

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2014

Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ?

Droit au mariage (Cour constitutionnelle de la République italienne)

Eleonora Bottini et Sarah Pasetto



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/859>

DOI : 10.4000/revdh.859

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Eleonora Bottini et Sarah Pasetto, « Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 août 2014, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/859> ; DOI : 10.4000/revdh.859

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Tous droits réservés

Que reste-t-il du mariage après le changement de sexe d'un conjoint ?

Droit au mariage (Cour constitutionnelle de la République italienne)

Eleonora Bottini et Sarah Pasetto

- 1 Le transsexualisme, qui se définit en termes médicaux comme la discordance entre le sexe anatomique et le sexe psychologique, a été le protagoniste d'une véritable « révolution des mœurs » ; son traitement juridique est passé du rejet de personnes « perverses » ou « dégénérées », à la protection d'une minorité sujette à discrimination¹. La Cour constitutionnelle italienne a été appelée à préciser l'étendue de cette protection dans un arrêt concernant les effets sur le mariage du changement de sexe de l'un des conjoints. Sa décision a été rendue quelques semaines avant l'arrêt définitif de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur une affaire très similaire qui a eu lieu en Finlande², montrant la grande actualité de la question en Europe.
- 2 Le cas d'espèce concerne les époux Bernaroli, que les arrêts continuent de dénommer Mme A. et Mme B., alors que ceux-ci ont désormais rendu leur identité publique depuis un certain temps. Les époux se sont mariés religieusement, selon le rite prévu par le Concordat et valide également en droit civil italien. Leurs vicissitudes judiciaires ont commencé à la suite du changement de sexe de l'un des deux conjoints, une « *transgender male to female* », qui a décidé de commencer la procédure de changement de sexe après le mariage. D'après leurs déclarations, les requérantes étaient d'accord sur le changement de sexe de l'une d'elles, ainsi que sur la volonté de maintenir leur statut matrimonial ; par conséquent, elles n'ont jamais demandé de mettre un terme à leur mariage. A la suite du changement de sexe à l'état civil (que l'Italie permet depuis la loi n° 164 du 14 avril 1982) et malgré l'absence de toute procédure de leur part, l'officier d'état civil de la commune de résidence du couple a effectué une annotation sur les certificats de mariage pour indiquer la cessation des effets civils du mariage (et donc la cessation du mariage lui-même), avec effet rétroactif à partir de la date de l'arrêt attestant le changement de sexe.
- 3 Il s'agit en effet du seul cas de divorce automatique ou imposé *ex lege* prévu par l'ordre juridique italien. Celui-ci, au lieu d'empêcher la modification du sexe à l'état civil aux personnes mariées, comme c'est le cas d'autres pays européens, par exemple la Suède³,

force la dissolution du mariