistiques des troubles mentaux de l'Association américaine de psychiatrie (1973). La dépathologisation de l'homosexualité - déjà réclamée par les mouvements « LGBTQIA » dans les années 30 - a rendu la revendication de droits pour les couples homosexuels plus légitime qu'auparavant.

³¹ La « Ligue Mondiale pour la réforme sexuelle sur une base scientifique » fondée par Magnus Hirschfelds en 1928 est l'un des mouvements de revendications sexuelles actifs à cette époque. Ce mouvement œuvrait pour une égalité substantielle et formelle entre hommes et femmes, pour une dépathologisation des sexualités dites anormales – à l'instar des sexualités homosexuelles - et pour l'abrogation du paragraphe 175 du code pénal allemand qui sanctionnait les rapports sexuels entre personnes de même sexe. L'arrivée au pouvoir du nazisme a anéanti toutes ces revendications.

La suppression de cette différenciation entre les comportements sexuels considérés comme normaux et anormaux, sur le plan médical, a permis de légitimer socialement un combat qui a dès lors été formulé en termes de droits (Macé 2011). Par ailleurs, depuis les années 80 le combat contre la diffusion de la pandémie du « sida » et pour la création de politiques sociales en soutien aux personnes affectées par la maladie a donné une assise aux mouvements « LGBTQIA ».

L'homosexualité n'est alors plus seulement considérée en tant que sexualité individuelle mais aussi pour ses dimensions sociales, familiales et amicales. C'est ce qu'explique le juriste Daniel Borrillo dans son ouvrage *Droits des sexualités* (2009). Des combats conflictuels ont suivi la diffusion de la pandémie du « sida », qui ont eu pour protagonistes des personnes homosexuel·le·s mais aussi hétérosexuel·le·s. Tout d'abord l'urgence sanitaire qui accompagne la diffusion de ce virus - notamment sur la côte Est des Etats-Unis, en particulier San Francisco – donne lieu à d'importantes mobilisations, afin d'obtenir une assistance médicale et la reconnaissance du droit à la santé des personnes homosexuel·le·s.

Au début de la pandémie du « sida » des gouvernements ultra-conservateurs considèrent ce virus comme une punition divine méritée par les personnes homosexuel·le·s, et leur niaient toute forme d'assistance sanitaire publique. Ces combats parfois très virulents permettent aux personnes homosexuel·le·s et aux mouvements « LGBTQIA » d'avancer des revendications juridiques toujours plus précises, et marquent l'histoire du militantisme sexuel des années 80-90, par d'importantes tensions sociales.

La tutelle d'un droit générique à une « existence/vie » en tant que personnes « LGBTQIA », sans qu'elle soit assortie d'aucune forme de discrimination, est revendiquée à partir du début des années 1970 dans les manifestes politiques des mouvements « LGBTQIA », en appendice d'une subculture sexuelle qui demandait d'être respectée. Autrement dit, certaines personnes « LGBTQIA » ont milité afin que chaque personne jouisse d'un droit à vivre selon ses propres désirs et puisse explorer sa sexualité « *every person has the right to develop and extend their character and explore their sexuality* » (Bamforth 2013 : 44).³²

³² A la naissance des mouvements *The Male Representatives of National Gay Liberation* (États-Unis) et *Gay Liberation Front* (Angleterre), dans les années 70, les revendications en termes de droits sont très abstraites. Par exemple, le manifeste américain de revendications homosexuelles prévoyait : « (...) *The right to be gay anytime, anyplace... The right of free dress and movement... That all modes of human sexual self-expression deserve protection of the law, and social sanction... That gays be represented in all governmental and community institutions... That gays determine the destiny of their own community ... Finally, the end of domination of person*

Par la suite, à partir de la diffusion de la pandémie du « sida », des droits plus spécifiques ont été revendiqués tels que la protection vis-à-vis des discriminations sur le lieu de travail ; le droit à l'assistance sanitaire pour les personnes séropositives, le maintien du contrat de location pour le partenaire de la personne décédée à cause du « sida », le droit à la retraite de réversibilité, le droit au partenariat pour les couples homosexuel·le·s, une reconnaissance légale pour le/a partenaire migrant·e, le droit au mariage pour les couples homosexuel·le·s ; l'adoption pour les couples homosexuel·le·s, etc. C'est dans ce processus de normalisation des vécus des personnes « LGBTQIA » que les droits des homosexuel·le·s (« *gay rights* ») ont pris forme. Dès qu'une nouvelle reconnaissance légale était obtenue, de nouvelles revendications sociales pour les personnes « LGBTQIA » étaient traduites en termes de droits. (Bamforth 2013 : 50)

Toutefois il faut aussi noter que ces mouvements de revendication sociale et juridique de personnes « LGBTQIA » en Occident comme en Orient étaient (et restent) fortement hétérogènes. Ils ne considèrent pas toujours l'outil juridique comme étant la solution à leur combat. En effet, les personnes qui font partie de ces mouvements ne partagent pas nécessairement la même conception du droit.

A partir des discriminations subies, certains mouvements « LGBTQIA » s'attaquent à l'ensemble des lois et des réglementations qui façonnent une société hétéronormative et cisnormative. Ils visent non pas l'obtention d'une reconnaissance légale au travers d'une extension des droits qui sont réservés à la majorité hétérosexuelle et cisgenre, mais l'introduction de nouvelles institutions qui modifieraient le droit en déconstruisant sa structure patriarcale et hétéronormative. Par conséquent, les mouvements « LGBTQIA » ne sont pas nécessairement pro « mariage pour tou·te·s ». Ainsi, l'institution du mariage pour les couples de même sexe fait parfois l'objet d'attaques et d'une certaine dérision. Le courant « *queer* » des mouvements « LGBTQIA » critique fortement l'institution du mariage, considérée comme le fondement légal de la reconnaissance de la famille hétérosexuelle et patriarcale. Autrement dit, les revendications en termes de droits « LGBTQIA » ne visent pas

by another. (Statement of Demands to the Revolutionary Peoples Constitutional Convention from the Male - 1970) ». De l'autre côté de l'Atlantique, en Angleterre, on retrouve le même type de revendications : « *We Demand : (...) The same right to public expressions of love and affection as society grants to expressions of hate and scorn. The right to behave, without harm to others, in public and private, in any way we choose, in any manner or style, with any words or gestures, to wear whatever clothes we like or to go naked, to draw or write or read or publish any material or information we wish, at any time and in any place.* » (*The Gay Liberation Front Demands*, cited in Jeffery-Poulter, *Peers, Queers and Commons*, pp. 100-1)

toujours une stricte reconnaissance légale de ces droits, mais plutôt une tentative de reformulation plus sociale et égalitaire de l'ensemble du droit.

Dans l'article « *Understanding Lesbian and Gay rights* » (2013), l'un des pionniers des études de droit le juriste anglais Nicholas Bamforth retrace l'historique des droits présentés comme étant propres aux personnes « LGBTQIA ». Il s'interroge sur leur genèse, leur contenu et leur portée actuelle. Dans ses analyses, il met en évidence le fait que les revendications des personnes « LGBTQIA » ont été engendrées du fait de l'éloignement de celles-ci de la norme dominante. Toutefois, il montre aussi que la plupart de ces mouvements « LGBTQIA » cherchaient à s'assimiler aux normes dominantes hétérosexuelles afin d'être inclus dans la société.

Nicholas Bamforth, a proposé de faire de la théorie de la volonté (*Will Theory*) et de la théorie de l'intérêt (*Interest Theory*) des structures porteuses du droit (Bamforth, 2013). Les personnes qui écrivent et façonnent le droit à travers des lois et des arrêts créent les normes juridiques de deux façons. D'une part, ils/elles agissent en ne retenant que certains comportements sociaux en tant que valeur morale³³ justifiant la reconnaissance légale (théorie de la volonté - *Will Theory*). D'autre part, à partir de l'intérêt de certain·e·s, le droit permet la reconnaissance d'un comportement comme valeur morale (la théorie de l'intérêt - *Interest Theory*).

A cet égard, les propos du juriste Bamforth peuvent clarifier ces deux théories et leur usage. « Cela signifie que si X a le pouvoir de faire respecter une obligation à Y par rapport à une certaine chose, le droit est considéré comme légal car la loi reconnaît la puissance de X à décider, ainsi la moralité valide ce pouvoir de X. Dans tous les cas, l'essence du droit réside dans la puissance de X pour déclencher l'obligation de Y. Selon la théorie de l'intérêt le droit intervient si la protection de l'intérêt de X est considérée comme une raison suffisante pour déclencher l'obligation de Y, la loi identifie la protection des intérêts de X, au-delà des considérations de la morale. En vertu de la « théorie de l'intérêt », l'essence d'un droit se trouve dans la protection de l'intérêt de X. »³⁴ (Bamforth 2013: 48)

³³ Par valeur morale, j'entends la reconnaissance positive qu'une collectivité donnée porte à un comportement déterminé ou à un aspect spécifique du quotidien d'une personne.

³⁴ Citation originale : « according to the « will theory », « X having a right to something » means that X has the power to decide whether or not to enforce an obligation against Y in relation to that thing ; the right is classified as legal if the law recognizes X's power to decide, and moral if X's power is protected by considerations of morality. In either case, the essence of the right lies in X's power to trigger Y's obligation. According to the « interest theory », X has a right to a thing if protecting X's interest is viewed as a sufficient reason for triggering Y's obligation; the right is classified as legal where the law identifies the protection of X's interest as

La revendication du mariage homosexuel s'inscrirait, selon cet auteur, dans la théorie de l'intérêt. La relation affective et sexuelle entre personnes de même sexe n'est pas retenue par une large majorité de la population européenne comme une valeur morale qui mériterait une reconnaissance légale par le biais du mariage.³⁵ C'est pour cette raison que la stratégie des mouvements susmentionnés devient celle de l'intérêt. A travers les parlements et les tribunaux, l'objectif de ces minorités sexuelles est d'obtenir une reconnaissance juridique qui deviendrait par la suite sociale.

En ayant recours à la théorie de l'intérêt, il apparaît évident que l'usage stratégique du droit a un impact sur la manière dont chacun·e vit socialement son orientation sexuelle. En effet, cet usage du droit légitime une orientation sexuelle donnée qui auparavant était stigmatisée. Bamforth différencie la théorie essentialiste et constructiviste de l'homosexualité. D'après la théorie essentialiste de l'homosexualité, l'orientation homosexuelle est innée. Dans cette perspective, un gène gay (Sanders et al.: 2015) serait à l'origine de l'essence ou de la nature gay. Cette théorie ne considère pas les aspects sociétaux et normatifs qui interviennent dans le vécu d'une personne homosexuelle. Par ailleurs, la différence entre les sexes est conçue comme naturelle.

La théorie constructiviste de l'homosexualité, en revanche, soulève les enjeux légaux et sociétaux qui interviennent dans la vie de chaque personne homosexuelle. Elle démontre que les catégories sexuelles (ex. : homosexuelle et hétérosexuelles) et les catégories de genre (ex. : homme/femme) sont des constructions sociales et normatives. (Bamforth 2013 : 51)

Les écoles de cette théorie constructiviste évaluent l'impact que la société a dans la construction de ces différences. Dans une perspective constructiviste « radicale », les enjeux sociétaux et normatifs construisent totalement l'orientation sexuelle de chacun·e. Bamforth s'inscrit dans une perspective constructiviste « modérée » qui laisse la place à la volonté de chacun·e dans la définition de sa propre orientation sexuelle, même s'il reconnaît le rôle joué par la reconnaissance légale et sociale dans ce processus d'auto-acceptation de sa propre orientation sexuelle.

sufficient reason, and moral where considerations of morality do so. Under the « interest theory », the essence of a right therefore lies in the protection of X's interest. » (Bamforth 2013: 48)

³⁵ Les statistiques montrent toutefois que la population européenne se dit toujours plus favorable au mariage homosexuel (Ilga-Europe, 2015).

De façon plus générale, les études qui s'inscrivent dans une approche constructiviste « modérée » de l'homosexualité ont mis en évidence le fait que l'orientation sexuelle n'a pas toujours été stigmatisée. Elles ont établi que certaines expressions de l'homosexualité ont obtenu une reconnaissance légale et sociale qui les ont légitimées. La juriste italienne Eva Cantarella (1999), a ainsi montré que certains rapports homosexuels masculins, en particulier entre des jeunes garçons et des hommes adultes par ailleurs mariés avec des femmes, étaient légitimes et légaux dans la Grèce antique et dans les premiers siècles de la Rome antique. La chercheuse en droit romain et grecque a par ailleurs souligné le fait que l'homosexualité était partie prenante du processus d'initiation à la citoyenneté des jeunes garçons. Ces derniers étaient ainsi initiés à la vie sexuelle et citoyenne de la *polis*. Par contre, à un certain âge, ils devaient se marier avec une femme. Si le jeune garçon ne se mariait pas ou qu'il avait des attitudes féminines à l'âge adulte, il était fortement stigmatisé.

Le constructivisme modéré imprègne également ce mémoire. Les enjeux qui gravitent autour du débat jurisprudentiel sur le mariage homosexuel reflètent le fait que l'homosexualité est construite socialement par le biais de lois et d'arrêtés. Si les personnes « LGBTQIA » vivent leurs relations bien indépendamment des tribunaux ou des parlements, c'est à travers eux que leurs existences ont une valeur légale et sociale.

III.2 Les phobies sexuelles normatives : le cas concret de la préférence de certains modèles familiaux

Le bref historique des droits des homosexuel·le·s présenté en début de ce chapitre m'a permis de mettre en évidence l'un des principaux objectifs des revendications des mouvements « LGBTQIA » : sortir d'une exclusion normative et démontrer que les sexualités « LGBTQIA » constituent des comportements sexuels et sociaux « normaux », même si les lois et les pratiques administratives discriminent les « LGBTQIA » en raison de leur orientation sexuelle et de leur identité de genre. A cet égard, il faut aussi souligner que l'homophobie ou la transphobie peuvent s'avérer interindividuelles mais aussi « normatives ». En prenant en compte cette dernière forme, une loi ou un acte administratif peut être considéré comme homophobe ou transphobe. Par ailleurs, il faut aussi souligner qu'aucune personne « LGBTQIA » n'est vulnérable en soi, elle le devient à partir du moment où elle est discriminée du fait de son orientation sexuelle ou identité de genre.

Les manifestations de phobie contre les personnes homosexuelles, lesbiennes, transsexuelles, bisexuelles, intersexuées et asexuelles ont des caractéristiques interindividuelles et collectives. De façon générale, elles consistent en des actes d'aversion qu'ils prennent la forme d'une « plaisanterie », d'un jugement, de violence verbale ou physique. Ils peuvent être émis par une personne hétérosexuelle et cisgenre contre une personne appartenant à une minorité sexuelle, mais aussi de la part de personnes qui affichent une sexualité dite « minoritaire ».³⁶ Les milieux éducatifs et professionnels sont les plus marqués par la présence de ces actes discriminatoires à dimension interindividuelle.³⁷

D'autre part, lorsque la collectivité au sens large - les médias, le milieu politique - est appelée à débattre et à légiférer sur les sexualités dites minoritaires, ces phobies sexuelles prennent une dimension sociale et collective. Les institutions publiques peuvent elles-mêmes devenir discriminatoires à l'égard des personnes « LGBTQIA ». Ce n'est plus la dimension interindividuelle des discriminations qui est ici déterminante, mais plutôt sa dimension normative et politique.

Les phobies sexuelles institutionnelles s'articulent sur deux niveaux : d'une part, elles peuvent consister en des actions directes ou indirectes dévalorisant une sexualité considérée comme minoritaire. D'autre part, les institutions publiques mettent en place des stratégies visant à masquer le caractère discriminatoire de leurs pratiques afin d'anticiper toute critique de leur manière d'agir.

En ce sens, une politique étatique peut se révéler homophobe ou transphobe et sa mise en œuvre justifiée par un État.

En l'absence de travaux scientifiques réalisés en Suisse à ce sujet, je rends brièvement compte ici de l'analyse d'Antoinette Hidalgo et Carl L. Bankston III « *Reinforcing polarizations : U.S. immigration and the prospect of gay marriage* », (2009), qui étudie les politiques étatiques états-uniennes en matière d'immigration au siècle passé, caractérisées par une aversion vis-à-vis de l'homosexualité et par une différenciation entre modèle familial hétérosexuel et modèle familial homosexuel. Ces politiques ont donné lieu à des pratiques

³⁶ Par exemple la lesbophobie de certains hommes gays ou le dénigrement des hommes gays par des trans MtoF.

³⁷ J'ai récemment pris part, en tant qu'étudiant assistant chercheur, à une étude sur les discriminations vécues par les personnes LGBT au travail sur le territoire suisse. Celle-ci a été réalisée par l'Institut Etude Genre de l'Université de Genève et la Fédération genevoise des associations LGBT, sous la direction de la maîtresse d'enseignement et de recherche Lorena Parini. Plus de détails sur cette recherche sont disponibles sur le site <http://diversite-au-travail.ch/publications-2/guide-des-bonnes-pratiques/>

administratives discriminatoires, et constituent ainsi un excellent exemple de phobie sexuelle normative. Cette étude américaine montre qu'il est difficile de déconstruire l'homophobie étatique, car elle ne s'affiche pas ouvertement. Elle révèle aussi les liens directs entre une pratique administrative homophobe ancienne et les débats actuels sur le mariage homosexuel.

A la différence d'autres formes de catégorisations, l'orientation sexuelle de la personne migrante aux États-Unis ne figurait pas, à l'époque, parmi les critères définissant la légalité de la migration. Par contre, l'analyse des procédures administratives ou jurisprudentielles en la matière a démontré que différentes formes de discriminations à l'égard des homosexuel·le·s migrant·e·s existaient dans ces politiques migratoires.

L'homosexualité a longtemps constitué un critère permettant d'exclure les migrant·e·s des États-Unis, et plus particulièrement les hommes migrants. L'homosexualité était en effet considérée comme un désordre sexuel (« *sexual disorder* ») (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14). « *The immigration Act* » de 1917 ou « *The immigration and National Act* » de 1952 ne mentionnent pas directement l'orientation sexuelle en tant que critères d'exclusion des immigré·e·s, mais ils font référence aux dysfonctionnements mentaux (« *mentally defective* »), à une constitution psychopathique inférieure (« *constitutional psychopatic inferiority* »), ou à une personnalité psychopathique (« *psychopatic personality* »), comme une série de critères qui permettent de justifier le refus d'accueillir une personne immigrante sur le sol nord-américain (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14). Le bureau fédéral américain de l'immigration a longtemps considéré que ces caractéristiques étaient propres aux personnes homosexuelles. Cela l'a amené à refuser l'autorisation d'entrée aux États-Unis des homosexuell·e·s s, notamment des hommes efféminés.³⁸

A la suite d'un recours devant la Cour suprême des États-Unis (le cas *Boutilier v. Immigration and Naturalization Service*) la jurisprudence a confirmé la légitimité de ces pratiques administratives, en affirmant que la personnalité psychopathique (« *psychopatic personality* ») contenue dans « *The immigration and National Act* » de 1952 concernait notamment les personnes homosexuelles (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14). Entre les deux

³⁸ Ici, il est important de souligner que ce n'est pas l'orientation sexuelle en tant que telle qui pose problème du point de vue des autorités états-uniennes, mais plutôt la construction sociale des sexes, sur la base de laquelle les hommes ne doivent pas adopter de comportements dits « féminins » qui échappent aux normes de la virilité (par exemple dans le choix vestimentaire, les manières de se mouvoir, d'articuler ses mains, de parler etc.). Ici, il relevé plutôt le concept de « masculinité déviantes » en rapport à l'idée d'un homme qui serait masculin uniquement en performant la virilité. (Hidalgo et Bankston, 2009)

guerres mondiales et pendant la guerre froide, l'homosexualité masculine en Amérique était considérée comme contraire à l'intérêt public (« *public interest* ») (Hidalgo et Bankston, 2009 : 11)

Autour des années 70, l'opinion publique américaine a commencé à témoigner de moins d'animosité vis-à-vis de l'homosexualité. L'un des facteurs permettant d'expliquer ce changement est probablement lié au phénomène de dépathologisation de l'homosexualité.

Ces changements d'opinion dans la population américaine, le « *lobby* » des avocat·e·s américain·e·s pour la défense des droits civils et la révision de la catégorisation psychiatrique de l'homosexualité amènent le Congrès à stipuler l'interdiction officielle de considérer l'homosexualité comme un critère légal de refus d'une autorisation d'immigration aux États-Unis (« *The Immigration and Nationality Act of 1990* ») (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14).

Une fois l'interdiction pour une personne homosexuelle d'immigrer aux États-Unis levée, un autre type d'interdiction a subsisté dans certains États pour les couples homosexuels formés d'au moins une personne migrante. En effet, l'union des couples américains de même sexe n'est pas reconnue par tous les États membres. Dans le cas où l'un·e des partenaires est immigré·e, la possibilité d'un regroupement familial ne lui est pas reconnue, à la différence des personnes en couple hétérosexuel. Il s'agit là d'une forme de discrimination qui, outre son impact sur les flux migratoires, influe également sur la vie affective d'un couple. Les données statistiques démontrent par ailleurs qu'une grande partie des migrations est le fruit d'un mariage hétérosexuel ou d'un regroupement familial, autant aux États-Unis qu'en Suisse.³⁹

La (non) reconnaissance d'unions affectives dans les politiques étatiques consiste en des critères d'inclusion et d'exclusion en matière d'immigration. Il s'agit, d'après Bankston et Hidalgo, de préférence de certains modèles familiaux « *family preferences* » (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14). Si pendant un certain temps, les quotas migratoires se définissaient sur la base de critères tels que l'ethnie, la religion, l'opinion politique et les opportunités

³⁹ Les données fournies par le *Department of Homeland Security* démontrent qu'à la suite de la seconde guerre mondiale, le mariage hétérosexuel est devenu le premier moyen légal d'immigrer aux États-Unis. Dans l'« *Immigration Marriage Fraud Act Amendments* » datant de 1986, le Congrès réprime les unions légales frauduleuses visant l'obtention d'un permis de séjour puis la citoyenneté américaine (Hidalgo et Bankston, 2009 : 18). C'est l'outil d'immigration le plus répandu jusqu'à aujourd'hui (Hidalgo et Bankston, 2009 : 25). Dans le cas suisse, le regroupement familial dans le cadre du mariage hétérosexuel était aussi le premier motif d'entrée en Suisse (Gafner et Schmidlin, 2007). Actuellement la migration économique est plus répandue. Toutefois, le mariage hétérosexuel puis par la suite le partenariat fédéral pour les couples de même sexe restent des outils juridiques très utilisés dans les demandes d'entrée légale en Suisse.

économiques, à l'heure actuelle, ils se basent dans de nombreux pays sur un modèle familial hétérosexuel. Autrement dit, l'épouse/le mari du/de la citoyen·ne du pays d'arrivée est autorisé·e à entrer dans le pays d'accueil (Hidalgo et Bankston, 2009 : 14).

Hidalgo et Bankston expliquent que l'on assiste aux États-Unis, autour des années 2000, à une augmentation des formes de mobilisations contre la reconnaissance légale des couples de même sexe, qu'il s'agisse du mariage ou d'un partenariat enregistré. Cette question s'enchevêtre alors avec le débat sur les politiques migratoires, et sur la possibilité que soit permise légalement l'entrée dans le pays aux partenaires étranger·e·s de couples de même sexe. En effet, dans la mémoire collective l'idée que le moyen d'immigrer aux États-Unis le plus répondu reste le mariage est très présente.

Le cas nord-américain permet de mettre en exergue le fait que l'homophobie et la transphobie ont un rôle déterminant dans la reproduction du système de genre. Dans un système alimenté par - et alimentant - l'idée que l'identité de genre « naturelle » et « normale » inclut forcément « l'attrance pour le sexe opposé » (Perrin et al. 2012 : 2), l'homophobie fonctionne comme un outil de « régulation des rapports de genre » (Perrin 2006 : 207) et de maintien de l'ordre social existant. En effet, l'homophobie sanctionne non seulement toute personne adoptant un comportement jugé déviant par rapport à son genre « naturel », mais rend aussi l'éloignement à la norme difficile pour celles et ceux qui ont un comportement conforme à cette norme (Perrin et al. 2012 ; Welzer-Lang 1994)⁴⁰

L'homophobie n'est donc pas uniquement discriminatoire envers les personnes homosexuelles. Elle doit être analysée comme une composante essentielle du système patriarcal reposant sur l'idée d'« hétérosexualité obligatoire » (*ibid.* : 4). En effet, l'hétérosexisme ne vise pas seulement la disqualification de l'homosexualité et des autres sexualités « déviantes », mais aussi la « dévalorisation (...) des femmes » (*ibid.* : 4).

Par conséquent, l'homophobie normative est directement liée au système de genre et inscrite dans l'hétérosexisme. A ce sujet, la différence faite par le sociologue Éric Fassin entre l'homophobie psychologique et l'homophobie des inégalités (homophobie normative) est

⁴⁰ Le fait de « donner un genre » à l'homophobie est utile, puisque cela permet de mettre en lumière l'existence de différences entre la « gayphobie » et la « lesbophobie », différences feutrées par l'aspect générique du terme (Perrin et al. 2012). En effet, la notion d'homophobie a pour conséquence de taire l'imbrication au système de genre dans les discriminations subies par les homosexuel·le·s (et les personnes désignées comme telles). Cette occultation contribue principalement à une forte invisibilisation des lesbiennes et de leurs expériences (*ibid.*). Comme un certain nombre d'auteur·e·s l'ont déjà souligné, c'est l'un des inconvénients principaux de l'utilisation du terme d'homophobie, autant dans le langage courant qu'au sein de la recherche.

éclairante.

« [L’homophobie psychologique] entend la phobie dans l’homophobie : il s’agit du rejet des homosexuels et de l’homosexualité. Nous sommes dans le registre individuel d’une psychologie. [L’homophobie normative] voit dans l’homophobie un hétérosexisme : il s’agit cette fois de l’inégalité des sexualités. La hiérarchie entre hétérosexualité et homosexualité renvoie donc plutôt au registre collectif de l’idéologie. » (Fassin, 2005 : 64)

Autrement dit, on peut considérer que des actes administratifs ou des arrêts créant une inégalité dans le domaine des sexualités sont porteurs d’une idéologie hétérosexiste et homophobes. Toutefois, ce caractère homophobe est difficilement cernable, puisque des stratégies normatives sont mises en place afin de masquer le caractère discriminatoire de la prise de position en question. C’est en ayant recours au formalisme juridique qui prétend respecter le principe d’égalité que ces législations discriminatoires et homophobes sont introduites.⁴¹

Par ailleurs, l’usage des termes homophobies ou transphobies peuvent apparaître réducteurs, se limitant à caractériser psychologiquement des aversions contre les personnes « LGBTQIA ». Ce paragraphe a voulu montrer comment en réalité ces phobies s’inscrivent dans un système de genre et s’intersectionnent à d’autres phobies, justifiées pour les mêmes raisons, qu’elles soient normatives ou culturelles. Ces phobies sexuelles normatives sont une manière de placer l’autre en le dénigrant – dans une position de domination normative et sociale donnée.

⁴¹ Le sociologue Éric Fassin montre que la différence entre homophobie psychologique et idéologique est visible dans le débat français autour du « mariage pour tous » : « (...) du moins pour autant qu’on adopte la définition psychologique : nul ne rejette les homosexuels. En revanche, si l’on reprend à son compte la définition idéologique, qui croit vraiment à l’égalité ? La double question du mariage et de la filiation a servi de révélateur. On a pu mesurer ce grand écart, caractéristique du débat français, entre une homophobie interdite, dans sa première définition, et, selon la seconde acception, une homophobie implicite, tant l’idéologie inégalitaire va sans dire. Dans cet univers, tout le monde aime les homosexuels en général, et beaucoup ont des amis homosexuels en particulier. Personne n’irait pourtant jusqu’à y revendiquer la stricte égalité des sexualités au regard du droit, proposition radicale qui heurte le sens commun (de ce groupe social) : l’homosexualité n’a rien d’anormal, mais le mariage ou la filiation ouverts aux couples de même sexe, toute personne raisonnable sait que cela ne serait pas normal. (...) » (Fassin, 2005 : 67)

III.3 Une critique féministe au mariage homosexuel

Le mariage homosexuel représente indubitablement une des réponses aux formes d'homophobies normatives. Toutefois, il est aussi critiqué par certaines juristes féministes qui considèrent que ce « nouveau » droit, s'il représente une avancée en terme d'égalité non-stéréotypée, constitue une occasion manquée d'introduire de nouveaux modèles juridiques pour la réglementation des rapports affectifs et sexuels.

A ce sujet, l'ouvrage *Not the Marrying Kind. A Feminist critique of same-sex marriage* de la juriste Nicola Barker (2013) est à mon sens une référence incontournable. En s'appuyant sur les critiques féministes de l'institution du mariage hétérosexuel, l'auteure se demande dans quelle mesure ces critiques peuvent aussi s'appliquer au cas du mariage homosexuel. Elle cherche à savoir si l'institution du mariage pour les couples homosexuels pourrait constituer une réponse à ces critiques.⁴²

Elle s'interroge sur deux aspects différents et complémentaires qui caractérisent l'introduction du mariage pour les couples de même sexe : la transgression et la transformation (Barker, 2013 : 164). D'une part, en quoi le mariage homosexuel constitue-t-il une transgression du système normatif patriarcal et hétérosexuel ? D'autre part, représente-t-il une nouvelle forme de réglementation des familles qui étaient jusqu'à récemment considérées comme « illégales » (« *out-laws* ») ? Sa critique se focalise sur les familles qui ne sont pas « légales » (« *in-laws* »), autrement dit, qui sont privées de toute forme de reconnaissance juridique et sociale. Elle vérifie si la reconnaissance du mariage homosexuel ne reproduit pas la différenciation entre les familles illégales (« *out-laws* ») et légales (« *in-laws* »).

Elle s'interroge sur la monogamie qui caractérise également le mariage homosexuel. En effet, l'unique type de rapport sexuel-affectif reconnu juridiquement par l'État est le rapport entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent. Les relations affectives et sexuelles qui prennent place entre trois personnes ou plus, de même sexe ou de sexe différent, ne sont pas incluses dans la catégorie du mariage homosexuel. Ainsi, ce dernier reproduit, d'après l'auteure, une différenciation entre des sexualités considérées comme bonnes car reconnues par loi et des sexualités « mauvaises », donc non légitimées d'un point de vue juridique.

⁴² Une partie de l'analyse de Nicola Barker concerne les différences et les aspects communs aux théories féministes et *queer* au sujet des critiques au mariage homosexuel. Ainsi, elle critique le fait que les débats *mainstream* sur le mariage homosexuel n'aient pas considéré ces critiques féministes et *queer*. Ces parties de son livre ne seront pas reprises dans le cadre de ce mémoire.

Tout cela se reflète dans la manière de concevoir la famille. Plutôt que de réfléchir à ce que la famille est légalement, il faudrait réfléchir à la manière dont la famille est socialement conçue. Elle montre ainsi qu'il existe plusieurs manières de concevoir et d'expérimenter la famille, et que certaines d'entre elles échappent à la logique monogame. Ces dernières, dit l'auteure, sont exclues du mariage pour les couples de même sexe tel qu'il est conceptualisé. (Barker, 2013 : 166)

D'autre part, dans les cas où le mariage homosexuel a été légalement reconnu, les frontières de l'institution du mariage, identiques pour les couples homosexuels et hétérosexuels, n'ont pas été discutées, que ce soit du point de vue social ou politique. Ainsi en va-t-il de la répartition des rôles et de la distribution des ressources économiques dans un couple hétérosexuel. Cet aspect, qui fait l'objet de vives critiques chez les féministes et au sein des théories *queer*, n'a en rien été modifié par l'introduction du mariage homosexuel. Or de ce point de vue, le mariage homosexuel tel qu'il est conçu ne modifie rien. (Barker, 2013 : 193).

L'extension du mariage aux couples de même sexe est donc, selon Nicola Barker, une occasion manquée de réfléchir autrement à l'institution du mariage, ainsi qu'aux droits et aux devoirs qui le caractérisent. D'après elle, l'extension du mariage aux couples de même sexe n'est donc pas un phénomène à l'origine de plus d'égalité pour les couples homosexuels.

Nicola Barker reconnaît que la loi sur le mariage homosexuel a un impact sur le contexte socio-historique dans laquelle il est introduit, en redonnant ses lettres de noblesse au mariage, duquel les hétérosexuels se désintéressent. Cependant, elle parvient à la conclusion suivante : le mariage homosexuel est un type d'hétérosexualité obligatoire (« *compulsory heterosexuality* ») (Barker, 2013 : 166). Autrement dit, toute forme de reconnaissance légale des rapports affectifs et sexuels se calque, jusqu'à maintenant, sur les réglementations des rapports hétérosexuels, permettant ainsi la persistance de multiples limites et discriminations caractérisant cette institution juridique.

PARTIE II

« Quand les féministes travaillent sur leurs méthodes, elles prennent conscience de ce qu'elles font, et peuvent ainsi mieux le faire. Penser la méthode, c'est une manière de s'auto-conscientiser. »⁴³

(Katharine T. Bartlett, 1990 : 831)

Chapitre IV : Outils de travail

IV.1 La perspective de genre en droit : à la croisée de deux disciplines académiques

Dans cette étude, il ne s'agit pas de parcourir l'historique et l'institutionnalisation de la perspective de genre dans le milieu académique (Parini, 2006 - Scott, 1986). Mon but n'est pas non plus de reconstruire une anthologie des études juridiques féministes ou du développement de la perspective de genre en droit (Buchler, Cottier, Hotz, 2012). Cela demanderait en effet d'avoir recours à une méthodologie différente de celle que je propose ici. Par ailleurs, il me faudrait avoir des connaissances encyclopédiques sur le sujet – que je ne prétends pas avoir – et de viser l'exhaustivité. Or le volume de ce travail ne s'y prête pas.

L'épistémologie des théories juridiques féministes à l'origine du développement et de la partielle institutionnalisation de la perspective de genre en droit révèle l'existence de différents courants de pensées, parfois fortement contrastés. En effet, dans cette approche féministe du droit il est possible de retracer quatre courants de pensée : la théorie libérale, la théorie relationnelle, la théorie radicale, la théorie anti-essentialiste.

La théorie libérale, développée au début du XIX^{ème} siècle, visait à questionner les différences

⁴³ La version originale de la citation (en anglais) : « *As feminists articulate their methods, they can become more aware of the nature of what they do, and thus do it better. Thinking about method is empowering.* » (Katharine T. Bartlett, 1990 : 831)

entre les femmes et les hommes sur le plan juridique. Elle s'est interrogée sur l'exclusion des femmes du droit de vote, l'attribution du nom de mari comme nom de famille, ou encore à la différence d'âge de départ à la retraite entre femmes et hommes. L'introduction de mesures d'ordre législatif était considérée comme le moyen de réaliser l'égalité formelle entre femmes et hommes, en accordant par exemple aux femmes le droit de vote. Cette théorie n'envisageait toutefois pas de remettre en question le système à l'origine d'un traitement différencié entre hommes et femmes.

En opposition à cette théorie libérale, d'autres pistes de réflexions dans une perspective féministe en droit se développent, dans les années 1980, en s'inscrivant dans le courant des pensées critiques du droit. Fondée sur les travaux de la psychologue Carol Gilligan, la théorie relationnelle prend comme point de départ les différences comportementales entre les femmes et les hommes, plutôt que l'égalité absolue entre hommes et femmes revendiquée dans la théorie libérale.

Cette théorie relationnelle critique le fait que les normes juridiques reposeraient sur des qualités relationnelles correspondant aux valeurs masculines ancrées notamment dans la violence. Cette théorie relationnelle incite à prendre en considération des valeurs considérées comme féminines, telles que le dévouement, l'altruisme et la recherche de solutions.

Sur un plan juridique concret, la théorie relationnelle préconise la résolution des conflits par l'accès à la médiation et à la conciliation. Cette théorie ne prend pas en considération le fait que ces différences comportementales entre femmes et hommes sont socialement construites, et à déconstruire.

A rebours, la théorie radicale cherche à démontrer que les qualités relationnelles attribuées aux femmes ne sont ni innées, ni choisies, mais imposées par un système inégalitaire et sexiste. Elle vise à déconstruire la subordination des femmes dans le système juridique, et s'intéresse particulièrement à la question du viol, de la pornographie et de la publicité sexiste. La juriste Catherine MacKinnon est une figure importante de cette théorie radicale. Cependant, l'un des pièges de cette théorie est de confiner les femmes dans un statut de victime, sans prendre en compte la marge d'autonomie dont les femmes peuvent disposer.

Ces différents courants théoriques ont ensuite été critiqués car élaborés par des femmes blanches, hétérosexuelles et issues de la classe bourgeoise. Des juristes américaines, femmes et noires, ont développé une théorie anti-essentialiste, en retenant que les discriminations

juridiques en raison du sexe et de l'orientation sexuelle sont imbriquées avec d'autres éléments : sexe, race, ethnie, classe, handicap, âge (Crenshaw : 1989). Le principal apport de ces travaux réside dans le développement du concept d'intersectionnalité. Cet outil d'analyse sera présenté dans le paragraphe IV.3

Comme j'ai pu le mettre en évidence dans ce bref descriptif des courants théoriques féministes qui se développent en droit, ces approches sont parfois très différentes, comme est leur manière de faire usage du droit. Or, bien conscient que le développement de la perspective de genre en droit est le fruit de ces théories juridiques féministes, dans l'approche retenue ici, cette perspective n'est pas l'addition de connaissances appliquées à un sujet donné, mais l'adoption d'une nouvelle focale obtenue par la rencontre de deux disciplines académiques : le droit et les études genre.

Pour mieux comprendre l'apport du croisement de ces deux disciplines dans la perspective de genre en droit, il nous faut revenir sur trois éléments qui la caractérisent : l'exclusion, la domination et la transdisciplinarité.

En effet, c'est de l'exclusion partielle des femmes du monde académique et social que naissent les études des femmes, puis féministes et enfin de genre (Parini, 2006). Si, dans un premier temps, ces études ont cherché à redonner toute leur place aux femmes, tant dans l'histoire et le monde social, elles ont, dans un deuxième temps, focalisé leur attention sur la nature des rapports entre les hommes et les femmes. De nouveaux axes de questionnements et de réflexions ont surgi, à commencer par l'analyse de la façon dont les caractéristiques sexuelles des sujets (femelle/mâle) donnent naissance à des rapports de domination et structurent nos rapports sociaux. Ainsi, ces études s'attèlent à démontrer que les rapports de sexe, les définitions supposément naturelles des sexes et les attributions genrées⁴⁴ assignées à partir du sexe, sont en réalité des constructions sociales insérées dans des rapports de pouvoir.

Un autre concept caractéristique de cette perspective est celui de domination. En effet, si ces études cherchent à analyser les distinctions sexuelles telles qu'elles sont définies socialement, elles visent également à décrypter la manière dont ces distinctions - liées au sexe et aux sexualités - façonnent les rapports de domination.

⁴⁴ Les attributions genrées (« *gendered attributions* ») sont l'attribution différenciée - selon les sexes - d'attitudes comportementales, de manières de se comporter, de s'habiller, de bouger etc. « *Et ces assignations genrées (gendered attributions) peuvent faciliter ou empêcher le développement d'une cause* » (Fillieule, Roux. (dir.), 2009 : 35)

Le *Dictionnaire Genre et Science politique* (2013), écrit sous la direction de Catherine Achin et Laure Bereni, comprend plus de 40 notices « mettant en évidence les apports des études sur le genre pour leur appréhension » (Achin, Bereni, 2013 : 14). Au travers des entrées « domination/pouvoir » et « droit », les auteures s'attachent à déconstruire la domination politique et institutionnelle sous l'angle du genre et dans sa dimension socio-politique. Elles démontrent également que le droit est un acteur légitimant parfois cette domination politique et institutionnelle.

Comme la politiste Lorena Parini le démontre dans la notice « domination/pouvoir » (Parini *in* Achin/Bereni (dir.) 2013 : 189), l'utilisation d'une grille de lecture genrée de la science politique est permise par un déplacement épistémologique. Les corps des hommes et des femmes et leurs comportements sexuels deviennent le centre d'intérêt d'une nouvelle manière de penser la science politique. Cette perspective questionne la frontière entre le privé et le public, révélant ainsi des formes de dominations cachées ou ignorées.

En ouverture de la notice « droit », la juriste Karine Lempen affirme que le droit est l'un des instruments sur lequel il est nécessaire de se pencher afin de déconstruire ces dominations cachées ou ignorées. Elle prend pour fil rouge ce double questionnement :

« (...) dans quelle mesure le droit reflète-t-il les inégalités entre femmes et hommes qui structurent la société ? Deuxièmement, de quelle façon le discours juridique (lois, jurisprudence, doctrine) contribue-t-il à perpétuer et à renforcer ces inégalités ? (Lempen in Achin/Bereni (dir.) 2013 : 190)

Le point de départ de la perspective de genre en droit consiste ainsi à inclure les dominé·e·s dans la critique du droit. La perspective de genre en droit cherche à déconstruire le droit à partir d'une analyse du vécu des personnes dominé·e·s du fait de leur sexe, de leur sexualité et de leur expression de genre, comme l'ont fait auparavant les théories juridiques féministes.

En 1990, la professeure de droit Katharine Bartlett a signalé dans l'article « *Feminist legal methods* » que les techniques d'une analyse juridique féministe en droit naissent dans un contexte d'exclusion. En ce sens, elles s'articulent autour de la « question féminine » (« *Woman Question* ») (Bartlett, 1990), et amènent à se demander : Où sont les femmes ? Comment sont-elles traitées par le droit et la jurisprudence ? Où sont les noir·e·s ? Comment sont-elles/ils traité·e·s par le droit et la jurisprudence ? Plus récemment, ces chercheuses et chercheurs se sont aussi demandé : Où sont- les personnes LGBTQIA ? Comment sont-

elles/ils traité·e·s par le droit et la jurisprudence ? Autrement dit, on assiste récemment à une conversion de la question du genre en la question des exclu·e·s (« *converting the Woman Question into the Question of the Excluded* ») (Bartlett, 1990 : 847)

Cette nouvelle focale que représente la perspective de genre en droit est novatrice, car elle suggère d'imaginer le droit sur la base de la réalité sociale concrète, et notamment de l'exclusion. Le formalisme juridique et la hiérarchisation entre le droit et la réalité sociale deviennent secondaires. C'est à partir de la réalité des dominé·e·s que le formalisme juridique tout comme la supériorité du droit sont révisés. Ce point de vue défini rejette l'objectivisme (« *positionality rejects the objectivism* ») (Bartlett, 1990). Autrement dit, le fait que la perspective de genre en droit soit partielle et située - puisque liée à une réalité sociale donnée - amène à une critique et à un rejet de l'objectivisme et du formalisme. L'épistémologie féministe a démontré comment toute forme de savoir académique qui se masque sous forme d'une neutralité axiologique est située et partielle, liée à la pensée de celles et ceux qui la produisent (Haraway (1988), 2007) - (Kapur, 2002).

Cependant, affirmer que le savoir produit est situé et partiel ne revient pas à dire que l'ensemble des critiques et des analyses ne sont pas démontrées et justifiées sur la base de données rationnelles. En même temps, cette perspective, comme toute autre approche féministe, a bien démontré qu'il n'existe pas de vérité absolue et immuable, mais qu'au contraire la vérité s'énonce dans le contexte spécifique qui la produit (Haraway, 2007). La portée de cette nouvelle approche n'est pas circonscrite au débat féministe. Elle est en effet porteuse d'une logique critique qui s'applique à toute forme de domination et de discrimination, et elle est particulièrement efficace dans l'analyse des formes de dominations à leurs intersections (Crenshaw, 1989).

La troisième et dernière caractéristique de la perspective de genre en droit qu'il me paraît important de présenter ici est la transdisciplinarité. Si l'on s'en tient à la forme qu'a prise l'institutionnalisation des disciplines dans les universités, une faculté de droit n'a généralement rien à voir avec une faculté de lettres ou de sciences de la société où les études genre sont le plus souvent institutionnalisées. La perspective de genre en droit va bien au-delà des ponts parfois inexistantes entre les institutions académiques. Elle s'inscrit en effet dans un processus historique démarré il y a plusieurs décennies, qui incite le droit à s'ouvrir à la société, à sa réalité concrète et aux études qui la caractérise, parmi lesquelles les études genre.

Pour la juriste et sociologue Michelle Cottier, la rencontre entre les études juridiques et les études sociales devrait inévitablement mener à une transformation du champ académique et des structures de pouvoir légitimées par le droit, notamment dans les domaines des rapports affectifs-sexuels et de la définition légale des formes de familles.

« (...) Je propose d'envisager la véritable recherche transdisciplinaire comme un moyen de développer des solutions innovantes pour des familles complexes (...). La transdisciplinarité commence à partir d'un problème de la vie réelle et associe différentes disciplines dans l'objectif de résoudre ce problème. (...) »⁴⁵ » (Cottier, 2014 : 213)

C'est dans la transdisciplinarité de la perspective de genre en droit que j'inscris mon mémoire. Je suis en effet convaincu que le genre et en particulier l'étude des sexualités constitue un outil nécessaire d'analyse du droit, qui puissent bénéficier aux dominé·e·s.

A ce sujet, les mots de la nouvelle préface de la revue *Droit et Société* datant de 1986 m'apparaissent significatifs. Ils soulignent en effet la potentialité d'un savoir « impur » entre droit et sciences sociales à même de déconstruire les rationalités d'un système normatif. C'est cette perspective que j'ai choisi de retenir.

« Nous sommes un certain nombre à avoir combattu, à un titre ou à un autre, avec des arguments qui se ressemblent souvent beaucoup. Nous avons dénoncé la démarche de nos devanciers qui tendait à la purification de l'objet, et nous nous sommes précisément regroupés, au nom de son « impureté », non pas tant par esprit de contradiction que parce que nos recherches nous ont enseigné que le droit est un phénomène historique, culturel et social autant que logique, ce qui nous permet de ne pas récuser l'hypothèse selon laquelle il y a une place pour une étude des types de rationalité qui l'animent, » (Arnaud, 1985 : 11)

⁴⁵ La version originale de la citation en anglais « (...) I would like to suggest genuine transdisciplinary research as a means of developing innovative solutions for complex families in inheritance matters. Transdisciplinarity starts from a real life problem and brings different disciplines together with the goal of solving the problem. » (Cottier, 2014 : 213)

IV.2 Un arrêt comme terrain juridique et socio-politique

Dans la continuité des éléments précédemment présentés, je conçois l'arrêt Oliari comme un terrain de recherche à la fois juridique et socio-politique. Les conséquences sociales qui découlent d'un arrêt rendent nécessaire la lecture de son discours jurisprudentiel d'un point de vue à la fois juridique et inspiré des sciences sociales. Si l'on considère qu'un arrêt peut contribuer à la déconstruction d'une série des stéréotypes sociaux liés aux questions de genre et de sexualités, le droit devient « complémentaire » aux sciences sociales, et vice-versa.

La révision de l'arrêt Oliari permettra de reconstruire le débat jurisprudentiel italien de ces dernières années relatif à l'extension du droit au mariage aux couples de même sexe. Un paragraphe de la révision de l'arrêt s'attardera sur la façon dont les cours italiennes ont modifié leurs avis au long de ces dernières années au sujet du mariage homosexuel.

Une comparaison avec d'autres jurisprudences internationales me donnera l'occasion de mettre en exergue la manière dont certaines cours - comme la Cour suprême des États-Unis - ont joué un rôle dans la déconstruction de l'hétérosexualité du mariage, avant même que le législateur intervienne dans ce domaine.

En analysant la *vacatio legis* à propos de la reconnaissance légale, je mettrai en évidence le fait qu'une réalité sociale - celles des familles homosexuelles italiennes - soit longtemps restée ignorée par le droit italien.

A travers leur recours auprès de différents degrés de la jurisprudence italienne - et ce jusqu'à la cour constitutionnelle en 2010 - les couples Oliari et autres ont interrogé les juristes italiens au sujet de l'interprétation du principe d'égalité dans l'application de la législation du mariage aux couples de même sexe. De même, ils ont questionné, de par leur geste, la conformité de la législation italienne existante pour le seul mariage hétérosexuel au principe d'égalité prévu dans la CEDH.

L'arrêt Oliari est le seul à avoir été prononcé envers l'Italie à ce sujet et, de manière générale, l'arrêt le plus récent de la Cour de Strasbourg sur ce thème. Il s'agit pour moi de reconstruire en partie l'évolution de la jurisprudence européenne sur ce sujet. Sachant que 47 pays - dont la Suisse - font partie du Conseil de l'Europe, il sera intéressant d'examiner la « pensée » jurisprudentielle d'une institution juridique qui définit - entre autres - le principe d'égalité au niveau européen.

Le contenu de l'arrêt Oliari et des autres arrêts des tribunaux nationaux et internationaux sur le mariage homosexuel seront analysés au prisme de la perspective de genre en droit. Les questions suivantes me serviront ici de guide : ces tribunaux évoluent-ils vers la reconnaissance du droit au mariage pour les couples homosexuels ? Selon les juges des instances européenne et italienne, les couples homosexuels et hétérosexuels ont-ils droit à une égale législation sur le mariage ? La requête d'une extension du mariage aux couples de même sexe est-elle considérée par les juges de Strasbourg ou les juges nationaux comme un droit humain reconnu par la CEDH ou la Constitution de la République italienne?⁴⁶

En mettant en relief toutes les argumentations sociales et non-juridiques qui façonnent ce discours jurisprudentiel, je chercherai à démontrer que l'arrêt Oliari est en même temps un terrain juridique et socio-politique. Je montrerai ainsi qu'un arrêt s'inscrit dans une historicité déterminée : il est la conséquence d'étapes d'ouverture qui l'ont précédé, comme il en conditionne de nouvelles. L'arrêt de la CrEDH du 21 juillet 2015 suit un autre arrêt important à ce sujet (*Schalk and Kopf v. Austria*, CrEDH, du 11 novembre 2010), et ouvre indirectement la porte à l'actuel procès législatif italien sur la reconnaissance légale des couples de même sexe. Par ailleurs, il s'inscrit dans un contexte géopolitique européen où les questions liées aux sexualités sont devenues centrales.

En effet, en analysant les impacts législatifs et politiques de la version originale de l'arrêt Oliari sous une perspective de genre en droit je démontrerai en quoi un discours jurisprudentiel se lie à un contexte politique donné. Il est d'une part la conséquence de celui-ci mais aussi son origine, notamment dans le domaine de la reconnaissance légale des couples de même sexe.

IV.3 Le « projet de jugements féministes » comme méthodologie de travail

La deuxième partie de ce mémoire a pour objectif d'analyser l'arrêt Oliari, dans une perspective de genre en droit, en premier lieu en la révisant et en deuxième lieu en vérifiant ses effets politiques et législatifs.

Pour l'exercice de révision, je m'inspire du *Feminist Judgments Projet – From theory to*

⁴⁶ La thématique d'une reconnaissance légale des couples de même sexe grâce au mariage est imbriquée dans de nombreuses questions, comme celle de l'homoparentalité, de la maternité de substitution et des politiques migratoires (notamment lorsqu'un·e des partenaires du couple est étranger·ère). Vu la taille de ce mémoire je me limiterai à l'analyse de la façon dont le mariage homosexuel a été défini par la CrEDH.

practice, un texte publié en 2010 sous la direction de Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley.

Soixante chercheuses et chercheurs, doctorantes et doctorants de plus de trente universités à travers le monde, rattaché·e·s aux départements de *Social and Legal Studies* et de *Law, Gender and Sexuality*, ont pris part à ce projet. A la suite d'une série de *workshop* préparatoires, ce projet a consisté à réviser 23 arrêts prononcés par des cours de différents degrés de juridictions dans les domaines du droit civil, pénal, public, etc. Autrement dit, il avait pour ambition, pour reprendre les termes des professeures à l'origine du projet : « (...) *d'inaugurer une nouvelle forme de recherche juridique critique qui cherche à démontrer d'une manière soutenue et de façon rigoureuse comment les jugements auraient pu être rendus autrement.* »⁴⁷ (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 3)

Ce projet résulte du constat d'une prise en compte encore trop partielle par les systèmes juridiques des revendications portées par la seconde vague féministe en termes de droit. C'est notamment le cas dans les domaines de l'égalité entre femmes et hommes dans le monde du travail, le droit de la famille, l'accès au pouvoir politique ou la lutte contre les violences et notamment le harcèlement sexuel. Très souvent, les États ont inscrit ces revendications dans le formalisme juridique, sans que les bases de la structure hétéronormative du droit ne soient remises en cause. Les auteur·e·s du projet de « jugements féministes » « *Feminist Judgments* » ont révisé ces arrêts dans le but de proposer un discours juridique novateur qui s'inspire de l'idée de construction d'une égalité qui revoit les fondements du système de droit patriarcal et hétérosexuel.⁴⁸

Par ailleurs, les jug·e·s pourraient jouer un rôle très important dans cette révision du droit (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 3), puisqu'elles et ils sont appelé·e·s à appliquer sur le plan concret le principe d'égalité. Les effets d'un arrêt peuvent en ce sens apporter des changements considérables. C'est donc dans l'interprétation que les jug·e·s font de l'application d'une loi que se jouerait potentiellement cette transformation. (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 5)

⁴⁷ Traduction de l'auteur du mémoire et citation originale : « (...) *to inaugurate a new form of critical legal scholarship, one which seeks to demonstrate in a sustained and disciplined way how judgments could have been decided differently.* »

⁴⁸ En ce sens, la remise en question du principe de l'égalité de la part des revendications féministes et LGBTQIA, à partir des années 70-80, a démontré que l'égalité formelle et substantielle ne se suffit pas à elle seule, et qu'une nouvelle manière d'imaginer et d'écrire le droit dans une perspective égalitaire est fondamentale. Cf *infra*.

Reste encore à définir en quoi l'approche de genre en droit serait innovante et se différencierait d'autres approches juridiques dans les commentaires/révisions qu'elle fait d'un arrêt. L'introduction du projet de « jugements féministes » « *Feminist Judgments* » fournit, à ce niveau, des éléments clés de compréhension, présentés ci-après.

Dans l'introduction du livre inspiré par le « Projet de jugements féministes », *Feminist Judgments Project*, les professeures qui coordonnent cette recherche désignent quatre principes caractéristiques de cette manière innovante d'appréhender le droit pratique (les arrêts) dans la perspective de genre en droit : a) Raconter différemment l'affaire (*Telling the Story differently*) b) Introduire le contexte matériel de l'affaire (*The introduction of contextual material*) c) Déconstruire les stéréotypes de genre (*Challenging Gender Bias*) d) Offrir une analyse anti-essentialiste (*Anti-Essentialism*)

En premier lieu, les participant·e·s de ce projet ont mis en évidence le caractère essentiel de la manière dont les juges racontent les faits dans un jugement. Lorsqu'une cour suprême émet un jugement, elle vise un très large public qui n'inclut pas uniquement les expert·e·s. Lorsqu'elle est internationale, son audience ne se limite pas à un seul pays. Donc, les jurist·e·s doivent être conscient·e·s de l'importance du langage utilisé. (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 37) Le large public destinataire d'un arrêt évoque l'idée d'un langage juridique qui, pour être persuasif, doit sortir du formalisme dans lequel il est confiné.

Pour expliquer ce qu'elles considèrent comme une manière différente de raconter l'affaire « *telling the story differently* », les participant·e·s du « Projet de jugements féministes » (*Feminist Judgments Project*), font référence aux études littéraires et sociologiques qui ont démontré que la façon de raconter une histoire a des impacts sociaux et politiques. Par ailleurs, si l'histoire racontée - dont certains détails sont considérés comme secondaires ou peu importants - s'inscrit dans un discours juridique, l'impact de l'histoire décrite a ses effets inévitablement décuplés, car elle se voit légitimée par le droit. (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 46)

En deuxième lieu, les jurist·e·s du « projet de jugements féministes » (*Feminist Judgments Project*) affirment qu'il est fondamental que le contexte matériel et social dans lequel les faits s'inscrivent soit pris en considération. En effet, cela permet de ne pas limiter le jugement à la vérification de la conformité du cas à la loi, mais de considérer également les effets que le contexte a sur l'application de la loi et sur la conformité du cas particulier à la loi. Dans le cas

de la révision de l'arrêt Oliari, je m'attarderai notamment sur le contexte de *vacatio legis* ainsi que sur les formes de discriminations sociales subies par les familles homosexuelles italiennes.

Le troisième élément qui doit être pris en compte pour l'analyse d'un arrêt dans une optique de genre en droit, selon les auteur·e·s du « projet de jugements féministes » est de réfléchir, dans la révision et les commentaires d'un arrêt, à tous les stéréotypes liés aux questions de genre et de sexualités qui peuvent surgir dans une affaire où ces questions apparaissent centrales. D'après ces auteur·e·s, il est important de vérifier si ces stéréotypes ont été suffisamment déconstruits par les jug·e·s dans l'arrêt original et de vérifier si ces mêmes stéréotypes n'ont pas été déterminants dans le jugement original prononcé. Par ailleurs, les participant·e·s de ce projet nous rappellent que les stéréotypes doivent être considérés de manière transversale et intersectionnelle.

Dans le cas spécifique de cette étude, la révision de l'arrêt Oliari conduira à la déconstruction du paradigme du mariage hétéronormatif. Ainsi, nous aurons l'occasion de réfléchir à la manière dont la déconstruction d'un stéréotype se rapporte à l'idée d'une égalité non-stéréotypée.

Une analyse anti-essentialiste (*anti-essentialism*) est le quatrième élément à prendre en compte pour la révision d'un arrêt par le biais d'une approche féministe. Celle-ci est directement liée à la déconstruction des stéréotypes. En effet, les stéréotypes liés au genre et aux sexualités qui essentialisent les différences sur la base de la nature de « la femme », de « l'homme » et de « la sexualité » en tant que sexualité hétérosexuelle et reproductive, doivent être déconstruits pour rompre avec les bases légales qui imprègnent parfois les stéréotypes. (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010 : 41) Cette déconstruction doit nécessairement s'accomplir de manière intersectionnelle. Elle vise à déconstruire certaines catégories légales prédéfinies, comme le mariage qui ne pourrait se concevoir que dans un cadre hétérosexuel.

L'intersectionnalité est un outil important pour combattre les formes de discriminations qui trouvent leur origine dans les stéréotypes liés au genre et aux sexualités, vu qu'elle permet d'aborder leurs intersections. La première formulation épistémologique de l'intersectionnalité en tant qu'outil d'analyse a été réalisée par l'avocate afro-américaine Kimberlé Crenshaw en 1989.

En travaillant sur les violences à l'égard des femmes afro-américaines, elle a cherché à mettre en évidence les discriminations faites aux femmes noires, situées au croisement de deux catégories de domination parce que femmes et noires. Son analyse a été faite de « *façon géométrique* » (Dorlin, 2005 : 91), en opposition à la « *façon arithmétique* » (Dorlin, 2005 : 91) qui consiste à séparer chaque rapport de domination puis à additionner les discriminations.

Cependant, cette théorie épistémologique représente aussi des mobilisations et un programme politique des femmes noires, exclues et discriminées par les femmes blanches tout comme par les hommes noirs, sans qu'elles réussissent nécessairement à échapper aux logiques de catégorisation des dominant·e·s. Ce champ de recherche relativement récent est traversé par des conflits, dus aux différences entre le développement de la théorie aux Etats-Unis et en France (Naudier et Soriano, 2010) (Jaunait et Chauvin, 2012), et à la difficulté de « *faire* » de l'intersectionnalité en partant « *du* » cadre des structures de domination et de leur langage ou en sortant complètement de celles-ci.⁴⁹

En conclusion, le « projet de jugements féministes » « *Feminist Judgments projet* » est avant tout un outil de travail innovant qui reste encore à explorer. Ce mémoire se présente comme un pas dans cette direction. Le premier livre du projet, qui n'a été publié qu'en 2010 et qui s'est inspiré d'un projet similaire au Canada avec « *the Women's Court of Canada (WCC)* », m'a fourni les clés de compréhension d'une manière nouvelle d'imaginer le droit, ambitieuse et innovante. Dans la révision de l'arrêt Oliari, je ne prétends pas imiter les travaux réalisés par les participant·e·s au projet, mais plutôt m'inspirer des quatre éléments qui ont constitué leur méthodologie de travail et les faire miens en vue de ma proposition de révision de l'arrêt. J'espère ainsi pouvoir proposer une nouvelle narration qui soit juridiquement légitime et socialement pertinente.

⁴⁹ A ce propos Dorlin écrit : « *En d'autres termes, l'intersectionnalité est un outil d'analyse qui stabilise des relations en des positions fixes, qui sectorise les mobilisations, exactement de la même façon que le discours dominant naturalise et enferme les sujets dans des identités altérisées toujours déjà-là. À quelles conditions est-il acceptable de penser avec des opérations logiques ou cognitives qui sont les mêmes que celles de la domination ?* » (Dorlin, 2005 : 92)

« En s'appropriant la révision des jugements à des fins féministes, ces juristes se livrent à une forme de performance parodique et subversive. »⁵⁰

(Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley, 2010 : 8)

Chapitre V : Une nouvelle version de l'arrêt Oliari au prisme de la perspective de genre en droit

V.1 Introduction

Dans ce présent chapitre, je proposerai une nouvelle version de l'arrêt Oliari en appliquant la méthodologie du projet des jugements féministes, selon les quatre pistes d'analyse qui ont été évoquées dans le chapitre précédent : a) Raconter différemment l'affaire b) introduire le contexte matériel de l'affaire c) déconstruire les stéréotypes de genre de l'affaire d) offrir une analyse anti-essentialiste de l'objet de l'affaire.

Cette nouvelle écriture de l'arrêt Oliari vise à démontrer de quelle manière les jug·e·s de Strasbourg auraient pu écrire sur la même affaire en suivant la méthodologie du projet de jugements féministes. En premier lieu, les couples homosexuels italiens qui font recours seront présentés dans l'arrêt en tant que familles plutôt qu'en tant que requérant·e·s « *the applicants* ». Cet aspect introduit dans la version originale aurait permis dès le début de l'arrêt d'attribuer une dignité juridique et sociale aux familles homosexuelles qui font ce recours.

En deuxième lieu, même si dans l'arrêt original est pris en considération l'état de discrimination dans lequel les familles homosexuelles italiennes sont, dans la nouvelle version que je propose d'autres aspects statistiques liées aux discriminations sont davantage mis en évidence.

⁵⁰ Citation originale : « *By appropriating judgment-writing for feminist purposes, the judgment - writers engage in a form of parodic - and hence subversive performance.* » (Rosemary Hunter, Clare McGlynn, Erika Rackley, 2010 : 8)

En troisième lieu, le stéréotype juridique du mariage réservé aux seuls couples hétérosexuels est déconstruit au travers d'autres extraits d'arrêts nationaux et internationaux. Sur ce point la version originale de l'arrêt est très ambiguë.

Enfin, je considère que la CrEDH aurait pu inciter le législateur italien à légiférer dans le domaine des familles homosexuelles italiennes au travers de l'introduction d'une nouvelle institution innovante, égalitaire et anti-essentialiste. Cet élément constitue la toute dernière partie de cette nouvelle version de l'arrêt.

Je propose cette nouvelle version de l'arrêt Oliari sous la perspective de genre en droit en me positionnant à la place de la Cour de Strasbourg. Cette version se construit autour de quatre paragraphes, avec des introductions qui expliquent la démarche suivie dans chacun des quatre paragraphes. Par ailleurs, chaque paragraphe est numéroté, comme c'est le cas pour tous les types d'arrêts.

Afin que la lectrice ou le lecteur puissent comprendre les différences entre la version originale de l'arrêt Oliari et la proposition d'une réécriture de l'arrêt selon le projet de jugements féministes, j'introduis des encadrés avec certains passages en anglais de la version originale de l'arrêt Oliari.

Ici, il ne s'agit pas de réécrire entièrement l'arrêt Oliari, mais de présenter autrement certains des éléments qui le caractérisent. En effet, pour l'intégralité de l'arrêt original et de son contenu, je renvoie à la lecture de ce dernier, alors que mon analyse se porte sur certains points spécifiques qui méritent à mon sens d'être reformulés.

V.2 Raconter différemment l'affaire

La méthodologie du projet de « jugements féministes » suggère que lorsque les cours qui prononcent l'arrêt sont des cours suprêmes, les jug·e·s doivent être conscient·e·s que l'impact de l'arrêt va bien au delà des personnes impliquées directement dans l'affaire. L'arrêt devient un exemple à suivre non pas seulement dans le milieu juridique mais aussi dans les milieux culturels et associatifs, ainsi que dans les médias.

Par conséquent, un arrêt qui peut avoir une très large ampleur doit être rédigé selon le projet de jugements féministes dans un langage le moins formel possible et lisible au delà des réseaux juridiques, notamment dans la partie comportant la narration des personnes à l'origine du recours. La terminologie utilisée dans la présentation des faits et des personnes devient centrale. La sortie du formalisme juridique représente déjà un moyen pour la construction d'une culture sociétale plus égalitaire. La version originale de l'arrêt présente les trois couples homosexuels italiens en tant que requérant·e·s « *applicants* ». Je les présenterai en tant que familles.

Dans ce premier encadré de couleur bleue, sont contenus des extraits de la version originale de l'arrêt (en anglais), où les trois couples homosexuels italiens sont présents en tant que requérant·e·s « *applicants* », suivi de la révision de l'arrêt où ces couples homosexuels seront définis comme familles et où sera reconstruite une définition juridique de famille, afin de démontrer comment l'orientation sexuelle n'est pas un obstacle, juridiquement parlant à la constitution d'une famille. L'usage du terme famille a pour objectif de souligner l'existence sociale des familles homosexuelles (avec ou sans enfants) dans un cadre juridique, et de contribuer ainsi à une culture égalitaire et à la déconstruction des stéréotypes. En effet, la famille est dans l'imaginaire collectif le point de départ des liens sociétaux. Il apparaît donc pertinent de ne pas la confiner à une sexualité déterminée, en empêchant à toutes les formes des familles d'avoir une même dignité sociale et juridique.

PROCEDURE

1. The case originated in two applications (nos. 18766/11 and 36030/11) against the Italian Republic lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by six Italian nationals, Mr Enrico Oliari, MrA., Mr Gian Mario Felicetti, Mr Riccardo Perelli Cippo, Mr Roberto Zaccheo and Mr Riccardo Zappa (“the applicants”), on 21 March and 10 June 2011 respectively.

2. The first two applicants were represented by Mr A. Schuster, a lawyer practising in Trent. The remaining applicants were represented by Ms M. D’Amico, Mr M. Clara and Mr C. Pitea, lawyers practising in Milan. The Italian Government (“the Government”) were represented by their Agent, Ms Ersiliagrazia Spatafora.

3. The applicants complained that the Italian legislation did not allow them to get married or enter into any other type of civil union and thus they were being discriminated against as a result of their sexual orientation. They cited Articles 8, 12 and 14 of the Convention.

1. Cet arrêt a pour objet les recours de trois familles homosexuelles italiennes qui se plaignaient du fait que leur statut social de famille n’est pas reconnu par l’Etat italien. En effet, au moment de leur recours aucune législation en Italie n’est prévue pour les familles homosexuelles. Par ailleurs, les requérant demandent l’accès à la législation italienne sur le mariage, qui représente l’institution juridique italienne la plus développée en faveur de la famille.
2. En effet, plusieurs éléments démontrent comment ces trois familles homosexuelles italiennes constituent *de facto* des familles. Des liens de solidarité sociale - assistance mutuelle et réciproque - existent entre ces personnes, qui demandent une reconnaissance légale.
3. Par ailleurs, dans leur recours ces familles démontrent avoir cohabité ensemble depuis plusieurs années (au moins deux années). Ce point est aussi vérifiable d’un point de vue juridique puisqu’ils se sont présentés ainsi auprès de différentes institutions italiennes - municipalités et tribunaux - afin d’obtenir une reconnaissance légale et officielles de leurs familles, au travers du mariage. Cette reconnaissance leur a toujours été niée car la législation italienne reconnaît le mariage - comme instrument légitimant l’existence d’une famille - qu’aux seuls couples hétérosexuels.

4. Une description de ces trois familles suivra dans les paragraphes suivants. Cela permettra de mieux comprendre en quoi et comment ces trois couples d'hommes italiens sont définissables comme familles, d'un point de vue juridique.
5. En juillet 2008, la famille Oliari et M. A.⁵¹ demande après plusieurs années de cohabitation d'obtenir la reconnaissance juridique que l'Etat italien réserve aux familles, au travers le mariage. Cette demande de mariage est faite à l'office d'État civil de la Commune de Trente. Le 25 juillet 2008, cette demande est refusée par l'officier d'État civil. Pour justifier son refus, il s'appuie sur la législation du code civil italien qui stipule que le mariage est réservé qu'aux seuls couples hétérosexuels.
6. La famille Oliari et M. A. portent un recours au tribunal de première instance de Trente. Ce tribunal confirme la légalité du refus de l'officier d'État civil de la Commune de Trente puisque le code civil italien réserve le mariage aux seuls couples hétérosexuels. Cette famille dépose à nouveau un recours, cette fois-ci en première instance auprès de la Cour d'appel de Trente. Cette Cour affirme que l'interprétation de la conformité constitutionnelle de la législation du code civil italien sur le mariage n'est pas unanime. Elle fait donc recours à la Cour constitutionnelle italienne afin qu'elle se prononce sur ces propos.
7. En effet, la Constitution italienne à l'article 29 prévoit que « *La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi, en vue de garantir l'unité de la famille.* »⁵² La Constitution italienne reconnaît donc que la famille représente un élément sociétal naturel vu qu'il existe de manière indépendant de l'Etat, mais qu'elle trouve une reconnaissance de la part de l'Etat, au travers du mariage. La connotation hétérosexuelle du mariage et par conséquence de la famille est donc absente de la définition qui est fourni par la Constitution.
8. L'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n°138/2010 en répondant à la demande de la Cour d'appel de Trente n'autorise pas le mariage à la famille de M. Oliari et M. A., et prononce un arrêt que ne définit pas de manière claire ce qui pour la Cour constitutionnelle italienne constitue une famille.

⁵¹ La personne en couple avec Enrico Oliari a souhaité que son identité ne soit pas rendue publique dans les documents du procès. Son droit à l'anonymat est également respecté dans ce mémoire.

⁵² Tous les extraits sont traduits par l'auteur du mémoire

9. Les autres familles homosexuelles ayant fait recours auprès de cette Cour sont dans une situation similaire à celle de la famille Oliari et M. A. En effet, la famille de M. Felicetti et Zappa démontrent le fait d'être famille du fait du soutien moral et financier qui caractérise leur couple.
10. En effet, ils sont en couple depuis 2003. En 2004 M. Felicetti décide d'entreprendre une nouvelle formation. M. Felicetti ne percevant dès lors plus de revenus, il est soutenu financièrement par M. Zappa.
11. En 2005, ils emménagent ensemble et écrivent au Président de la république italienne au sujet des grandes difficultés rencontrées par les familles homosexuelles italiennes, en demandant l'introduction des unions civiles accessibles aux couples homosexuels.
12. En 2008, ils enregistrent leur cohabitation auprès de leur commune de résidence. Ils se désignent réciproquement administrateur légal en cas d'incapacité de l'autre (*amministratori di sostegno*).
13. Le 19 février 2011, ils demandent à l'office de l'État civil de leur commune de se marier.
14. Le 9 avril 2011, l'officier d'État civil refuse l'autorisation au mariage, pour les mêmes raisons que celles invoquées par l'officier d'État civil de la Commune de Trente dans la demande portée par la famille Oliari et A.
15. Ils décident de ne pas s'opposer à ce refus, du fait de l'arrêt 138/2010 de la Cour constitutionnelle italienne (instance juridique suprême) et de recourir directement auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.
16. Le récit d'une famille existant socialement mais non reconnue juridiquement, se retrouve dans la troisième famille qui a fait recours auprès de cette Cour, toujours au motif du manque d'une législation pour les familles homosexuelles italiennes.
17. En 2002, le couple de M. Perelli Cippo et M. Zacheo s'engagent dans une relation et décident d'emménager ensemble. Ils décident aussi de régler leur cohabitation au travers d'actes concrets et officiels. En 2006, ils ouvrent un compte bancaire conjoint. En 2007, ils enregistrent leur cohabitation auprès de la commune de Milan.
18. En 2009, ils demandent à la commune de Milan l'autorisation de se marier. Le 3 novembre,

l'officier d'État civil, en vérifiant la régularité de toute la documentation fournie par le couple, ne se rend pas compte qu'il s'agit d'un couple homosexuel.

19. Le 5 novembre, dans une nouvelle communication, l'officier de l'État civil refusera d'autoriser le mariage de M. Perelli Cippo et M. Zacheo, en se conformant aux autres officiers de l'État civil, d'autres communes italiennes, qui n'avaient pas reconnu le mariage à d'autres couples homosexuels italiens.
20. Ils décideront de faire un recours auprès du Tribunal de première instance de Milan qui considère, dans son arrêt du 1^{er} juillet 2010 le refus de l'État civil légitime.
21. Dans cet intervalle de temps est intervenu l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 138/2010. C'est la raison pour laquelle plutôt que de faire d'autres recours internes, cette famille décide de recourir directement à la CrEDH.
22. Les trois familles homosexuelles italiennes ayant déposé un recours auprès de cette Cour déplorent que les familles homosexuelles italiennes n'aient aucun type de reconnaissance juridique. Elles estiment que cette situation est caractéristique d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.
23. En conformité avec l'art. 34 de la CEDH, cette Cour peut faire l'objet de requêtes individuelles, ou des personnes physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers se prétendant « victimes » d'un des Etats membre du Conseil d'Europe.
24. Le statut de « victime » est reconnu par cette Cour, lorsqu'un droit fondamental de la CEDH n'est pas garanti par l'État membre. Dans le cas de cette affaire la Cour relève que plusieurs droits ne sont pas garantis aux familles homosexuelles italiennes, en particulier le droit à la famille (art. 8 CEDH) et le droit au mariage (art. 14 CEDH).
25. Par ailleurs, le statut de « victime » est dit « continu » en l'absence d'action d'un État membre au sujet de l'objet du recours. Si celui-ci n'a pas agi, et ne s'est pas montré intéressé à le faire, au travers de la justice ou de la législation, la situation discriminatoire objet du recours continue d'exister et justifie un recours. Dans cette affaire judiciaire, nous avons une violation constante et relevé que l'Italie n'offrait pas une législation aux familles homosexuelles et ne prévoyait pas de le faire rapidement.
26. Comme nous avons pu le voir dans les recours de ces trois familles italiennes, les requérants

sont des familles, au sens juridique du terme, mais sont pourtant privées d'une reconnaissance légale. Différents éléments le confirment : la cohabitation depuis plusieurs années, un compte bancaire commun, le soutien financier au partenaire, ainsi que l'inscription dans un registre des unions stables : « *registro delle unioni civili* ».

27. Cependant, cette situation de vie affective et familiale commune de ces couples n'obtient aucune reconnaissance juridique, comme c'est le cas pour l'ensemble des familles homosexuelles italiennes, malgré l'existence de droits reconnus aux couples hétérosexuels : droits et devoirs des partenaires dans des domaines tels que l'assistance matérielle et morale, choix concernant la vie de famille, les droits de succession, le droit à la pension du/de la partenaire survivant·e, l'assistance à un·e partenaire hospitalisé·e, le droit d'accéder au dossier médical du/de la partenaire, un congé spécial pour aider le/la partenaire en situation de grave handicap, les déductions fiscales applicables aux conjoint·e·s à charge; et l'accès à la co-adoption, l'adoption, la procréation médicalement assistée.

V. 3 Introduire le contexte matériel de l'affaire

Dans ce deuxième paragraphe révisé de l'arrêt Oliari, mon objectif est d'introduire le contexte matériel de l'affaire. Autrement dit, de souligner les discriminations que les familles homosexuelles italiennes subissent du fait de l'absence de législation spécifique, et les raisons pour lesquelles elles ont recours à la CrEDH afin d'obtenir l'accès au mariage.

En effet, la CrEDH dans la version originale se limite à relever qu'une reconnaissance légale des familles homosexuelles italiennes est faite par certaines communes italiennes - dans le cadre des « *registri civili* » - mais cela reste très symbolique.

Ainsi la CrEDH reprend une statistique présente dans le mémoire défensif d'une des parties civiles, l'Association italienne radicale en défense de certains droits, en soulignant comment en Italie il est possible de noter une ouverture de la population envers une reconnaissance légale des couples homosexuels.

Afin de mieux introduire le contexte matériel de l'affaire vis-à-vis de la version originale de l'arrêt, d'une part je détaillerai en quoi le « *registri civili* » ne représente pas une réponse efficace à la demande de reconnaissance légale de la part des couples homosexuels italiens.

D'autre part la même étude statistique citée dans la version originale de l'arrêt sera ici reprise pour souligner les formes de discriminations dans lesquelles les familles homosexuelles italiennes se trouvent, et donc l'importance sociétale de leur reconnaître des droits.

168. The Court takes note of the applicants' situation within the Italian domestic system. As regards registration of the applicants' same-sex unions with the "local registers for civil unions", the Court notes that where this is possible (that is in less than 2% of existing municipalities) this action has merely symbolic value and is relevant for statistical purposes; it does not confer on the applicants any official civil status, and it by no means confers any rights on same-sex couples. It is even devoid of any probative value (of a stable union) before the domestic courts (see paragraph 115 above).

28. Considérant que l'État italien, en privant les familles homosexuelles d'une reconnaissance juridique, les met dans une situation de vulnérabilité et de discrimination - telle qu'elles peuvent être considérées comme victimes, des registres d'unions civiles (« *registri delle unioni civili* ») ont été introduits dans 155 des 800 municipalités italiennes.
29. Les registres d'unions civiles sont créés - à partir de la fin des années nonante - par les offices d'États civils des communes et réservés aux couples homosexuels et hétérosexuels (non mariés), afin d'avoir accès à certains services de compétences des communes, tels que le logement, la santé, les services sociaux, les politiques de jeunesse, les politiques de soutien parental et aux personnes âgées, les sports et les loisirs, l'éducation, l'école et les services éducatifs, le transport.
30. Cependant, vu les avantages restreints liées aux inscriptions au registre, ni les couples homosexuels ni les couples hétérosexuels (non mariés) ont eu recours à ces registres. Des données datant de la fin 2013 démontrent que les inscriptions sont réellement limitées : 9 inscriptions à Cagliari, 20 à Trente, 73 à Florence, 50 à Rome, un peu plus d'une centaine à Turin, une vingtaine à Naples.
31. Par ailleurs, l'adhésion aux « *Registri delle unioni civili* » des communes n'offre pas la reconnaissance du statut de famille que l'État civil reconnaît au travers du mariage. Ainsi, les

autorités locales ne peuvent en aucune façon déroger à la loi relative au mariage et contenue dans le Code Civil, celle-ci étant une compétence exclusive de l'État.

32. En l'absence d'un cadre législatif qui protège directement les familles de même sexe ou hétérosexuels (non mariés), ces décisions des organes administratifs locaux ont provoqué une grande résonance politique et médiatique, plutôt qu'un réel impact sociétal.

144. The ARCD submitted that a survey carried out (amongst Italians aged between 18 and 74) in 2011 by the ISTAT (Italian institute for statistics) found as follows: 61.3% thought that homosexuals were discriminated against or severely discriminated against; 74.8% thought that homosexuality was not a threat to the family; 65.8% declared themselves in agreement with the content of the phrase "It is possible to love a person of a different sex or the same sex, love is what is important"; 62.8% of those responding to the survey agreed with the phrase "it is just and fair for a homosexual couple living as though they were married to have before the law the same rights as a married heterosexual couple"; 40.3% of the one million homosexuals or bisexuals living in central Italy declared themselves to have been discriminated against; the 40.3% increases to 53.7% if discrimination clearly based on homosexual or bisexual orientation is added in relation to the search for apartments (10.2%), their relations with neighbours (14.3%), their needs in the medical sector (10.2%) or in relations in with others in public places, offices or on public transport (12.4%).

33. Tout d'abord cette Cour relève qu'il n'existe pas une étude statistique nationale italienne qui permette de cartographier les nombres de familles homosexuelles italiennes, leurs conditions de vie familiale et qu'elles subissent des discriminations et de quels types. Par ailleurs, les données des registres des unions civiles ne peuvent pas constituer une référence, vu le nombre restreint de couples homosexuels et de couples hétérosexuels (non mariés) inscrits. Le manque de données concernant les familles homosexuelles italiennes signale déjà le peu d'attention portée par les pouvoirs publics.

34. En effet les données de l'unique étude statistique présenté de l'Istat (Institut italien de statistique) de la part de l'Association radicale italienne, de l'année 2011 et intitulée « Discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'origine ethnique », ⁵³ concerne

⁵³ L'enquête a été menée sur un échantillon de 7725 familles réparties dans 660 municipalités italiennes. D'autres aspects des discriminations liés à l'orientation sexuelle ont fait l'objet de l'enquête. (<http://www.istat.it/it/archivio/137544>, vu le 17.03.15)

en général la population LGBT italienne, sans présenter un focus spécifique sur les familles homosexuelles italiennes.

35. Cependant, au travers d'une analyse détaillée de cette recherche statistique cette Cour peut relever les multiples formes de discriminations qui peuvent être vécues par les personnes homosexuelles italiennes. Cela motive l'urgence d'une intervention législative de l'Etat italien dans ce domaine.
36. En effet, la reconnaissance légale des familles homosexuelles devient un outil pour combattre les formes de discriminations vis-à-vis des personnes homosexuelles. Cette Cour considère nécessaire de voir quels sont ces types de discriminations et en quoi la législation du mariage réservée aux familles homosexuelles apparaît nécessaire.
37. Tout d'abord, les personnes homosexuelles italiennes (LGBT) représentent en nombre une importante partie des citoyen·ne·s italien·ne·s. Selon l'étude de l'ISTAT réalisée en 2011 : *« (En Italie), environ un million de personnes sont ouvertement gaies ou bissexuelles, plus chez les hommes et les jeunes en Italie centrale. Deux autres millions de personnes reconnaissent être tombés amoureux, avoir eu des rapports ou de l'attirance sexuelles pour des personnes de même sexe. »* (ISTAT, 2012 : 1)
38. A partir de cette donnée cette Cour relève qu'un certain nombre de citoyen·ne·s italien·ne·s est donc privé d'une forme de citoyenneté active puisque que la loi ne reconnaît pas les familles homosexuelles italiennes ni ne condamne les actes de discrimination en raison d'homophobie ou de transphobie.
39. Par ailleurs, dans le cadre de l'étude de l'ISTAT les personnes interviewées se sont dites majoritairement favorable à ce que la population homosexuelle italienne soit la plus discrète possible, notamment lorsque des couples homosexuel·le·s se tiennent main dans la main en public ou s'embrassent. Cette Cour retient cette donnée significative du fait que des familles et couples homosexuels italiens sont invisibilisés.
40. Selon l'étude de l'ISTAT : *« Vivre avec « discrétion » la condition homosexuelle est considérée par la majorité des répondant·e·s comme une condition qui pourrait conduire à leur acceptation. Concernant l'affirmation « si les homosexuels étaient plus discrets, ils seraient mieux acceptés », 55,9% ont dit qu'ils et elles étaient d'accord, alors qu'un quart des répondant·e·s n'était pas du tout d'accord. Selon 29,7% des répondants, les homosexuels*

devraient cacher leur orientation : en particulier, 10,4% sont « très » et 19,3% « plutôt » d'accord avec l'affirmation selon laquelle « le mieux pour un homosexuel c'est de ne pas le dire aux autres », mettant en évidence une certaine prise de conscience des difficultés qui doivent être dépassées par celles et ceux qui le disent ouvertement. La majorité, cependant, est « un peu » (24,3%) ou « pas du tout » (45,9%) d'accord avec cette affirmation. » (ISTAT, 2012 : 6)

41. L'étude précise aussi que : *« L'appréciation d'un comportement discret accompagne aussi la difficulté généralisée d'accepter que se produisent des démonstrations publiques d'affection entre personnes de même sexe. Alors que les expressions d'affection en public sont jugées acceptables par la quasi-totalité des personnes interrogées dans le cas où ils impliquent un homme et une femme, la situation change de façon significative si le même comportement est adopté par deux hommes ou deux femmes. Plus précisément, à la question suivante "Un couple formé par un homme et une femme va dans le centre dans l'après-midi et se tiennent par la main et au crépuscule s'échange un rapide baiser. Vous pensez que ce comportement est acceptable ou non ? ", 94,2% pensent qu'il s'agit d'un comportement acceptable. Toutefois, si le couple est formé par deux personnes de même sexe, indépendamment du fait qu'il soit deux femmes ou deux hommes, la proportion est réduite de moitié, à 45% si c'est deux femmes et 47,6% si c'est deux hommes. » (ISTAT, 2012 : 7)*

42. Par ailleurs cette étude de l'ISTAT démontre aussi comment les jeunes - notamment les jeunes femmes - et les régions du centre de l'Italie, sont plus ouvert·e·s sur ces questions que le reste de la population.

43. A propos des répondant·e·s les plus jeunes, l'ISTAT écrit : *« De même, 53,4% des jeunes sont d'accord qu'un couple homosexuel qui le souhaite puisse se marier : le pourcentage tombe à 34,2% pour les personnes entre 55 et 64 ans et à 22,6% pour les personnes ayant plus de 64 ans. Chez les jeunes femmes entre 18 et 34 ans par la majorité d'elles (59,8%) est d'accord avec cette question, tandis que chez les jeunes hommes cela s'arrête à 47,2%. » (ISTAT, 2012 : 14)*

44. La différence d'acceptation du mariage homosexuel au niveau des régions est remarquable. En effet, l'ISTAT signale que *« La position des citoyens et citoyennes en ce qui concerne le mariage est plus problématique : seulement en Italie centrale la majorité des répondant·e·s a également exprimé son accord par rapport à l'hypothèse du mariage homosexuel, au point*

que 52,6% sont très ou assez d'accord avec la déclaration "qu'un couple homosexuel qui le souhaite puisse se marier." Le pourcentage tombe à 34% dans le Sud, où l'opinion majoritaire est contraire à cette possibilité. Le pourcentage de ceux qui ne sont pas du tout d'accord avec cette déclaration s'élève à 48,1% par rapport à 33% dans le Centre, 37,5% dans le Nord-Ouest et 41,9% dans le Nord-Est. Ainsi, 24,5% des habitants dans les régions du sud, enfin, ne voudrait pas avoir des voisins homosexuels, contre 10,6% des résidents d'Italie centrale. »

45. Cela confirme encore une fois - selon cette Cour - que l'ouverture du mariage aux familles homosexuelles italiennes permettra de déconstruire avec efficacité certains stéréotypes notamment parmi la population plus âgée et d'autant plus dans certaines régions. Ces données de l'étude de l'ISTAT (2012) nous confirment l'urgence pour l'Italie de reconnaître rapidement les familles homosexuelles italiennes, car cela permettrait de trouver des références juridiques dans des processus de déconstruction des stéréotypes vis-à-vis des personnes homosexuelles italiennes. Par ailleurs cette reconnaissance légale irait dans le sens de la volonté exprimée par la population italienne dans cette étude de l'ISTAT (2012), puisque celle-ci se montre favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels, avec notamment, en ce qui concerne le mariage 62,8% des répondant·e·s favorables à cet énoncé : *« Il est juste qu'un couple homosexuel qui vit ensemble puisse avoir les mêmes droits qu'un couple marié. »* 43,9% est d'accord avec l'énoncé *« il est juste qu'un couple gay se marie s'il le souhaite. »* Un taux beaucoup plus important de répondant·e·s s'oppose à l'adoption d'enfants de la part d'un couple homosexuel. En effet, seulement 20% sont d'accord ou assez d'accord avec la possibilité qu'un couple homosexuel puisse adopter un enfant. Or, l'éventualité d'une ouverture à l'adoption accompagnant le mariage pour les couples homosexuels constitue l'une des résistances majeures à l'encontre de ce dernier.

V.4 Déconstruire les stéréotypes de genre de l'affaire

Suivant la méthodologie du projet des jugements féministes, je considère que la jurisprudence doit contribuer à réaliser une égalité non-stéréotypée. Pour cet aspect, il est donc opportun de repérer les stéréotypes de genre qui caractérisent l'affaire d'un arrêt afin de les déconstruire.

En reprenant la démarche d'Alexandra Timmer expliquée dans le paragraphe II.3 « Nommer (*naming*) et contester (*contesting*) le stéréotype » je définis les caractéristiques du stéréotype

de genre qui caractérise l'affaire Oliari pour pouvoir les contester. En effet, je présent le stéréotype lié à l'idée selon laquelle le mariage est réservé qu'aux seuls couples hétérosexuels, et le conteste au travers une série de jurisprudences italiennes et internationales qui au travers d'un débat jurisprudentiel dans la dernière décennie ont ouvert le mariage aux couples homosexuels. Je reviens aussi sur des jugements auxquels la version originale de l'arrêt Oliari se réfère, en soulignant davantage certains éléments.

2. Marriage

34. Under Italian domestic law, same-sex couples are not allowed to contract marriage, as affirmed in the Constitutional Court judgment no. 138 (mentioned above).

35. The same has been affirmed by the Italian Court of Cassation in its judgment no. 4184 of 15 March 2012 concerning two Italian citizens of the same sex who got married in the Netherlands and who had challenged the refusal of Italian authorities to register their marriage in the civil status record on the ground of the “non-configurability as a marriage”. The Court of Cassation concluded that the claimants had no right to register their marriage, not because it did not exist or was invalid, but because of its inability to produce any legal effect in the Italian order. It further held that persons of the same sex living together in a stable relationship had the right to respect for their private and family life under Article 8 of the European Convention; therefore, in the exercise of the right to freely live their inviolable status as a couple they may bring an action before a court to claim, in specific situations related to their fundamental rights, the same treatment as that afforded by law to married couples.

36. Furthermore, the Constitutional Court in its judgment no. 170/2014 concerning “forced divorce” following gender reassignment of one of the spouses, found that it was for the legislator to ensure that an alternative to marriage was provided, allowing such a couple to avoid the transformation in their situation, from one of maximum legal protection to an absolutely uncertain one. The Constitutional Court went on to state that the legislator had to act promptly to resolve the legal vacuum causing a lack of protection for the couple.

46. La demande des trois familles italiennes d'accès au mariage s'oppose à une tradition juridique pour laquelle le mariage ne serait réservé qu'aux couples hétérosexuels car lié uniquement à la procréation et donc par conséquent à l'hétérosexualité. En effet, le mariage est depuis toujours une institution juridique et a fait l'objet de modifications et s'est adapté à de nouvelles réalités sociales. Tout d'abord, le mariage n'a pas toujours été accessible par toutes les catégories sociales confondues, et la parité entre époux ou le divorce sont eux aussi

récents. Par ailleurs, chaque nouvel acquis dans le cadre du mariage a été accompagné d'un important débat jurisprudentiel et social.

47. A ce propos, c'est à partir de nouvelles réalités sociales que la jurisprudence a été appelée à déconstruire l'idée du mariage réservé aux seuls couples hétérosexuels. Nous allons reprendre certains de ces arrêts - italiens et internationaux - à partir des éléments qui ont permis la déconstruction du paradigme de l'hétérosexualité du mariage, et notamment le fait de reconnaître les couples homosexuels comme des relations affectives et sexuelles stables tout comme les couples hétérosexuels, ainsi que le fait d'avoir démontré que l'institution juridique du mariage n'est pas seulement lié à la procréation et donc par conséquent à l'hétérosexualité. Le cadre du mariage où l'un des partenaires a effectué une opération chirurgicale de changement de sexe - en déterminant de fait d'être dans une famille de même sexe - a ainsi questionné le paradigme de l'hétérosexualité du mariage. La reconnaissance d'un mariage homosexuel contracté à l'étranger a également questionné la législation italienne en la matière.
48. Dans le débat jurisprudentiel italien d'ouverture du mariage aux couples de même sexe, l'arrêt n° 138/2010 de la Cour constitutionnelle italienne est considéré comme une étape majeure.
49. L'arrêt 138/2010 de la Cour Constitutionnelle italienne prend pour origine deux décisions de renvoi (*Tribunale di Venezia, Sez. III civile, ordinanza del 3 aprile 2009; Corte d'appello di Trento du couple Oliari et M., ordinanza del 29 luglio 2009*) à la suite du refus de l'officier d'État civil de procéder à la demande de marier deux couples de même sexe.
50. Les recours à la Cour constitutionnelle interrogent la conformité constitutionnelle des articles du Code civil n° 93, 96, 98, 107, 143, 143bis et 156 bis, en ce qui concerne les articles constitutionnels 2, 3, 29, 117 al. 1.

Article 2, Const. italienne

« La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, comme individu et comme membre de formations sociales où s'exerce sa personnalité, et exige l'accomplissement des devoirs de solidarité politique, économique et sociale auxquels il ne peut être dérogé. »

Article 3, Const. italienne

« Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans

distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales.

Il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. »

Article 29, Const. italienne

« La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi, en vue de garantir l'unité de la famille. »

51. Les articles du Code civil italien sur le mariage sont systématiquement interprétés du fait de la présence des termes de « mari » et d' « épouse » comme une adhésion du système juridique italien à une conception du couple hétéronormative, même si la Constitution - norme principale du système juridique italien - ne fait aucune référence à l'hétérosexualité du mariage, notamment dans l'article 29 qui reconnaît dans la Constitution le droit au mariage pour chacun·e.
52. L'objectif des recours auprès de la Cour constitutionnelle était d'obtenir un jugement qui introduise le mariage homosexuel par décision judiciaire, au travers l'extension de la législation du Code civil, aux couples de même sexe, par la substitution des mots « mari » et « épouse » avec ceux de « *coniuge* » qui équivaut au terme neutre de « conjoint ».
53. C'est la première fois que la Cour constitutionnelle italienne reconnaît dans un arrêt le statut social des couples de même sexe comme des relations affectives stables, et que leur existence est considérée, par les jug·e·s constitutionnel·le·s, comme légitime, au vu de l'art. 2 de la Constitution, qui reconnaît et protège les formations sociales, et non dans l'art. 29 de la Constitution qui reconnaît les familles.
54. Ainsi au nom du principe d'égalité, art. 3 de la Constitution, la Cour constitutionnelle italienne prévoit qu'en cas de différence de traitement juridique avérée entre un couple homosexuel et hétérosexuel, certains des droits réservés aux hétérosexuels peuvent être octroyés aux couples homosexuels. La Cour reste toutefois évasive sur ces droits.

55. En fait, les jug·e·s de la Cour suprême italienne se conforment à une orientation qui, une année auparavant, était suivie aussi par la Cour constitutionnelle portugaise dans l'*acórdão* n° 359/2009. À savoir, ces cours suprêmes disent respecter l'autonomie du législateur sur la reconnaissance du mariage aux couples homosexuels, estimant que seul ce dernier dispose d'une compétence dans le domaine. Cependant, la Cour constitutionnelle italienne se réserve le droit d'intervenir, le cas échéant, une fois qu'un texte de loi est approuvé, si cette dernière n'est pas conforme aux principes constitutionnels.

56. L'arrêt 138/2010 de la Cour constitutionnelle présente des zones de lumières et des zones d'ombres. En effet, les jug·e·s constitutionnel·le·s optent pour une vision « immuable » du mariage, en même temps qu'elles et ils affirment qu'il n'est plus possible que le système juridique fixe la définition du mariage à l'hétérosexualité.

Dans le paragraphe 9 de l'arrêt les jug·e·s écrivent que : « (...) *les notions de famille et de mariage ne peuvent pas être considérées comme « immuables » en référence à l'époque de l'entrée en vigueur de la Constitution, car ces notions sont équipées d'une souplesse propres aux principes constitutionnels qui les soutient. Ceux-ci devraient être interprétés à la lumière des transformations intervenues dans le système juridique, toute comme de l'évolution qui caractérise la société et la morale.* »⁵⁴

57. Par contre, la Cour constitutionnelle italienne précise dans le même paragraphe que « *cette interprétation (novatrice), ne peut pas aller jusqu'à influencer sur le noyau dur de la règle. Autrement dit, elle ne peut modifier la règle de manière à y inclure les phénomènes et les problèmes n'ayant été d'aucune manière pris en considération lors de son adoption.* (en 1948, date d'entrée en vigueur de la Constitution italienne) ».

58. À cet égard, la Cour Constitutionnelle souligne que lors des travaux de l'Assemblée constituante de 1946-1947, la protection juridique des couples de même sexe n'a pas été discutée. Selon les jug·e·s constitutionnels, cette protection n'est pas garantie par l'article 29 Const. relatif au mariage.

59. Le raisonnement de la Cour est structuré autour d'un lien étroit entre l'art 29 Const. (mariage) et l'art. 30 Const. (rapports parents-enfants). Selon les jug·e·s constitutionnel·le·s l'hétérosexualité du mariage dépendrait du facteur reproductif de l'union conjugale, considéré comme étant absent dans le cadre d'une union homosexuelle.

⁵⁴ Les extraits de tous les arrêts italiens et internationaux ici mentionnés sont traduits par l'auteur du mémoire.

60. Nous proposons une lecture alternative des articles 29 et 30 de la Const., et de la connexion faite par la Cour constitutionnelle italienne entre procréation et mariage. En effet, l'art. 30 de la Const. prévoit à l'alinéa 1 que « *les parents ont le devoir et le droit d'entretenir, d'instruire et d'élever leurs enfants, même s'ils sont nés hors mariage.* ». Cet article reconnaît la filiation dans le mariage, comme hors mariage. Autrement dit, dans une lecture différente de la Const. il apparaît évident que la filiation n'est pas une *condition sine qua non* de l'existence du mariage, mais au contraire une de ses possibles pistes évolutives.
61. Ainsi, d'autres jugements des Cours italiennes ont confirmé que le mariage ne se limite pas à la procréation. Déjà en 1971, la Cour constitutionnelle avait déclaré l'interdiction de la propagande des pratiques contraceptives illégitime (décision no. 49/1971). Il est reconnu dans le système juridique italien le droit individuel à la procréation consciente et responsable (art. 1 de la loi n. 194/1978). La Cour de cassation civile a reconnu parmi les raisons justifiant la demande de divorce « *le fait que l'autre conjoint imposait des rapports sexuels visant à la procréation* » (Cass. civ. ; 9 octobre 2007, n. 21099).
62. Des modifications législatives ont ainsi été introduites en Italie afin de confirmer que le mariage ne doit pas être limité à un aspect reproductif. Nous choisissons de mentionner, parmi d'autres, l'abrogation de l'infraction de la stérilisation volontaire (art 552 cp) en application de l'arrêt n° 438 du 18 mars 1987 de la Cour de cassation et la suppression de l'infraction (*abolitio criminis*) à celles et ceux qui se procurent de graves blessures afin de perdre la capacité de procréer. (ex. art. 583, cp)
63. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle semble, dans le même paragraphe 9 de l'arrêt 138/2010, inverser l'ordre hiérarchique des normes, afin de maintenir son ancrage dans le paradigme de l'hétérosexualité du mariage. Les jug·e·s constitutionnel·e·s affirment que les constituant·e·s ont repris le contenu du Code civil du 1942 au sujet du mariage et de son hétérosexualité. Or, la Constitution est la norme principale d'un système juridique et le Code civil doit se conformer à ses principes, et non pas le contraire.
64. En effet elles·ils écrivent : « (...) *les constituant·e·s dans l'élaboration de l'article 29 Constitution ont discuté du mariage comme d'un institution qui avait déjà une forme précise et articulée dans la réglementation du Code civil. Par conséquent, [ils·elles ajoutent] qu'en l'absence d'autres références normatives, il est inévitable de conclure que les constituant·e·s ont gardé à l'esprit la notion de mariage au sens du Code civil entré en vigueur en 1942 (...)*

où il établissait [et établit encore] que les conjoints doivent être des personnes de sexe différent. (...) »

65. Par ailleurs, les Cours d'appel, dans leur recours auprès de la Cour constitutionnelle italienne, prennent également en considération un autre argument selon lequel l'aspect reproductif du mariage n'est pas une condition nécessaire pour son existence. En effet, l'article 3 de la loi n° 898 de 1970 - tel que modifié par la loi n° 74 de 1987 - prévoit qu'une personne transsexuelle peut épouser une personne de même sexe biologique qu'elle avait avant son opération chirurgicale de changement de sexe et sa stérilisation.
66. Dans le paragraphe 9 de l'arrêt 138/2010 la Cour souligne à ce propos que l'exemple d'une personne transsexuelle autorisée à se marier à la suite de son changement de sexe avec une personne de même sexe que celui-là du changement *« est une condition tout à fait différente de celle d'un couple homosexuel, et donc elle est inapte à servir de tertium comparationis »*. Par ailleurs, les jug·e·s constitutionnel·e·s soulignent le fait que l'argument de la transsexualité en connexion avec le mariage confirmerait plutôt la « nature » hétérosexuelle du mariage.
67. La Cour constitutionnelle italienne est revenue dans l'arrêt 170/2014 sur le cas où l'un·e des partenaire·e·s avait effectué son changement de sexe dans le cadre d'un mariage hétérosexuel. Dans cette hypothèse les articles 2 et 4 de la loi italienne n°164/1982 prévoient le divorce d'office, puisqu'il s'agirait alors d'un mariage entre deux personnes désormais de même sexe. La Cour de cassation avait demandé à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la légitimité constitutionnelle de ces articles de la loi 164/1982.
68. Les jug·e·s constitutionnel·e·s ont retenu que le divorce d'office est inconstitutionnel puisque l'article 2 de la Const. italienne oblige une tutelle de toute formation sociale. Par ailleurs, dans cet arrêt 170/2014, la Cour reprend aussi l'argumentaire de l'arrêt 138/2010 pour lequel les couples de même sexe sont des formations sociales selon l'art 2 Const. La Cour invite le législateur italien à créer une union civile spécifique pour ce type de situation afin d'empêcher ainsi que jug·e·s constitutionnel·e·s introduisent de fait un mariage homosexuel.
69. Dans l'arrêt 170/2014 comme c'était le cas dans l'arrêt 138/2010 en n'affirmant pas l'inconstitutionnalité du mariage homosexuel, les jug·e·s constitutionnel·e·s soutiennent le point de vue selon lequel le mariage n'est pas nécessairement hétérosexuel. Par contre, ils reconnaissent que le paradigme de l'hétérosexualité dans le mariage est un élément politique

et social, et qu'il ne peut être déconstruit que par le législateur. Enfin, l'hétérosexualité du mariage est reconnue en tant que stéréotype social et moral.

70. En effet, dans l'arrêt 170/2014, la Cour constitutionnelle évoque deux intérêts s'opposant : « *L'intérêt de l'État à ne pas changer le modèle du mariage hétérosexuel* » et « *l'intérêt du couple, traversé par une histoire de changement de sexe d'un·e partenaire, dans laquelle l'exercice de la liberté de choix fait par un conjoint avec le consentement de l'autre [...] ne doit pas être pénalisé.* ». Il est très intéressant de voir comment ce jugement place sur un même plan l'intérêt du couple (ses droits) et l'intérêt de l'État (qui n'est pas un droit). Il est étonnant qu'un droit constitutionnel s'inscrive au niveau du stéréotype.
71. Dans le jugement. n. 8097 de 2015, la Cour de cassation a décidé que ce couple ne devait pas être soumis à l'obligation d'un divorce selon la loi 164/1982 et qu'il pouvait profiter des « *droits et obligations découlant du lien du mariage qui a été légitimement contracté* » en attendant une législation qui puisse régler ce type de cas. Selon la Cour de cassation, la solution proposée résulterait d'une lecture « *constitutionnellement obligatoire* » de la loi 164/1982. En effet, au travers de l'arrêt 170/2014, la Cour constitutionnelle a déclaré illégitimes les articles 2 et 4 de la loi n. 164 de 1982 « *dans la mesure où ces articles ne fournissent pas une solution dans le cas de changement de sexe d'un·e des conjoint·e·s, ce qui provoque la dissolution du mariage ou la cessation des effets résultant de l'état civil du mariage. En attendant que le législateur intervienne dans ce domaine, où que le couple souhaite divorcer, il bénéficie des mêmes droits et devoirs auxquels il avait accès grâce à son mariage, avant le changement de sexe d'un·e des conjoint·e* » (Cour de cassation, arrêt 8097/2015)
72. En l'absence d'une intervention du législateur dans ce domaine, les jug·e·s prévoient de fait les droits et devoirs du mariage pour un couple de même sexe. Les jug·e·s de la Cour de cassation ancrent leur décision à une dimension d'égalité non-stéréotypée.
73. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation prend des positions transformatives visant l'égalité sur ces thèmes. En effet, dans son arrêt 4185/2012, la Cour de cassation a jugé catégoriquement que le respect de la vie familiale doit être considéré comme un élément fondamental et universel, quel que soit le statut du ou de la conjoint·e et son sexe.
74. Encore plus significatif est le dépassement dans cet arrêt du paradigme de l'hétérosexualité comme un élément caractéristique du mariage : la Cour de cassation a en effet décidé de ne

pas permettre la transcription dans les registres d'État civil de l'acte de mariage célébré à l'étranger entre personnes de même sexe, non pas parce que l'un des minimum requis manque, mais parce qu'il est « *inapte à produire un effet juridique par le droit italien, puisque la législation italienne ne reconnaît pas ce type d'union homosexuelle.* » (Cour de cassation, arrêt 4185/2012) De cette façon, la Cour a reconnu que la diversité des sexes n'était pas « *indispensable* » pour le mariage.

75. La récente décision de la Cour constitutionnelle italienne 2400/2015, réaffirme le rejet de la transcription d'actes de mariage des couples homosexuels célébrés à l'étranger. Elle assure toutefois que « *dans notre système juridique, le mariage entre personnes de même sexe est inapte à avoir un effet parce que il n'y a pas une hypothèse législative qui reconnaît l'union conjugale. Un couple homosexuel peut, cependant, acquérir un degré de protection comparable à celui relatif au mariage dans toutes les situations où l'absence de cadre législatif détermine la dépréciation des droits fondamentaux découlant du rapport en question.* »

76. De cette manière, la Cour de cassation reconnaît la nécessité d'une action législative rapide, en laissant une marge d'appréciation à l'État dans le choix des formes et le régime juridique à reconnaître aux familles homosexuelles. En même temps, cette Cour déconstruit le stéréotype de l'hétérosexualité du mariage.

77. Des cours étrangères se sont ainsi prononcées dans la dernière décennie sur le mariage homosexuel, en démontrant comment l'ouverture de l'institution maritale aux familles homosexuelles trouve une légitimité constitutionnelle. Nous évoquons ici deux exemples : celui des États-Unis - en 2015, et celui du Portugal - en 2010.

78. L'été passé, la Cour suprême des États-Unis, a jugé, par cinq voix contre quatre, que les 14 États américains qui refusaient d'unir deux personnes de même sexe devaient non seulement accorder le droit au mariage, mais également reconnaître les unions ayant été célébrées ailleurs. Ce jugement a été formulé sur la base du XIV^{ème} amendement de la Constitution des États-Unis sur le principe de non-discrimination.

79. En effet, il a été prévu à l'alinéa 1 de cet amendement qu' : « *Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relevant de sa juridiction, l'égale protection des lois.* »

80. C'est notamment en partant de ce dernier aspect que « le XIV^{ème} amendement requiert d'un État qu'il célèbre un mariage entre deux personnes de même sexe », comme l'a écrit le juge Anthony Kennedy, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême. « *Le droit au mariage est fondamental* », a-t-il souligné. Il a aussi affirmé, dans le dernier paragraphe de la décision rendue par la plus haute juridiction des États-Unis : « *Aucune union n'est plus profonde que le mariage, car le mariage incarne les plus hauts idéaux de l'amour, la fidélité, la dévotion, le sacrifice et la famille. En formant une union maritale, deux personnes deviennent quelque chose de plus grand que ce qu'elles étaient auparavant. Le mariage incarne un amour qui peut perdurer malgré la mort. Ce serait ne pas comprendre ces hommes et ces femmes que de dire qu'ils manquent de respect à l'idée du mariage. Leur plaidoyer consiste à dire que justement ils le respectent, le respectent si profondément qu'ils cherchent eux-mêmes à s'accomplir grâce à lui. Ils demandent une dignité égale aux yeux de la loi. La Constitution leur donne ce droit.* »
81. Dans le cas portugais, l'ancien président de la République Aníbal Cavaco Silva s'était opposé à l'introduction de la loi sur le mariage homosexuel en déposant un recours auprès du Tribunal constitutionnel. Le président avait demandé aux juges de vérifier la légitimité constitutionnelle de ce texte de loi, avant qu'elle n'entre en vigueur.
82. La Cour constitutionnelle portugaise avait affirmé dans l'arrêt 121/2010 que cette loi sur le mariage homosexuel était légitime, puisque l'article 36 de la Constitution portugaise reconnaît à toutes et tous le droit de former une famille et de contracter un mariage dans des conditions de pleine égalité. (« *Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.* »). Les juges mettent en évidence l'indépendance du droit à la famille du droit au mariage, et le fait qu'aucun de ces deux droits ne puisse être limité à une sexualité déterminée.
83. La reconstruction de l'ensemble de cette jurisprudence relative au mariage montre bien que cette institution juridique n'a pas en soi de sexualité prédéfinie, mais au contraire comment le droit au mariage est un droit fondamental qui doit être reconnu à toute personne au-delà de sa propre sexualité, car il permet de former une famille, un droit reconnu à toute personne.

V.5 Une analyse anti-essentialiste de l'objet de l'affaire

Dans le dernier paragraphe de cette nouvelle version de l'arrêt Oliari révisée selon la méthodologie du projet des jugements féministes j'entends fournir une lecture anti-essentialiste de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe.

En effet, la CrEDH dans la conclusion de son jugement se limite à affirmer que les couples homosexuels italiens devraient être reconnus, parce que la population italienne se montre ouverte à cette possibilité. Elle laisse toutefois au législateur italien le soin de choisir si cette reconnaissance passe ou non par l'institution du mariage.

De cette manière-là, la CrEDH continue à s'inscrire dans une vision essentialiste du mariage, car elle n'affirme pas que de droit le mariage doive également être garanti aux couples homosexuels, au même titre qu'aux couples hétérosexuels. Ainsi, la CrEDH différencie les institutions juridiques qui pourraient réguler un rapport affectif-sexuel, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel.

Dans une nouvelle conclusion du jugement selon la méthodologie de projets de jugements féministes, je reprends la critique formulée par Nicola Barker (paragraphe III.3) qui voit dans le mariage homosexuel la persistance d'un modèle patriarcal et hétérosexiste. La CrEDH dans sa version originale, en laissant au législateur·e italien·ne le soin de réfléchir au modèle juridique de reconnaissance des couples de même sexe, aurait pu décrire des caractéristiques d'une institution juridique anti-essentialiste et inclusive.

174. In view of the above considerations, the Court considers that in the absence of marriage, same-sex couples like the applicants have a particular interest in obtaining the option of entering into a form of civil union or registered partnership, since this would be the most appropriate way in which they could have their relationship legally recognised and which would guarantee them the relevant protection – in the form of core rights relevant to a couple in a stable and committed relationship – without unnecessary hindrance. Further, the Court has already held that such civil partnerships have an intrinsic value for persons in the applicants’ position, irrespective of the legal effects, however narrow or extensive, that they would produce (see Vallianatos, cited above, § 81). This recognition would further bring a sense of legitimacy to same-sex couples.

177. As regards the breadth of the margin of appreciation, the Court notes that this is dependent on various factors. While the Court can accept that the subject matter of the present case may be linked to sensitive moral or ethical issues which allow for a wider margin of appreciation in the absence of consensus among member States, it notes that the instant case is not concerned with certain specific “supplementary” (as opposed to core) rights which may or may not arise from such a union and which may be subject to fierce controversy in the light of their sensitive dimension. In this connection the Court has already held that States enjoy a certain margin of appreciation as regards the exact status conferred by alternative means of recognition and the rights and obligations conferred by such a union or registered partnership (see Schalk and Kopf, cited above, §§ 108-09). Indeed, the instant case concerns solely the general need for legal recognition and the core protection of the applicants as same-sex couples. The Court considers the latter to be facets of an individual’s existence and identity to which the relevant margin should apply.

178. In addition to the above, of relevance to the Court’s consideration is also the movement towards legal recognition of same-sex couples which has continued to develop rapidly in Europe since the Court’s judgment in Schalk and Kopf. To date a thin majority of CoE States (twenty-four out of forty-seven, see paragraph 55 above) have already legislated in favour of such recognition and the relevant protection. The same rapid development can be identified globally, with particular reference to countries in the Americas and Australasia (see paragraphs 65 and 135 above). The information available thus goes to show the continuing international movement towards legal recognition, to which the Court cannot but attach some importance (see, *mutatis mutandis*, Christine Goodwin, § 85, and Vallianatos, § 91, both cited above).

179. Turning back to the situation in Italy, the Court observes that while the Government is usually better placed to assess community interests, in the present case the Italian legislature seems not to have attached particular importance to the indications set out by the national community, including the general Italian population and the highest judicial authorities in Italy.

84. Dans le cadre de la CEDH il existe un droit pour chaque personne à former une famille. Ce droit est considéré comme fondamental. En effet, l'art. 12 de la CEDH prévoit qu' *« A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »*
85. Ainsi, dans l'article 12 de la CEDH, le droit de se marier et de fonder famille sont liés. Il apparaît évident d'un point de vue juridique qu'en garantissant le droit de se marier, on assure également que les conditions de la formation d'une famille sont remplies.
86. Si l'on considère la définition juridique de la famille prévue à l'art. 12 de la CEDH, la connotation sexuelle, l'orientation sexuelle et le nombre des personnes qui cohabitent ensemble ne devraient pas constituer des critères pour constituer une famille. Autrement dit, le droit au mariage n'est pas reconnu aux seuls couples hétérosexuels, et les législations relatives au mariage ne peuvent pas être limitées à ces derniers.
87. Les familles Oliari et autres ayant déposé un recours auprès de cette Cour mettent par contre en évidence leur orientation sexuelle homosexuelle comme la raison pour laquelle le système normatif italien les empêcherait de constituer une famille. En effet, ces trois familles homosexuelles italiennes retiennent que l'Italie viole l'art 8 (Droit au respect de la vie privée et familiale), 12 (Droit au mariage), et 14 (Interdiction de discrimination) de la CEDH.

Art. 8 Droit au respect de la vie privée et familiale - CEDH

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

Art. 12 Droit au mariage - CEDH

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

Art. 14 Interdiction de discrimination – CEDH

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.

88. Comme susmentionné dans l'art. 14 sur le principe de non-discrimination, la CEDH oblige un État membre à une obligation positive en ce qui concerne la subsistance d'une discrimination, sans lui laisser de marge d'appréciation sur la mesure à adopter. Cette Cour a pu vérifier l'état de discrimination dans lequel les familles homosexuelles italiennes se trouvent et la *vacatio legis* que les caractérise.
89. Nous reconnaissons ces couples homosexuels italiens en tant que familles et prévoyons que le législateur italien doit leur reconnaître le mariage en application de l'art. 14 CEDH puisque le droit à la vie privée et familiale ne leur a pas été octroyé. En effet, le droit au mariage est un droit fondamental reconnu à celles et ceux qui veulent former une famille, indépendamment de l'orientation sexuelle du couple et avec ou sans enfants art. 12 CEDH.
90. Par ailleurs au législateur italien revient l'obligation de concevoir une institution maritale qui puisse être la moins essentialiste possible, puisque la jurisprudence italienne citée par cette Cour a déjà dû faire face à des cas où les familles qui demandent d'avoir accès au mariage ne sont pas uniquement des couples homosexuels, comme le cas où l'un des membres de couple est étranger ou transsexuel·le, etc.

« La définition de la culture juridique rappelle que la loi est un phénomène social lié à la réalité dans laquelle elle se développe. »

Cour Constitutionnelle espagnole, arrêt
n°198/2012, paragraphe 9

Chapitre VI : Les impacts politiques et législatifs de la version originale de l'arrêt Oliari

VI.1 Les impacts politiques : le couple Oliari - A. M. et les « nationalismes » sexuels

Dans ce deuxième chapitre, j'analyse les impacts politiques et législatifs de la version originale de l'arrêt Oliari sous la perspective de genre en droit, car il me semble intéressant de vérifier la suite concrète que ce jugement a eu en Italie.

Tout d'abord, je mets en relief le fait que l'arrêt s'inscrive dans une logique de « nationalismes » sexuels, au vu des principaux protagonistes du recours et des parties soutenant cette affaire jurisprudentielle. Ensuite, je contextualise cet arrêt en présentant notamment le projet de loi sur les unions civiles pour les couples homosexuels, tout récemment approuvé en Italie. Une analyse comparative avec les autres processus législatifs similaires dans le reste de l'Europe me permet d'inscrire dans l'actuel débat législatif européen les questions de reconnaissance légales des familles homosexuelles, bien au delà des Alpes.

Par « nationalismes » sexuels, je désigne le processus d'ouverture à la reconnaissance légale des couples de même sexe de partis de droite ayant historiquement démontré une certaine aversion pour l'homosexualité. Cette évolution s'accompagne de la mise en place de nouvelles formes de différenciation, cette fois-ci justifiées par des fondements « ethniques ». Ainsi, dans le cas spécifiquement européen, la question du mariage des couples homosexuels

façonne un nouveau débat géopolitique entre pays occidentaux et pays orientaux. Cette logique de « nationalisme sexuel » se retrouve dans l'affaire Oliari.

Le titre de l'arrêt reprend le nom d'Oliari, l'un des auteurs du recours auprès de la CrEDH. Comme cela est requis par la législation européenne, le couple Oliari et M. A. a épuisé toutes les voies internes de recours avant de recourir à la CrEDH. C'est pour cette raison que leur nom a été donné à l'arrêt.⁵⁵

Enrico Oliari est un journaliste de profession ainsi qu'un militant historique de la droite italienne. Il est membre d'une formation ancienne de l'extrême droite italienne : le MSI, le « mouvement socialiste italien ». En 1997, il co-fonde et préside une association homosexuelle italienne « Gaylib » réservée aux homosexuels, lesbiennes et trans de droite et libéraux-démocratiques. La traduction ci-dessous de la quasi-totalité du descriptif de l'association Gaylib contenue sur son site⁵⁶ permet de présenter l'entremêlement des liens entre les thématiques gaies et les partis italiens de droite. Le recours aux cours internes et internationales pour une reconnaissance légale du mariage homosexuel s'inscrit dans l'activité politique d'Oliari.

« GayLib est une association qui regroupe des personnes « homo-affectives »⁵⁷ d'orientation politique démocratique et d'inspiration de centre-droite libéral. Fondée en 1997 à Milan, elle est présidée par Enrico Oliari, militant de droite, unique homme à avoir fait son coming out dans le MSI [mouvement sociale italien]. Il a été expulsé pour cette raison du MSI, pour être par la suite réintégré sous le secrétariat de Gianfranco Fini [important leader de la droite italienne]. (...)

Depuis janvier 2008, cette association a participé activement aux manifestations politiques de la droite italienne. Dans le cadre de la présentation des Circoli della

⁵⁵ J'aimerais ici souligner que les trois couples qui font recours à la CrEDH ne sont formés que d'hommes. Des couples de lesbiennes sont absents dans ce processus jurisprudentiel, faisant de l'action politique et juridique une prérogative encore masculine. Cette moindre visibilité juridique et sociale des lesbiennes s'inscrit dans la différenciation qu'on enregistre encore aujourd'hui entre les hommes-femmes dans la participation à la vie politique et juridique d'un pays.

⁵⁶ Le site internet de l'association gaylib est disponible à l'adresse suivante : <http://www.gaylib.it>, consulté le 25 février 2016

⁵⁷ Le choix du terme « omoaffective » [que j'ai choisi de traduire par « homo-affectives »] plutôt que « couples homosexuels » n'est pas anodin. En effet, l'usage de ce terme véhicule l'image de couples homosexuels « asexuels », dans l'objectif stratégique de présenter les personnes à l'origine de cette revendication de droits comme sans sexualité. La dimension sexuelle des relations homosexuelles est niée car ces dernières ne s'inscrivent pas dans un cadre reproductif biologique.

libertà Cercles de la libertà [formation politique créée par l'ancien président du conseil des ministres italien Silvio Berlusconi], l'association GayLib a distribué des dépliants contenant un projet de loi en faveur de la reconnaissance des unions civiles aux couples homosexuels italiens. L'association a participé à tous les congrès de partis de la droite italienne [Forza Italia et Il Popolo della libertà]. En mars 2009, pendant un congrès du Parti Popolo della libertà, la trans Francesca Busdraghi de GayLib est intervenue avant le discours de clôture du congrès de la part du Président Berlusconi. (...) Le 17 mai 2009, à l'occasion de la Journée internationale de lutte contre l'homophobie, GayLib a été officiellement reçue par le Président de la Chambre des députés, Gianfranco Fini. L'année suivante, le même jour, l'association faisait partie de la délégation formée par les principaux groupes LGBT italiens reçus au Quirinal⁵⁸ par le [précédant] Président de la République, Giorgio Napolitano. (...)

GayLib a travaillé directement avec le Ministère de l'égalité dans la campagne du gouvernement contre l'homophobie portée à l'automne 2009 par la ministre Mara Carfagna [ministre berlusconienne] (...)

En juin 2010, en réponse à une lettre ouverte de GayLib, le chef de la police italienne, Antonio Manganelli a convoqué les dirigeantes de l'association au ministère de l'intérieur. À la suite de cette réunion a été créé l'Oscad, observatoire contre les actes discriminatoires, chargé de l'étude et la prévention de toute infraction liée à la conduite discriminatoire.

En 2010, la Cour constitutionnelle a statué sur la demande de publication des bans de mariage présentée en 2008 par le président de GayLib Enrico Oliari et son partenaire. La Cour a validé le refus de la ville de Trente de les marier. (...)

À la suite de ce recours, la CrEDH dans l'arrêt "Oliari vs Italy" de juillet 2015, a condamné l'Italie à indemniser les « familles homosexuelles » qui n'ont pas vu reconnus leurs droits fondamentaux depuis des années. (...)

En 2014, l'association travaille activement afin d'obtenir l'appui politique du Président Silvio Berlusconi dans l'approbation d'une loi sur les unions civiles des couples homosexuels, jusqu'à rencontrer Francesca Pascale, compagne du

⁵⁸ Le Palais du Quirinal est aujourd'hui la résidence officielle du Président de la République italienne.

président Silvio Berlusconi, (...) qui deviendra membre d'honneur de GayLib. (...)

(...) Le président Berlusconi présentera un texte de loi à ce propos à la Chambre italienne des déput·é·es, à l'automne 2014, par le biais de l'ancienne berlusconienne Mara Carfagna.» (...)

Il faut souligner que le texte approuvé en mai 2016 par le parlement italien, sur lequel je reviens dans la partie II de ce chapitre, est presque identique à celui déposé par la droite italienne en 2014. Des éléments progressistes ont toutefois été enlevés du texte présenté par la gauche, après une longue discussion au sein du parlement et du gouvernement : les éléments concernant l'adoption de l'enfant d'un·e conjoint·e, ainsi que l'obligation de loyauté au sein du couple (qui n'est retenue que dans le cadre d'un mariage hétérosexuel).

Les articles publiés sur le site de Gaylib à propos de la loi sur les unions civiles en Italie mettent en opposition une civilisation occidentale présentée comme progressiste et dans laquelle s'insérerait la reconnaissance légale des couples homosexuels, avec une civilisation orientale perçue comme rétrograde.

Une publication datant du 10 février 2016 est ainsi (longuement) intitulée : « *Unions civiles, GayLib incite le Parlement : la solution pour sortir du borbier de l'adoption de l'enfant d'un conjoint est de reprendre la proposition de loi de Mara Carfagna sur les unions homo-affectives présenté en 2014 à la Chambre italienne des déput·é·es. Le parti de Berlusconi joue sa partie et approuve une loi de civilité pour tout le pays* »⁵⁹.

Au niveau mondial, comme l'a démontré Jasbir K. Puar dans *Terrorist Assemblages. Homonationalism in Queer Times*⁶⁰ (2007), les droits reconnus aux personnes homosexuelles sont devenus un instrument de pouvoir et de différenciation ethno-raciale, notamment en Israël⁶¹ et aux États-Unis. Ces exclusions ethno-raciales sont à la fois masquées par le nouveau progressisme sexuel ou au contraire justifiées en leurs noms. C'est à partir de l'utilisation de l'homosexualité à des fins de politique nationaliste, que Jasbir K. Puar a introduit le concept d'« homonationalisme ». Les droits pour les personnes homosexuelles

⁵⁹ <http://www.gaylib.it/?m=201602>, consulté le 25 février 2016

⁶⁰ Titre traduit en français par : *Homonationalisme. Politiques queers après le 11 septembre*, (<https://www.cairn.info/revue-nouvelles-questions-feministes-2014-2-page-112.htm#no1>)

⁶¹ « Israël a fait l'objet de nombreuses controverses ces dernières années sur sa politique d'ouverture aux communautés LGBT. Sous le qualificatif *pinkwashing*, les discours et politiques israéliennes d'octroi des droits aux minorités sexuelles ont été considérées comme une instrumentalisation destinée à donner l'image d'un État « libéral », « démocratique » et « moderne », en dépit de la politique d'occupation des Territoires palestiniens. » (Jaunait, Le Renard, Marteu, 2013 : 14)

sont devenus des éléments à travers lesquels une différenciation politique et culturelle entre communautés « ethniques » est créée.⁶² Le débat autour du mariage homosexuel deviendrait un enjeu national pour façonner de nouveaux équilibres géopolitiques et de nouvelles discriminations, l'un des ressorts majeurs étant la mise en opposition entre un Occident progressiste en la matière et un Orient rétrograde.

Cette analyse de la diffusion d'une politique homonationaliste souligne le rôle important joué par les partis conservateurs et leur rôle dans le détournement du paradigme de la différence sexuelle. Si ces partis ont contribué à l'élaboration d'une politique de la différence sexuelle entre l'hétérosexualité comme modèle de sexualité naturelle et saine, et l'homosexualité comme perversion à criminaliser, leurs positionnements ont depuis évolué (Jaunait, Le Renard, Marteu, 2013). Ce n'est plus la différence entre les sexualités qui permet de définir la communauté de sujets exclu·e·s, mais l'origine ethnique des personnes. Les sexualités permettent de justifier la politique d'exclusion des individus et des groupes en fonction de leur appartenance ethnique.⁶³

Les partis politiques - notamment de droite - semblent donc avoir trouvé dans la thématique des sexualités un élément central alimentant la rhétorique du conflit entre civilisations (Fassin, 2006). Le leader néerlandais assassiné Pim Fortuyn, se positionnant comme gay d'extrême-droite, a ainsi mené un combat contre l'immigration musulmane et accusé la communauté musulmane d'être fermée à l'égalité femmes-hommes, et à la reconnaissance des couples gays qui existe depuis les années 2000 aux Pays-Bas. Dans cette perspective, certains

⁶² Ainsi dit, « alors que le nationalisme viriliste décrit par George Mosse dans l'entre-deux-guerres s'appuyait sur la stigmatisation des minorités sexuelles, et donc sur l'hégémonie de nationalismes hétéro-centrés, il semble qu'il se recompose aujourd'hui, au contraire, autour de l'intégration de ces minorités à la communauté nationale, constituant ainsi certains pays réputés « hostiles » aux minorités sexuelles en repoussoirs de la modernité démocratique. Alors que les pratiques homoérotiques étaient considérées comme « anormales », « déviantes » ou encore « culturellement typiques d'un retard civilisationnel » par les anciens empires et puissances coloniales, les minorités sexuelles des pays post-coloniaux sont aujourd'hui brandies comme les fers de lance du progressisme contre l'obscurantisme et le respect des droits des homosexuels est devenu un étendard démocratique dans les pays dits occidentaux. » (Jaunait, Le Renard, Marteu, 2013 : 10).

⁶³ On assiste à une nouvelle construction de l'Autre (Said, 1978), le « nous » des pays et des populations qui reconnaissent des droits aux personnes homosexuelles au nom d'une civilisation occidentale moderne et progressiste, et les Autres, c'est-à-dire les pays étrangers où le système normatif n'est pas encore ouvert aux minorités sexuelles. Cette nouvelle construction de l'Autre donne naissance aux propagandes des institutions occidentales (les universités et organisations en défense des droits humains) pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles dans ces pays « étrangers ». Ces institutions, selon Massad (2002), sont une nouvelle forme d'impérialisme et de colonisation, c'est-à-dire d'un impérialisme « gay » sur la base d'une « identité gay occidentale » (Massad, 2002). Cette démarcation de civilisations (Fassin, 2006) advient aussi au sein même des pays que la dessinent, en stigmatisant les communautés d'immigré·e·s et en les dépeignant comme étant « culturellement inaptes » à se plier au système normatif-sexuel en vigueur dans le pays qui les accueillent. A titre d'exemple, le service de l'immigration de la République fédérale d'Allemagne pose toute une série de questions aux immigré·e·s musulman·e·s fraîchement arrivé·e·s sur le sol allemand pour vérifier leur ouverture à l'homosexualité (Fassin, 2006).

mouvements de droite des pays « occidentaux » se présentent comme progressistes sur la question des droits reconnus aux homosexuel·le·s. Ils sont à l'origine d'actions en justice, de débats parlementaires afin de reconnaître légalement les couples de même sexe. C'est le cas d'Enrico Oliari.⁶⁴

Cette différenciation entre « nous » et « eux » autour des questions sexuelles s'étend à l'échelle européenne. Les institutions européennes, parmi lesquelles la CrEDH, se retrouvent au cœur de ce débat géopolitique complexe qui s'est créé entre les pays européens occidentaux et les pays d'Europe centrale et orientale. C'est autour des questions sexuelles, notamment du mariage homosexuel que le sentiment politique pro ou anti européen s'exprime parfois.⁶⁵ Des lobbies politiques et juridiques soutenus respectivement par ces deux groupes de pays s'opposent autour de ces questions sexuelles en délimitant la nouvelle géopolitique européenne. En fait, les ONG qui interviennent en tant que partie civile dans l'arrêt Oliari, pro/anti reconnaissance du mariage homosexuel reflètent cette nouvelle géopolitique « sexuelle ». En faveur de la reconnaissance du droit au mariage des couples homosexuels italiens figurent :

La Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH), Le Centre de conseil sur les droits des individus en Europe (AIRE Centre – Advice on Individual

⁶⁴ Autrement dit, « tout au long des années 2000, la modernité sexuelle allait être au cœur de la nouvelle rhétorique de droite. On l'a vu en 2007, lors de la nouvelle campagne présidentielle (française), quand Nicolas Sarkozy a promis de créer un ministère de l'Immigration et de l'Identité nationale. (...) Mais quel contenu donnait-il à cette définition « républicaine » de l'identité nationale ? *« Les femmes, en France, sont libres, comme les hommes, libres de circuler, libres de se marier, libres de divorcer. Le droit à l'avortement, l'égalité entre les hommes et les femmes, ça fait partie aussi de notre identité. »* Autrement dit, la modernité sexuelle servait à tracer une frontière racialisée entre « eux » et « nous », renvoyant les « autres » dans le traditionalisme, voire l'archaïsme, comme si les immigrés et leurs descendants, mais aussi les musulmans avaient le monopole du sexisme (et de l'homophobie). Il ne s'agissait donc pas seulement de contester à la gauche le terrain de la modernité sexuelle, mais aussi d'instrumentaliser ce que j'ai proposé d'appeler la « démocratie sexuelle » à des fins xénophobes et racistes – une démarche qui rencontrait dès lors un écho à gauche, et chez certaines féministes. » (Fassin, 2014 : 36)

⁶⁵ En effet selon les mots de la politologue Chetaille, « *il existe un autre « Autre » à cette Europe de la modernité sexuelle, que ces études [sur le nationalisme et la sexualité] ont fréquemment ignoré. Cette autre altérité est beaucoup plus proche de l'Europe de l'Ouest puisqu'elle revendique le même label européen et fait partie pour sa majorité, depuis 2004, de l'Union européenne (UE) : il s'agit de l'Europe centrale et orientale, qui a acquis une solide réputation d'homophobie au cours des années 2000. (...) (Par exemple), en Pologne, en effet, la période 2004-2007 a vu l'interdiction de marches gays et lesbiennes, l'usage abondant d'une rhétorique anti-gays sur la scène politique, et la préparation de projets de loi condamnant la « propagande homosexuelle ».* Mais ce phénomène de politisation de l'homosexualité s'inscrit dans une historicité : *apparu soudainement, il est porté par des groupes mobilisés producteurs d'un discours nationaliste qui relève lui-même d'une forme de « tradition inventée » (Eric Hobsbawm et Terence Ranger (dir.), L'invention de la tradition, 2006).* Ainsi, à un nationalisme homophile qui place (dans le discours en tout cas) les droits des gays et des lesbiennes au cœur de l'identité nationale ouest-européenne, répond un nationalisme homophobe, dans les pays d'Europe centrale et orientale (PECO), qui dénonce la visibilisation de l'homosexualité comme une imposition de l'Ouest, véhiculée notamment par l'UE. » (Chetaille, 2013 : 120)

Rights in Europe), ILGA-Europe (la branche européenne de l'Association Internationale des lesbiennes, des Gays, des personnes Bisexuelles, Trans et Intersexes), la Commission européenne sur la législation pour l'orientation sexuelle (ECSOL), l'Union légale italienne pour la protection des droits de l'homme (UFTDU), la Ligue italienne des droits humains (LIDU), et l'Association italienne radicale en défense de certains droits (*Associazione Radicale Certi Diritti*).

Contre la reconnaissance du droit au mariage des couples homosexuels italiens :

Sept organisations non-gouvernementales russes : Fondation de la famille et de la démographie (*Family and Demography Foundation*), Pour les droits de la famille (*For Family Rights*), Comité de parents de la Ville de Moscou (*Moscow City Parents Committee*), Comité de parents de Saint-Pétersbourg (*Saint-Petersburg City Parents Committee*), Comité de parents de Volgogradsk (*Parents Committee of Volgogradsk City*), Centre culturel caritatif régional Svetlitsa (*The regional charity « Svltitsa » Culture Centre*), et Organisation des enfants de Saint-Pétersbourg (*Peterburgskie mnogodetki*).

Ainsi que trois organisations non-gouvernementales ukrainiennes : Le Comité parental d'Ukraine (*The Parental Committee of Ukraine*), le Comité parental orthodoxe (*The Orthodox Parental Committee*) et l'organisation nationale de la santé ukrainienne (*The Health Nation social organization*).

Enfin, les organisations non-gouvernementales russes et ukrainiennes n'ont déposé aucun mémoire⁶⁶ à la Cour, même si elles s'étaient constituées en tant que partie civile dans l'affaire. Par contre, le gouvernement italien avait demandé à la CourEDH de ne pas accepter les mémoires conjoints de la FIDH (fédération internationale des droits de l'Homme), AIRE Centre (Advice on Individual Rights in Europe), ILGA-Europe (European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), ECSOL (European Commission on Sexual Orientation Law), UFTDU (Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani) et LIDU (Lega Italiana dei Diritti dell'Uomo). Ces mémoires avaient été déposés un

⁶⁶ « Dans le langage juridique un « mémoire » est un document écrit adressé à une autorité, voire à une juridiction, pour exposer une situation et faire valoir des moyens juridiques destinés à l'obtention d'un droit ou d'un avantage en relation avec la situation qui y a été exposée. » cf définition disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/memoire.php>

jour après la date limite portée au 26 mars 2015. La Cour a toutefois accepté les argumentations⁶⁷ des organisations, car un courriel dans l'après-midi du 26 mars avait annoncé l'envoi des argumentations le jour suivant par fax.

Cette polémique entre les États européens autour de la reconnaissance du mariage homosexuel interroge le rôle juridique que le Conseil de l'Europe joue vis-à-vis de chaque État membre. Les juges de Strasbourg, en laissant aux législateurs nationaux le soin d'être discrétionnaires sur la reconnaissance ou pas du mariage homosexuel, entrent de fait dans ce débat géopolitique du « sexuel ». Par ce positionnement, elles et ils confirment indirectement l'idée selon laquelle les débats juridiques sur ces questions sont intrinsèquement politiques, au point de vouloir éviter de donner un ancrage juridique contraignant en matière de mariage homosexuel. L'impartialité que se propose d'adopter les juges de Strasbourg servirait à éviter d'heurter les complexes équilibres entre les États membres du Conseil de l'Europe. Mais cette position agit finalement en faveur des États et associations homophobes opposés au mariage homosexuel.

VI.2 Les impacts législatifs : une approche « progressive » vers le mariage homosexuel

La conclusion à laquelle la Cour de Strasbourg parvient dans l'arrêt Oliari est la suivante : même si le législateur italien a une marge d'appréciation dans la manière de reconnaître les couples de même sexe (unions civiles ou mariage homosexuel), il est obligé de leur octroyer une forme de protection juridique.

En effet, l'Italie a été condamnée pour la violation de l'art. 8 de la CEDH en raison de l'absence de protection juridique pour les couples de même sexe. Cet article requiert des États de garantir une protection juridique de la vie privée des citoyen-ne-s par les États membres du Conseil de l'Europe. Le premier alinéa de l'article énumère précisément les droits que l'État doit garantir à toute personne : respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Le second alinéa précise la portée de ces droits en permettant l'ingérence, dans certaines circonstances, des autorités publiques dans leur

⁶⁷ Dans le langage juridique l'« argument » est la proposition que les parties à un procès font valoir à l'appui de la thèse qu'elles défendent. L'ensemble des arguments constitue l'argumentation.

exercice, par exemple lors d'un contrôle de la correspondance dans le cadre d'un procès pénal.

Le gouvernement italien aurait pu recourir en appel contre ce jugement auprès de la Grande Chambre de la CrEDH,⁶⁸ mais il a privilégié une procédure législative d'adaptation au jugement de la Cour. Le 25 février 2016, presque six mois après le jugement de la Cour de Strasbourg, un projet de loi pour la reconnaissance des unions civiles aux couples homosexuels et hétérosexuels a été approuvé par le Sénat italien. Ce texte de loi a ensuite été définitivement approuvé par la Chambre des député·e·s, le 11 mai 2016.

Dans cette partie, je souhaiterais démontrer comment cette approbation législative relative aux unions civiles pour les familles homosexuelles italiennes s'inscrit dans une approche « progressive » vers le mariage homosexuel qui est commune à tous les autres processus législatifs des pays européens ayant déjà reconnu le mariage homosexuel. Trois caractéristiques sont communes à ces processus législatifs qui s'inscrivent dans une approche « progressive » vers le mariage homosexuel : a) la logique du « séparé·e·s mais égales.aux » - « *separate but equal* » ; b) les intersections entre ces processus législatifs et la jurisprudence ; c) les débats sociaux-politiques autour de ces processus législatifs

VI.2.1 La logique du « séparé·e·s mais égales.aux » - « *separate but equal* »

La logique du « séparé·e·s mais égales.aux » - « *separate but equal* » trouve son origine théorique et son application concrète dans le débat racial dans les États-Unis du XIX^{ème} siècle. En mai 1896, la cour suprême américaine avait considéré « raisonnable » le « *Separate Car Act* » introduit en 1890 en Louisiane. Celui-ci prévoyait des bus séparés pour les personnes de couleur.⁶⁹ La Cour suprême retenait que le principe d'égalité restait octroyé si le droit du/de la passager·ère à l'usage du bus était garanti, même s'il s'accordait avec des modalités différentes selon la couleur de peau de la personne. Selon cette logique le principe d'égalité

⁶⁸ La Cour est composée d'un nombre de juges égal à celui des Etats contractants, soit 47 juges, qui sont répartis en cinq sections. Suivant les cas, c'est la chambre, formation ordinaire de jugement - comme dans le cas Oliari -, composée de 7 juges, la Grande Chambre, formation extraordinaire de jugement, composée de 17 juges ou encore un Comité de 3 juges qui se prononcent sur les affaires présentées. Le protocole additionnel 14 a institué la fonction de juge unique. Celui-ci détient la compétence d'écarter une requête lorsqu'elle est manifestement irrecevable, l'objectif étant de diminuer la surcharge de la Cour.

⁶⁹ Ainsi, dans le domaine de l'éducation seront créées des écoles spécifiques pour les noir·e·s. Par ailleurs, des études ont démontré l'impact négatif que ce type d'éducation séparée a eu sur les parcours professionnels des personnes noires (Margo, 1990).

serait respecté même si la différence de traitement est fondée sur des éléments qui ne devraient plus constituer de motif discriminatoire. L'État devait alors fournir des raisons contraignantes pour justifier que la différenciation soit motivée par exemple en raison du genre ou de l'orientation sexuelle.⁷⁰

Même si la logique du « séparé·e·s mais égales·aux » - « *separate but equal* » n'a plus - ou rarement - de justifications dans les théories juridiques, on la retrouve dans les processus législatifs et jurisprudentiels de reconnaissance du mariage homosexuel, comme le soutient la juriste Suzanne B. Goldberg.⁷¹

La loi italienne sur la reconnaissance des couples de même sexe, dite aussi loi Cirinnà du nom de la sénatrice qui l'a écrite, tout récemment approuvée en Italie, constitue un bon exemple pour illustrer cette situation. Depuis près de trente ans, des projets de loi comprenant la reconnaissance des droits des couples de même sexe ont été déposés au parlement italien. En 2013, la sénatrice Monica Cirinnà du parti de la majorité – *Partito democratico* – a soumis au Sénat un projet de loi qui instaure la création d'unions civiles, accessibles aux couples de même sexe et aux couples hétérosexuels. Après deux années de travail au sein de la commission de justice du Sénat sur ce projet de loi, celui-ci a été présenté pour approbation au Sénat le 16 février 2016. Ce projet de loi prévoyait notamment la co-adoption de l'enfant du/de la partenaire dans un couple gay et reprenait le devoir de loyauté prévu dans le cadre du mariage. En fait, par ce biais-là, les couples homosexuels italiens étaient assimilés aux hétérosexuels, en tant que familles.

⁷⁰ A ce propos le sociologue Éric Fassin écrit : « Certes, toute distinction légale n'équivaut pas à une discrimination sociale. Par exemple, nous ne reconnaissons aux enfants ni les mêmes droits ni les mêmes devoirs qu'aux adultes. Cependant il ne suffit pas de constater une différence pour lui donner un fondement légal : les différences de classe ou de religion existent ; nous ne songeons pourtant pas à utiliser le droit pour creuser des fossés plus profonds. Avant d'établir légalement une différence, il importe de la justifier – faute de quoi, distinguer revient à discriminer. Ainsi, il nous apparaît juste de réserver aux femmes un congé de grossesse, puisque ce sont elles qui portent les enfants. En revanche, nous prenons conscience que la même justice requiert d'ouvrir le congé parental aux pères : ce n'est pas la nature qui donne aux mères le monopole de l'éducation durant la petite enfance. Bref, et c'est l'une des leçons de 1789, sous peine de maintenir des privilèges, la loi doit distinguer à bon escient – autant dire le moins possible : il y faut des raisons fortes, qu'on dirait en droit américain « contraignantes » (compelling). » (Fassin, 2005 : 44)

⁷¹ Selon Goldberg, juriste américaine pionnière dans l'approche de la perspective de genre en droit, c'est dans le contexte social et culturel dans lequel l'arrêt a été prononcé ou la loi approuvée qu'il faut trouver les motivations du recours à la logique du « *Separate-but-equal* ». Autrement dit : « *While none of these leading rationales for « separate but equal » relationship rules presents particularly strong legal arguments in light of contemporary constitutional doctrine, they have, as just noted, continued to hold sway in many jurisdictions. This phenomenon suggests the force of the observation at the outset of this essay – that judicial determinations about the permissibility of separate rules are more culturally contingent than we might ordinarily think. Although equal protection doctrine surely plays some role, the more powerful influence, it seems, is in societal perceptions of the groups and issue at hand. As a predictive matter, this dynamic suggests that to determine the future of « separate but equal » rules, we cannot limit our analysis to rote invocations of Brown and must instead also, and always, look to surrounding social context.* » (Goldberg, 2008 :103)

Les partis du gouvernement italien - *il Partito democratico* et *il Nuovo centro destra* - avaient quelques divergences au sujet de ce projet de loi, de sorte que les voix du parti d'opposition *Cinque Stelle* sont devenues fondamentales pour l'approbation au Sénat. Cependant, ce parti d'opposition a décidé, en dernière minute, de retirer son appui à ce projet de loi. De cette manière, il a voulu souligner l'existence d'avis divergents sur cette question au sein du gouvernement italien.

A la suite ces événements, le *Partito democratico* a conclu un accord avec le parti conservateur de la majorité, le *Nuovo centro destra*. Celui-ci a supprimé un certain nombre de droits que le projet de loi Cirinnà prévoyait. La loi italienne sur les unions civiles, approuvée au Sénat le 25 février 2016 et définitivement à la Chambre des député·e·s, le 11 mai 2016, ne prévoit plus la co-adoption de l'enfant du partenaire dans un couple gay.

Pour l'État italien, les couples de même sexe ne sont pas des familles, mais des formations sociales - à la manière des partis ou des syndicats - qui trouvent une protection juridique constitutionnelle dans l'art. 2 de la Constitution italienne. En effet, l'art. 1 de cette loi prévoit : « *Cette loi institue les unions civiles entre personnes de même sexe comme une formation sociale spécifique au sens des articles 2 et 3 de la Constitution. Ainsi, cette loi contient la législation sur les cohabitations des couples hétérosexuels non mariés.* » Comme nous avons pu le voir dans le paragraphe précédent, les articles 2 et 3 de la Constitution prévoient respectivement la tutelle de chaque individu dans la tutelle des formations sociales dans lesquelles il développé sa personnalité. Toutefois, c'est l'article 29 de la Constitution italienne qui traite de la famille, en prévoyant que « *La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, dans les limites fixées par la loi, en vue de garantir l'unité de la famille.* »

L'ancrage constitutionnel de cette loi dans les articles 2 et 3 de la Constitution, plutôt que dans l'article 29 n'est pas anodin. Il signifie la volonté du législateur de différencier les couples hétérosexuels des couples homosexuels, en réservant aux premiers la reconnaissance constitutionnelle en tant que familles.

Cependant, il faut également mettre en relief le fait que cette loi applique certaines dispositions prévues dans le livre I du code civil italien « *Delle Persone et della Famiglia* » - « Des personnes et de la famille » qui contiennent les dispositions relatives au mariage.

En effet, l'art. 20 de la loi Cirinnà prévoit : *« Dans le seul but d'assurer l'efficacité de la protection des droits et le plein respect des obligations qui découlent de l'union civile entre personnes de même sexe, les dispositions qui se rapportent au mariage et les dispositions contenant les mots « conjoint » ou « conjoints » ou des termes similaires, partout où ces mots se reproduisent dans les lois, dans les actes ayant force de loi, les règlements et les mesures administratives et les conventions collectives équivalentes, s'appliquent également aux unions civiles entre personnes de même sexe. La disposition de la phrase précédente ne concerne pas les règles du Code civil qui n'étaient pas expressément visées par la présente loi, ainsi que les dispositions de la loi du 4 mai 1983, n. 184 [loi sur l'adoption]. »*

Cette loi reprend plusieurs dispositions reconnues pour le mariage. J'en cite certaines : les obligations et devoirs propres au mariage (art. 11), la possibilité de partager un patrimoine commun (art. 13), la possibilité de choisir un nom commun entre les noms des partenair·e·s (art. 10), l'obligation d'une adresse commune mais pas la nécessité de vivre ensemble (art. 12), la possibilité de nommer la/le partenair·e en cas de protection juridique (art. 15), l'application au partenair·e des mêmes dispositions prévues pour la personne mariée (art. 38) et la reprise des normes maritales en cas d'hospitalisation du/de la partenair·e (art. 39). Par contre l'annulation de l'union civile ne passe pas par la procédure de divorce comme prévu dans le cadre d'un mariage. Une communication aux autorités administratives de la part d'un·e des partenair·e suffit à l'annuler (art. 60).

Cette loi constitue une première étape dans le processus de reconnaissance législative du mariage homosexuel ainsi qu'en matière de co-adoption et d'adoption pour les couples homosexuels.

Pour l'heure, il faut relever que même si certains droits relevant du mariage sont désormais accordés aux couples homosexuels au travers de la conclusion d'une union civile, ces couples sont juridiquement différenciés des couples hétérosexuels. Cette différence formelle et juridique influence aussi la reconnaissance publique des couples homosexuels.

Par ailleurs, une reconstruction des processus législatifs des autres pays du Conseil de l'Europe dans lesquels a été introduit le mariage homosexuel me permettra de relever des éléments similaires entre l'approche « progressive » italienne vers le mariage et celles

d'autres pays européens.⁷² En effet, dans de nombreux pays le mariage homosexuel n'a été reconnu qu'après plusieurs étapes législatives, distinguant pendant longtemps les couples homosexuels des couples hétérosexuels, dans la logique du « séparé·e·s mais égales·aux » - « *separate but equal* »

Au sein du Conseil de l'Europe, treize États ont introduit le mariage pour les couples homosexuels : les Pays-Bas, le Danemark, la Finlande, la Belgique, l'Espagne, la Norvège, la Suède, le Portugal, l'Islande, la France, le Royaume-Uni et le Luxembourg.

Certains types de contrat (sous le nom d'union civile ou de partenariat enregistré etc.) reconnaissent des droits communs aux couples homosexuels et hétérosexuels non mariés dans le domaine immobilier, de la succession, de l'assurance, de la retraite ont également été mis en place dans certains pays. Ils ont été adoptés dans tous les pays où le mariage homosexuel a par la suite été adopté, ainsi qu'en Suisse, Autriche, Allemagne, Hongrie, Croatie, Andorre, Chypre, Estonie, Allemagne, Gibraltar, Grèce, Irlande, Liechtenstein, Malte, République tchèque, Saint-Marin, Hongrie et Slovénie. Cinq pays de l'Union Européenne ne reconnaissant toujours aucune forme de protection juridique aux couples de même sexe : la Lituanie, la Lettonie, la Pologne, la Slovaquie, la Bulgarie et la Roumanie.

La Biélorussie, la Bulgarie, la Croatie, la Lettonie, la Lituanie, la Moldavie, le Monténégro, la Pologne, la Serbie, la Slovaquie, l'Ukraine et la Hongrie ont quant à eux émis une interdiction constitutionnelle au mariage homosexuel.⁷³ Tout récemment le 28 février, la Suisse a par le biais d'une votation populaire refusé l'initiative du parti conservateur PDC "Pour le couple et la famille - Non à la pénalisation du mariage."

Sous couvert d'accorder une égalité fiscale à certains couples mariés, cette initiative proposait

⁷² Dans ce paragraphe, même si je cite les pays ayant introduit la possibilité d'adoption pour les couples homosexuels, je ne m'attarde pas sur les droits de la filiation homoparentale. Dans ce domaine, il faut surtout distinguer l'adoption de la co-adoption. La première, permet aux couples homosexuels d'adopter des enfants dans les mêmes conditions que celles prévalant pour les adoptions contractées par les couples hétérosexuels. Par contre la co-adoption permet d'adopter les enfants qui sont sous la tutelle d'un·e des deux partenair·e, au sein du même couple homosexuel. La « première » personne ayant la tutelle peut être le père ou la mère biologique de l'enfant, conçu dans le cadre d'une union hétérosexuelle ou d'une fécondation hétérologue. Tous les pays européens ne reconnaissent pas la co-adoption au sein des couples homosexuels et de nombreux n'autorisent pas la fécondation hétérologue dans le cadre de ces unions. On peut donc parler de « courts-circuits » notamment en droit international, entre les normes des pays où les couples homosexuels ont fait recours à la fécondation hétérologue et ceux où ils résident. Cet aspect ne figurant pas au cœur de notre problématique, il ne fait pas l'objet d'un approfondissement. (Torino, 2012).

⁷³ Parmi ces pays figurent quatre des cinq pays de l'Union Européenne qui ne prévoient aucune législation particulière pour les couples homosexuels : la Lituanie, la Lettonie, la Pologne, la Slovaquie, la Bulgarie et la Roumanie (Torino, 2012).

de définir dans la Constitution le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme - interdisant ainsi de manière durable le mariage entre personnes de même sexe en Suisse. Actuellement, des projets en faveur du mariage homosexuel sont en cours au Parlement suisse.

Du recensement par pays des différents processus législatifs d'introduction du mariage homosexuel, il est possible de retenir comme fil conducteur la série d'institutions juridiques précédant la reconnaissance du mariage aux couples de même sexe. Ces différentes institutions, tout en reconnaissant les unions homosexuelles en tant que formations sociales structurées par des liens affectifs stables, font l'objet d'une protection qui est parfois distincte de celle réservée aux familles hétérosexuelles.

Dans la plupart des cas, ces institutions constituent une première étape de protection légale pour les couples de même sexe. Toutefois, cette légitimité juridique se fait sur un plan différent de celui qui a historiquement caractérisé la protection des couples hétérosexuels : le mariage. C'est en cela que l'on retrouve la logique du « séparé·e·s mais égales et égaux » - *« separate but equal »*.

Par exemple, les Pays-Bas ont été le premier pays en 2001 à donner accès au mariage civil aux couples homosexuels, en reconnaissant les mêmes droits et obligations que ceux accordés aux couples hétérosexuels, y compris l'adoption. Quelques années plus tôt, en 1997, avaient été réglementées les relations de couples de même sexe par le biais de l'introduction aux Pays-Bas des partenariats enregistrés, qui prévoyaient un statut similaire au mariage, à l'exception de l'adoption. Celle-ci ne sera accordée qu'en 2000 aux couples homosexuels de nationalité néerlandaise ou résidant depuis plus de cinq ans dans ce pays.

Par ailleurs, la possibilité d'adoption ou de co-adoption et le recours à l'insémination artificielle pour les couples de même sexe suit des processus législatifs différenciés de ceux réglementés par un partenariat enregistré ou un mariage hétérosexuel. Le thème de l'homoparentalité constitue le nœud le plus complexe dans la reconnaissance du mariage aux couples de même sexe. Parfois, ces droits à la parentalité homosexuelle sont reconnus avant le mariage égalitaire comme dans le cas du Danemark. Ce pays avait déjà garanti la fécondation in vitro depuis 2007 aux couples lesbiens et la possibilité d'adopter en 2009, et a reconnu le mariage en 2012. Certains pays ont parfois accompagné la possibilité d'adoption dans le cadre des couples de même sexe, avec l'introduction du mariage homosexuel, comme en France, en

2013. D'autres fois, l'autorisation à l'adoption pour les couples du même sexe est parvenue ensuite. Par exemple, le Portugal reconnaît le mariage aux couples de même sexe en 2010 mais n'autorise l'adoption au sein des couples homosexuels que depuis 2015.

VI.2.2 Les intersections entre ces processus législatifs et la jurisprudence

Le processus législatif d'introduction du mariage homosexuel s'entremêle souvent avec des arrêts nationaux ou internationaux qui stimulent ce processus législatif, comme dans l'exemple Italie ou portugais. Toutefois, ces processus législatifs de reconnaissance du mariage homosexuel sont fortement combattus et mis en cause. C'est pour cette raison qu'ils font l'objet de recours devant les cours.

Par exemple, l'Espagne fût le premier pays du sud-est de l'Europe à reconnaître le mariage homosexuel en 2005. Cette loi sur le mariage pour les couples de même sexe laisse inchangées les dispositions prévues par le mariage des couples hétérosexuels. Les mots « époux » et « épouse » ont été remplacés par celui de « conjoint » et l'adoption également reconnue aux couples homosexuels espagnols. La loi précise que les normes espagnoles familiales s'appliquent également aux conjoint·e·s de même sexe.

A la suite d'un recours des partis conservateurs de centre-droit, la Cour constitutionnelle espagnole dans l'arrêt n° 198 / 2012 a réaffirmé la légitimité constitutionnelle du texte législatif relatif au mariage entre personnes de même sexe.

La Cour a estimé que l'article 32 de la Constitution espagnole « l'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique » est compatible avec l'hypothèse du mariage des couples de même sexe. A aucun moment cet article n'associait en effet le mariage à la seule union femme-homme.

Dans le paragraphe n° 9 de l'arrêt, la Cour souligne l'importance d'une interprétation évolutive de la loi connectée aux phénomènes sociaux contemporains : « la définition de la culture juridique rappelle que la loi est un phénomène social lié à la réalité dans laquelle elle se développe ».

Grâce à une interprétation évolutive du texte constitutionnel, l'attention de la cour constitutionnelle espagnole se porte au-delà du sexe des conjoint·e·s, sur le noyau central du

concept du mariage et sur ses contraintes typiques : la construction d'une relation stable de cohabitation par deux personnes, avec des effets contraignants et des conséquences juridiques déterminées. A ce sujet, la Cour affirme dans son point n° 5 : « [le mariage] assume donc un caractère essentiellement « neutre » par rapport à l'exigence de l'hétérosexualité des époux. »

Une fois de plus, il a été souligné la manière dont les arrêts peuvent inciter les politicien·ne·s à approuver des lois qui soient plus égalitaires.

VI.2.3 Les débats sociaux-politiques autour de ces processus législatifs

Enfin, un autre élément qui a caractérisé l'ouverture au mariage homosexuel en Europe a été la succession de deux référendums à ce sujet, aux résultats différents. Ceci démontre comment le débat politique autour du mariage homosexuel s'inscrit pleinement dans les agoras démocratiques contemporaines.

En 2015, la très catholique Irlande a été le premier pays au monde à introduire un mariage pour les couples homosexuels au travers d'un référendum, le 22 mai 2015. Le « oui » au mariage homosexuel a été approuvé par 62,1 % des votant·e·s. Les Irlandais·e·s ont voté en faveur de la phrase suivante : « *Le mariage peut être contracté suivant la loi entre deux personnes sans distinction de sexe.* » Ainsi, l'adoption pour les couples de même sexe a été également autorisée.

La Slovénie a quant à elle été le premier pays d'Europe de l'Est à vouloir introduire la légalisation du mariage pour les couples de même sexe en mars 2015. Des amendements ont été approuvés à la loi sur le mariage et la famille qui assimilaient le mariage des couples de même sexe au mariage hétérosexuel, en autorisant ainsi l'adoption. La Slovénie a aussi été le deuxième pays européen à recourir au référendum pour amener le sujet dans le débat public. Le référendum du 20 décembre 2015, voulu par les partis conservateurs de droite et par l'Église catholique, avec l'appui du Pape François, demandait d'annuler le *same-sex marriage* par volonté populaire. 63% des participants ont répondu « non » à la question : « *Voulez-vous l'entrée en vigueur des amendements à la loi relative au mariage et à la famille, qui a été approuvée le 3 mars 2015 ?* », contre 37% de oui. Malgré le recours auprès de la Cour constitutionnelle du gouvernement slovène contre la question référendaire, considérée comme « homophobe et discriminatoire », le référendum avait été autorisé, conduisant à l'annulation de la validité de cette loi.

Ces référendums nous confirment la pertinence du concept de « démocraties sexuelles » (Fassin : 2006). La normalisation des sexualités de chacun·e est devenue l'une des thématiques les plus récurrentes de nos agoras politiques.

« Les formes actuelles de la sexualité, étant séparées entre elles, représentant des mutilations du développement potentiel et polymorphe d'Eros. »⁷⁴

(Mario Mieli, 1977 : 97)

Chapitre VII : Conclusions

Une recherche ne semble jamais se terminer ou n'avoir jamais fourni assez d'éléments pour permettre à son auteur·e de formuler des affirmations définitives. Le nombre de pages limité d'un mémoire comme le temps qu'il me reste à consacrer à cette étude m'amènent toutefois à l'étape des conclusions. J'invite donc les lecteurs et lectrices à considérer celles-ci comme des réflexions ouvertes à des explorations futures.

Récemment, alors que j'achevais mon travail de recherche, j'ai été frappé par la sortie médiatique d'un ministre italien, qui m'a semblé cristalliser de nombreux éléments étudiés dans l'arrêt Oliari. Le 16 février 2016, suite à l'approbation par le Sénat italien du projet de loi sur les unions civiles pour les couples homosexuels, Angelino Alfano, ministre de l'intérieur italien et leader du parti de la majorité « *Nuovo centro destra* », s'exprimait en ces termes : « *C'est un cadeau qui a été fait à l'Italie que d'empêcher les gays d'avoir un enfant. Une révolution contre-nature a été bloquée* »⁷⁵. Il faisait ici allusion aux suppressions dans ce texte de loi - approuvé par le Parlement italien définitivement en mai 2016 - de la notion de famille pour caractériser les couples homosexuels italiens, et de la possibilité de co-adoption.

Cette phrase rappelle que les familles homosexuelles italiennes ne peuvent accéder à l'homoparentalité, et elle souligne également la différence de traitement entre familles hétérosexuelles et homosexuelles, selon la logique du « séparé·e·s mais égales·aux ». Les unions civiles créées à la suite de l'arrêt Oliari, ont en effet été réservées aux seules familles homosexuelles italiennes, marquant une différenciation, sur le plan normatif, de la légitimité des sexualités. La sexualité légitime (l'hétérosexualité) est reconnue légale au travers du mariage alors que l'homosexualité, en ne bénéficiant que de l'union civile, est encore en

⁷⁴ Citation originale : « *Tutte le forme attuali della sessualità, proprio in quanto separate, rappresentano mutilazioni rispetto alla potenziale esplicazione polimorfa dell'Eros.* » (Mario Mieli, 1977 : 97)

⁷⁵ Citation originale : « *Regalo all'Italia impedire a gay di avere un figlio. Bloccata rivoluzione contronatura* »

partie considérée comme illégitime.

Je relève dans la formule d'Alfano quatre éléments faisant directement écho aux axes qui se sont dégagés de l'analyse de l'arrêt Oliari : a) le « politique » qui caractérise un discours jurisprudentiel ou une législation sur les questions de genre et des sexualités, b) l'eupéanisation des questions sexuelles et leur inscription dans le débat politique européen, c) l'inscription du droit, même lorsqu'il se veut innovant, dans une « hétérosexualité obligatoire » (*compulsory heterosexuality*), et enfin d) la pertinence de l'outil de recherche de la perspective de genre en droit.

Tout d'abord, cette phrase me paraît particulièrement révélatrice de la manière dont le droit devient un instrument du politique, notamment lorsqu'il s'agit de régler des questions de genre et des sexualités.

Deuxièmement, le fait de prononcer cette phrase dans un contexte international, et plus particulièrement dans le cadre d'un sommet politique européen, souligne la manière dont les législations/politiques nationales sur les questions de sexualité et de genre s'entrecroisent avec les politiques et jurisprudences internationales, même si le contexte de l'Union Européenne est différent de celui du Conseil d'Europe. En effet, cette phrase a été prononcée à Bruxelles à la sortie d'une réunion du Conseil « Justice et Affaires intérieures », qui rassemble les 28 ministres de la justice et de l'intérieur de l'Union européenne. Le ministre italien, par ailleurs juriste, connaissait l'impact politique auquel conduit ce type de propos, prononcé dans le contexte d'un sommet européen. Il s'agissait certainement pour lui de rappeler l'indépendance de l'Italie sur ces questions vis-à-vis des institutions européennes. Celles-ci n'ont pas manqué de rappeler à son gouvernement les violations dont l'Italie était coupable.

Troisièmement, la déclaration d'Angelino Alfano met en évidence la structuration de la réglementation des rapports familiaux et affectifs-sexuels autour d'une hétérosexualité obligatoire comme élément fondateur.⁷⁶ En plus d'être illégitime d'un point de vue juridique, tout projet législatif alternatif au système actuel serait contre-nature. Un jugement moral s'ajouterait pour faire obstacle à la reconnaissance de ces droits.

Enfin, la perspective de genre en droit montre ici toute sa pertinence, puisqu'elle s'avère être une formidable grille d'analyse à même de déconstruire les présupposés contenus dans la

⁷⁶ Barker, 2013 : 166. L'expression originale est *compulsory heterosexuality*.

phrase du ministre.

VII.1 Le politique d'un discours jurisprudentiel ayant pour objet des questions sexuelles ou de genre

La première piste suivie dans ce mémoire m'a permis de démontrer que des décisions jurisprudentielles et des législations qui se veulent neutres et impartiales, notamment lorsqu'elles ont pour objet des questions sexuelles ou de genre, sont caractérisées par des choix jurisprudentiels et politiques.

Le pouvoir judiciaire ne peut pas approuver une législation sur le mariage homosexuel à la place du législateur sachant que le principe de séparation des pouvoirs - législatif, judiciaire, exécutif - structure nos démocraties européennes. Mais en lui laissant une telle marge d'appréciation, les juges font ici un choix davantage politique que juridique.

L'arrêt Oliari souligne que le mariage n'est pas réservé aux seuls couples hétérosexuels et reconnaît aux familles homosexuelles le statut de victimes de discrimination en tant que violation de la vie privée et familiale (Art. 8 – 14 CEDH) car aucune législation était prévue en Italie, mais il laisse au législateur italien une marge d'appréciation quant à la reconnaissance du mariage aux couples homosexuels. La CrEDH affirme que la reconnaissance du mariage pour les couples homosexuels s'inscrit dans la « tradition » législative et sociale de chaque pays, puisqu'elle relèverait du domaine des questions sensibles du point de vue moral ou éthique (« *sensitive moral or ethical issues* ») (177. CrEDH (2015), Oliari). Autrement dit, celle-ci est laissée à la discrétion du politique.

Cette décision pose question. Si le droit au mariage est reconnu à l'article 12 CEDH comme un droit fondamental reconnu à toutes les personnes, pourquoi la CrEDH laisse-t-elle une marge d'appréciation au législateur italien dans l'évaluation de la reconnaissance de ce droit aux couples homosexuels ? Comment peut être justifié ce type de discours jurisprudentiels ? Le fait de renvoyer à la tradition du pays constitue-t-il une décision juridique ou un choix politique ?

Les juges ont bien contextualisé et déconstruit le stéréotype de l'hétérosexualité du mariage mais elles et ils n'ont pas osé inscrire leur jugement dans une logique d'égalité non-stéréotypée. Leur action reste limitée et partielle, puisque l'arrêt reconnaît le mariage comme un droit, sans engager le législateur italien à le reconnaître comme tel.

J'ai cherché à démontrer dans mon analyse comment le pouvoir jurisprudentiel se caractérise comme pouvoir « juridico-discursif », faisant des arguments d'un arrêt des outils de pouvoir. Il me semble que le choix de certains termes plutôt que d'autres, la déconstruction ou non d'un stéréotype révèlent déjà l'opinion de la Cour vis-à-vis d'une sexualité ou d'un type de famille.

De la sorte, une sexualité est en mesure de gagner en dignité sociale et juridique, dès lors que les cours ou les parlements lui reconnaissent une légitimité.

Je considère qu'il ne peut y avoir d'égalité lorsque celle-ci se limite à des éléments déclaratifs (égalité formelle), sans promouvoir de mesures destinées à leur mise en œuvre (égalité substantielle). Bien au contraire, il y a des cas - comme celui analysé dans cette étude -, où les mesures qui visent à réaliser l'égalité doivent s'accompagner d'une déconstruction juridique et discursive des stéréotypes liés aux sexualités et au genre. Une cour peut contribuer à réaliser une culture égalitaire non stéréotypée. Dans la déconstruction du stéréotype de l'hétérosexualité du mariage, j'ai pu démontrer comment la jurisprudence est parvenue à ce type de résultat, et comment le pouvoir des jug.e.s peut être à l'origine de la déconstruction de stéréotypes.

VII.2 L'eupéanisation des questions sexuelles

Un autre aspect reliant la phrase du ministre Angelino Alfano à cette étude réside dans ce qu'on caractérise, depuis une décennie, comme une « eupéanisation des questions sexuelles ». Les pays du Conseil d'Europe n'ont pas un avis uniforme au sujet du mariage homosexuel, et seuls 14 Etats membres sur 47 ont reconnu le mariage homosexuel. La CrEDH connaît le difficile équilibre politique qui existe autour de ces questions.

La CrEDH préfère inscrire l'arrêt dans l'actuel débat politique européen, où les questions sexuelles façonnent des nationalismes sexuels, et une nouvelle géopolitique sexuelle entre l'Ouest (qui serait progressiste dans la matière) et l'Europe de l'Est (qui serait plus rétrograde), comme témoignent les parties civiles de l'affaire Oliari.

Les débats politiques et jurisprudentiels sur ces questions ne sont plus limités aux frontières de chaque pays mais les traversent. Ces questions sexuelles et de genre contribuent à définir le statut de citoyens et citoyen·ne·s européen·ne·s.

Le fait de ne pas reconnaître le mariage aux familles homosexuelles revient à considérer leurs membres comme des citoyen·ne·s européen·ne·s de seconde zone. Comme à l'époque d'Olympe de Gouges, la définition d'une citoyenneté égalitaire et inclusive n'est pas encore acquise.

D'autre part, ce débat sur la citoyenneté n'a pas uniquement un impact de type juridique. Au contraire, il s'inscrit dans une logique qui relève d'un point de vue politique et sociale. Or, dans le contexte européen, la citoyenneté se façonne à un niveau supranational. En ce sens, l'arrêt Oliari a démontré comment le débat sur la reconnaissance du mariage homosexuel ne se limite pas à l'Italie, pays de cette affaire, mais au contraire s'inscrit dans une logique supranationale où des enjeux juridiques et politiques internationaux s'intersectionnent entre eux. Ces éléments m'ont permis de conclure à la présence d'une citoyenneté sexuelle européenne. (Stychin, 2013)

Par ailleurs, il est étonnant de voir comment, lorsqu'elle est caractérisée par une dynamique progressiste, l'eupéanisation des questions de genre et sexuelles est contrée par des opérations visant à défendre la souveraineté nationale de chaque Etat membre. Ces Etats se défendent comme si le Conseil de l'Europe et l'Union européenne agissaient de manière arbitraire sans justifier l'octroi de nouveaux droits sur des bases juridiques. D'où naît donc ce besoin de défendre la souveraineté nationale, lorsqu'il s'agit des questions sexuelles et de genre ?

Une réponse possible à ce phénomène réside dans le fait que le système de genre se décline à la fois de manière nationale mais aussi internationale. Or, le système de genre est ici considéré comme l'ensemble des normes et la jurisprudence ancrées dans l'hétérosexualité.

La jurisprudence - nationale ou internationale - ne peut pas nier l'existence des réalités sociales des familles homosexuelles et la possibilité de leur reconnaître le droit au mariage. Mais, conscient·e·s des impacts politiques que ce type de reconnaissance comporte, les jug·e·s laissent au législateur (l'expression directe d'une population) le soin de décider en la matière.

Cependant, au niveau international, il faut souligner une spécificité propre au contexte du Conseil de l'Europe. La décision des jug·e·s de Strasbourg s'inscrit, comme sus-évoqué, dans cette nouvelle géopolitique sexuelle entre une Europe de l'Ouest vue comme progressiste en la matière et une Europe de l'Est considérée comme rétrograde. Au débat spécifique sur le

mariage homosexuel s'ajoutent des aspects propres aux relations internationales qui échappent parfois à toute logique juridique, et rendent les décisions jurisprudentielles victimes de logiques et d'intérêts politiques.

VII.3 L'hétérosexualité obligatoire

Le troisième élément des propos d'Alfano faisant écho à cette étude est le concept d'hétérosexualité obligatoire autour duquel le système de genre se construit (*compulsory heterosexuality*) (Barker, 2013 : 166). Cette caractéristique est présente même lorsque le droit se veut innovant et progressiste, que ce soit aux niveaux nationaux ou internationaux. En effet, même lorsque le législateur ou la jurisprudence interviennent afin de reconnaître les relations affectives et sexuelles entre personnes du même sexe, cela se fait à partir des modèles normatifs utilisées pour les couples hétérosexuels sans qu'ils ne soient jamais discutés.

En effet, ces reconnaissances légales sont inspirées par des structures légales imprégnées d'un modèle hétérosexiste et patriarcal de la société. Autrement dit, je suis convaincu du fait que la reconnaissance sociale des personnes LGBTQIA passe ainsi pour la reconnaissance légale (logique constructiviste de l'orientation sexuelle - Bamforth, 2013), mais cette reconnaissance doit être également l'objet de critiques lorsqu'elle reproduit les mêmes bases légales qui ont pendant longtemps légitimé la discrimination des personnes LGBTQIA.

L'évolution des droits des homosexuel·e·s « *gay rights* » démontre ainsi comment l'acquisition de certaines reconnaissances juridiques de la part des personnes LGBTQIA ont donné lieu à une plus grande reconnaissance sociale, alors que les contextes sociétaux ont longtemps été fermés à ces types de reconnaissance. Lorsque certains droits ont été octroyés, une légitimation sociale a suivi ces reconnaissances légales. Celui-ci s'inscrit souvent dans un long processus où la reconnaissance du mariage homosexuel et de l'homoparentalité au sein des familles homosexuelles arrive seulement après une série d'institutions juridiques telles que les unions civiles, qui reconnaissaient de manière différenciée les familles homosexuelles des familles hétérosexuelles.

Par ailleurs, j'ai tenté tout au long de cette étude de démontrer comment le droit est un outil de réponses aux formes d'homophobies (psychologique et institutionnelle). L'homophobie

psychologique (la peur de la sexualité homosexuelle) s'entremêle et trouve sa justification dans l'homophobie normative (une phobie institutionnalisée et concrétisée au travers de loi, des jurisprudences ou des discours politiques). A ce sujet, l'affirmation du ministre Alfano représente un cas concret d'homophobie institutionnalisée, car elle est prononcée par un ministre en charge des affaires intérieures d'un pays, et par ailleurs juriste.

Ainsi, la différenciation des familles homosexuelles et hétérosexuelles selon la logique du « séparé·e·s mais égales et égaux », tout comme la nature politique d'un arrêt sur les questions sexuelles, s'inscrivent pleinement dans des exemples d'homophobie normative et dans le modelé d'hétérosexualité obligatoire.

VII.4 L'utilité sociale d'une perspective de genre en droit

En conclusion, cette étude a démontré toute l'utilité d'une perspective de genre en droit, lorsqu'il s'agit de déconstruire et d'analyser des lois ou arrêts ayant pour objet des questions sexuelles ou de genre.

Les outils d'analyse du genre et des sexualités se sont révélés des clés de lecture pertinentes pour les arrêts étudiés et pour la loi analysée. Ils ont permis de mettre en évidence toutes les contradictions juridiques qui habitent ces arrêts et la loi encore inscrits dans une structure hétéronormative du droit, lorsque ces arrêts et lois ont eu pour objet la réglementation du mariage.

En effet, les trois éléments qui caractérisent - à mon avis - la perspective de genre en droit se sont manifestés dans l'analyse de l'arrêt Oliari : l'exclusion, la domination, et la transdisciplinarité.

La perspective de genre en droit a notamment pour objet d'étude et de recherche les exclu·e·s de certains droits et les dominé·e·s dans une société donnée. Cette perspective s'inscrit pleinement dans un courant d'études critiques dont la finalité est la déconstruction des normes dominantes en vue de rendre la société la plus égalitaire et inclusive. Par ailleurs, les dominé·e·s et exclu·e·s deviennent souvent les acteurs et actrices principaux·les de ces recherches, en les soutenant ou même en les réalisant.

C'était également l'occasion de montrer comment un objet d'étude peut être abordé par différentes pistes d'analyse, de manière transdisciplinaire, à la croisée des savoirs académiques. Dans ce cas, il s'agissait de déconstruire l'arrêt en parvenant à une nouvelle

conclusion. Ainsi, cet arrêt a été contextualisé avec les effets politiques et législatifs induits par ce dernier.

L'analyse, dans une perspective de genre en droit, a ainsi permis de comprendre de quelle manière un arrêt pourrait nommer un stéréotype tout comme le contester. Dans cette étude, il s'agissait du stéréotype social lié à l'hétérosexualité du mariage. Cette déconstruction a été possible lorsque la science juridique a été mise en dialogue avec les sciences sociales, notamment les études genre.

Par ailleurs, l'application de la méthodologie du « projet des jugements féministes » dans la révision Oliari m'a permis de démontrer d'un point de vue concret comment un discours jurisprudentiel peut être imaginé de manière différente, sous la perspective de genre en droit.

Une cour consciente de l'impact politique et social qui se détermine au travers d'un jugement devrait viser un langage « grand public », et non pas réservés aux seul·e·s expert·e·s. Il devrait également déconstruire des stéréotypes. En partant du contexte matériel d'une discrimination, une cour pourrait parvenir à formuler un modèle légale inclusif et anti-essentialiste qui enlèverait enfin la discrimination existante.

Ainsi, les questions sexuelles liées aux minorités sexuelles appellent un dialogue constant entre savoirs et contextes géographiques. En effet, l'analyse de cet arrêt s'est inscrite dans un contexte européen élargi. Les défis sont multiples et les réponses exigées complexes et transdisciplinaires. Les études en droit ont dû faire face à ces nouvelles réalités sociales qui remettent en question la « neutralité » du droit et réclament de nouvelles réglementations. Ce mémoire a confirmé que ce sont ces faits sociaux qui ont incité certaines facultés de droit à ouvrir leurs portes aux études genre.

Par ailleurs, le champ d'analyse relatif aux réglementations des rapports affectifs et sexuels, sous la perspective de genre en droit, est ouvert à de nombreuses pistes encore inexplorées, car l'égalité non-stéréotypée semble encore bien loin d'être acquise. Les questions sexuelles et de genre qui attendent de nouveaux éclairages sont multiples.

Si l'on en reste au thème spécifique de ce mémoire - le mariage homosexuel - il y a différentes thématiques qui mériteraient d'être approfondies et appellent des éclairages juridiques. Parmi celles-ci figure une série de questions liées aux « migrations » sexuelles : Comment reconnaître les mariages homosexuels contractés à l'étranger dans un pays où le

mariage homosexuel n'est pas prévu par la loi ? De quelle manière légiférer les cas de gestations pour autrui ? Comment reconnaître la filiation homoparentale, notamment dans les cas où elle représente déjà une réalité *de facto* ? etc.

Il me semble que l'une des conclusions essentielles de cette étude est la nécessité, pour appréhender la complexité sociale du monde contemporain, d'un savoir académique transdisciplinaire, d'un savoir « impur »⁷⁷ capable de donner des réponses scientifiques à partir de la complexité et de la contingence des réalités sociales.

En plus de la notion d'impureté, j'aimerais retenir celle d'imperfection comme élément indésirable dans un modèle établi - dans un système - capable d'altérer un corps. La perspective de genre en droit représente cette imperfection du fait de son caractère encore hybride. Elle apparaît comme un élément indésirable dans un milieu académique très codifié. En même temps, c'est, je l'espère, un élément capable d'altérer le corps de la norme dominante.

Cela devient encore plus évident lorsque les questions qui appellent des connaissances scientifiques ont pour objet les droits liés au genre et sexualités. Ces thématiques ne peuvent pas être étudiées si on se limite uniquement à la norme juridique d'un point de vue formel. Bien au contraire, la formulation de normes ou de jugements ne peut être expliquée que grâce aux apports des sciences sociales, notamment des études genre.

Les recherches liées au genre et aux sexualités demandent ainsi au savoir académique de ne pas se confiner aux murs des universités. La vulgarisation de ces savoirs et recherches scientifiques constitue ainsi une priorité sociale et culturelle.

Dans le futur, l'exploration de la perspective de genre en droit comme savoir juridico-social appliqué et vulgarisé attend celles et ceux qui voudraient déconstruire le système de genre tel qu'il se présente aujourd'hui, afin de réaliser concrètement une société où une égalité non-stéréotypée devienne la norme dominante.

⁷⁷ Arnaud, 1985 : 11

Bibliographie :

AKANDJI-KOMBE Jean-François (2006), Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Précis sur les droits de l'homme n°7, Bruxelles, Conseil de l'Europe 70 p.

ARNAUD André-Jean (1985), « Nouvelle Préface », *Revue Droit et société* n°1/1985, Paris, Ed. juridiques associées, pp. 11-14

ACHIN Catherine, BERENI Laure (dir.) (2013), *Dictionnaire Genre & Science Politique*, Paris, Presses de Sciences Po. 700 p.

BAINES Beverley, BARAK-EREZ Daphne, KAHANA Tsvi (ed.) avant-propos MACKINNON Catharine A. (2012), *Feminist constitutionalism : global perspectives*, New York, Cambridge University Press, 477 p.

BAMFORTH Nicholas (2012), "Sexuality and citizenship in contemporary constitutional argument", *International Journal of Constitutional Law* (10), Oxford, Oxford University Press, pp. 477- 492

BARTLETT Katharine (1990), "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review*, Vol. 103 n°4, Harvard, Harvard University Press, pp. 829 - 888

BARKER Nicola (2013), *Not the marrying kind. A feminist critique of same-sex marriage*, London, Palgrave Macmillan, 231 p.

BARROCHE Julien (2013), « L'Etat contre lui-même, Penser l'Etat en Europe après le totalitarisme : la contribution du concept de subsidiarité », *Raisons politiques* 2013/1 (n°49), Paris, Presses de Sciences Po, pp. 153-171

BORILLO Daniel (dir.) (1998), *Homosexualités et droit - De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 335 p.

BORRILLO Daniel (2002), « Les instruments juridiques français et européens dans la mise en place du principe d'égalité et de non-discrimination », *Revue française des affaires sociales*, n° 1, Paris, La Documentation française, pp. 109-129

BORILLO Daniel (2009), *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 233 p.

BUCHLER Andrea, COTTIER Michelle, HOTZ Sandra (2012), *Legal Gender Studies – Rechtliche Geschlechterstudien. Eine kommentierte Quellensammlung*, DIKE (en coopération avec Nomos), Zurich/Saint-Gall/Baden-Baden, 448 p.

BUTLER Judith, (2005), *Trouble dans le genre : le féminisme et la subversion de l'identité* ; trad. de l'anglais (Etats-Unis) par Cynthia Kraus, Paris, La Découverte, 283 p.

CANTARELLA Eva (1999) (2006), *Secondo natura-La bisessualità nel mondo antico*, Milano, Rizzoli, 312 p.

CARDI Coline, DEVREUX Anne-Marie (2014), « L'engendrement du droit », *Cahiers du Genre* 57/2014, Paris, L'Harmattan, 270 p.

CHETAÏLLE Agnès (2013), « Une "autre Europe" homophobe ? L'Union européenne, le nationalisme polonais et la sexualisation de la "division Est/Ouest" », *Raisons politiques* (n° 49), Paris, Presses de Sciences Po, pp. 119-140

- COTTIER Michelle, (2014), « Adapting Inheritance Law to Changing Social Realities: Questions of Methodology from a Comparative Perspective ». *Oñati Socio-legal Series*, 4 (2), pp. 196-221
- COQUERY-VIDROVITCH Catherine (2007), « Genre et justice. Les recherches avancées en langue anglaise », *Cahiers d'études africaines* 2007/3 (n° 187-188), pp. 461-494
- CRENSHAW Kimberle (1989), *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, Chicago, pp. 139 - 168
- DAHL Tove Stang, (1987), *Women's Law - An Introduction to Feminist Jurisprudence*, Oslo, Norwegian University Press, 195 p.
- DAVIES Margaret, MUNRO Vanessa ed., (2013) *The Ashgate research companion to feminist legal theory*, Farnham, Ashgate, 423 p.
- DAHLERUP Drude, FREIDENVALL Lenita, et al. (2008), *Quotas Electorales Hommes-Femmes et leur application en Europe – Rapport commissionné par le Parlement Européen*, Strasbourg, 135 p.
- DORLIN Elsa, (2005), « De l'usage épistémologique et politique des catégories de "sexe" et de "race" dans les études sur le genre », *Cahiers du Genre*, Paris, L'Harmattan, n° 39, pp. 83-103
- FASSIN Éric, (2005), *L'inversion de la question homosexuelle*, Paris, Editions Amsterdam, p. 202
- FASSIN Éric, (2006) « La démocratie sexuelle et le conflit des civilisations », *Multitudes*, 3/26, pp. 123-131
- FASSIN Éric, (2014), « Extrêmes droites en tous genres », *Lignes* (n° 45), Paris, Editions Lignes, pp. 32-42
- FILLIEULE Olivier, ROUX Patricia, (dir.) (2009), *Le sexe du militantisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 368 p.
- FOUCAULT Michel, (1976), *Histoire de la sexualité I - La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 212 p.
- FOUCAULT Michel, (1997), « Il faut défendre la société » – Cours au Collège de France 1975-76, Paris, Editions Gallimard et du Seuil, Collection « Hautes Etudes » 304 p.
- FRANKLIN Cary, (2009), “The Anti-stereotyping principle in constitutional sex discrimination law”, *New York University Law Review*, Vol. 85, No.1, New York, New York University, pp.101- 191
- GOLDBERG Suzanne B. (2008), “Marriage, Domestic Partnership, and the Future of ‘Separate But Equal’”, *Sesquicentennial essays from the faculty*, New York, Columbia Law School, pp. 101 - 104
- GOLDBERG Suzanne B. (2010), « Sticky Intuitions and the Future of Sexual Orientation Discrimination », *UCLA Law Review*, 57, pp. 375-414
- GOLDBERG Suzanne B. (ed.), (2013) *Sexuality and Equality Law*, New York, Ashgate, 557 p.
- HUNTER Rosemary, MCGLYNN Clare, RACKELY Erika, (2010) *Feminist Judgments - From Theory to Practice*, Oxford, Hart Publishing, 471 p.
- HARAWAY Donna (2007), *Manifeste cyborg et autres essais. Sciences, fictions, féminismes*. Paris, Exils, 333 p.
- HENNETTE-VAUCHEZ Stéphanie, MÖSCHEL Mathias, DIANE Roman (2013), *Ce que le genre*

fait au droit, Paris, Dalloz, 269 p.

HIDALGO Danielle, BANKSTON Carl, (2009), "Reinforcing polarizations: U.S. Immigration and the Prospect of Gay Marriage", *Sociological Spectrum*, 30 :1, Mid-South Sociological Association, pp. 4-29

ILGA-EUROPE (2015), *Annual Review of the Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe*, Bruxelles, Ilga-Europe, 186 p.

ISTAT (2012), *Report - La popolazione omosessuale nella società italiana*, Disponible en ligne à : <http://www.istat.it/it/archivio/62168>, Roma , 19 p.

JAUNAIT Alexandre, CHAUVIN Sébastien (2012), « Représenter l'intersection - Les Théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de science politique*, vol. 62, Paris, Presses de Sciences Po, pp. 5-20

JAUNAIT Alexandre, LE RENARD Amélie, MARTEU Élisabeth, (2013) « Nationalismes sexuels ? Reconfigurations contemporaines des sexualités et des nationalismes », *Raisons politiques*, n°49, pp. 5-23

JONES Jackie, Gear Anna, FENTON Rachel Anne, STEVENSON Kim (ed.) (2011), *Gender, Sexualities and the Law*, Routledge, London, 334 p.

KAPUR Ratna, (2002), "The Tragedy of Victimization Rhetoric : Resurrecting the « Native » Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, Spring, pp. 1-39

KAUFMANN Claudia, (1988), « Les quotas valent mieux que leur réputation », in MORAND C.-A. (éd.) *L'égalité entre hommes et femmes. Bilan et perspectives*, Lausanne, Payot, 271 p.

LEMPEN Karine, (2013), « Droit » in ACHIN C, BERENI L. (éd.), *Dictionnaire genre & science politique*, Paris, Presses de Sciences Po, pp. 190-203

MARGO Robert A., (1990), *Race and Schooling in the South, 1880-1950: An Economic History*, Chicago, University of Chicago Press, 174 p.

MERIN Yuval, (2002), *Equality for same-sex couples : the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*, Chicago, University of Chicago Press, 397 p.

MASSAD Joseph A. (2007), « Re-Orienting Desire: The Gay International and the Arab World », *Public Culture*, 14(2), Spring, pp.361-386

MIELI Mario, (1977), *Elementi di critica omosessuale*, Torino, Einaudi, 218 p.

NAUDIER Delphine, SORIANO Eric (2010), « Colette Guillaumin. La race, le sexe et les vertus de l'analogie », *Cahiers du Genre*, Paris, L'Harmattan, n° 48, pp. 193 -214

PARINI Lorena, (2006), *Le Système de genre. Introduction aux concepts et théories*, Zürich, Seismo, 129 p.

PARINI Lorena, (2013), « Domination/Pouvoir », in ACHIN C., BERENI A. (éd.), *Dictionnaire genre & science politique*, Paris, Presses de Sciences Po, pp. 180-190

PERRIN Céline, ROCA I ESCODA Marta, PARINI Lorena, (2012) « Homophobie », *Nouvelles Questions Féministes*, Vol. 31, n°1, Lausanne, Antipodes, p. 160

PEZZINI Bruno (2010), « Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità

del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale », *Rivista Associazione italiana dei Costituzionalisti* 4/2010, Roma, pp.1-13

PRISCO Salvatore (ed.), (2012), *Amore che vieni, Amore che vai - Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 198 p.

PUAR Jasbir K. (2007), *Terrorist Assemblages. Homonationalism in Queer Times*, Durham, Duke University Press, 368 p.

PUAR Jasbir K. (2013), « Homonationalism as Assemblage », *Jindal Global Law Review*, vol. 4, n°2, Jindal, Jindal Global University, pp. 23-43

PUAR Jasbir K., CERVILLE Maxime (2013) « Homonationalisme et biopolitique », *Cahiers du Genre*, n°54, Paris, L'Harmattan pp. 151-185

PUGIOTTO Andrea (2010), « Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio », *Forum della Rivista dei Quaderni Costituzionali*, Ferrara, pp. 1 -22
L'article est disponible en ligne www.forumcostituzionale.it

REVILLARD Anne, LEMPEN Karine, BERENI Laure, DEBAUCHE Alice, LATOUR Emmanuelle (2009), « Le droit à l'épreuve du genre : les lois du genre (I) », *Nouvelles Questions Féministes*, volume 28, n°2, Lausanne, Antipodes, 144 p.

SANDERS Alan R. *et al.*, (2015) « Genome-wide scan demonstrates significant linkage for male sexual orientation », *Psychological Medicine*, 45, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1379–1388

SCHMIDLIN Irène, GAFNER Magalie (2007), « Le genre et la législation en matière de migration », *Nouvelles Questions Féministes*, volume 26, n°1, Lausanne, Antipodes, p. 152

SCOTT Joan, 2000 (1986) « Genre, une catégorie utile d'analyse historique », in BISILLIAT Jeanne, VERSCHUUR Christine (ed.), *Le Genre, un outil nécessaire*, Cahiers Genre et Développement, n°1, Genève/Paris, L'Harmattan, pp. 41-67

SMART Carol (1992), "The Woman of Legal Discourse", *Social & Legal Studies* n°3/1992, Thousand Oaks, SAGE, pp. 29-44

STYCHIN Carl F. (2003), « The Sexual citizen » in « *Governing Sexuality : The Changing Politics of Citizenship and Law Reform* », Oxford, Hart Publishing, pp. 7-24

TIMMER Alexandra (2011), "Toward an Anti-Stereotyping approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 11 :4, Oxford University Press, pp. 707-738

TIN Louis-George (2003), *Dictionnaire de l'homophobie*, Paris, Presses Universitaire de France, p. 451

TORINO Raffaella (2012) *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali - Nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, p. 320

WAALDIJK Kees (2004), "Others may follow: the introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European countries", *New England Law Review*, 38, pp. 569-589

WINTERMUTE Robert (2005), "From 'Sex Rights' to 'Love Rights': Partnership Rights as Human Rights", in BAMFORTH N. (ed.), *Sex Rights : The Oxford Amnesty Lectures* (2002), Oxford University Press, pp. 186-224 ; 282-91

WILLIAMS Wendy (1982), « The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism », *Women's Rights Law Reporter* Vol. 14, No. 2/3, Rutgers – The State University, p. 151-174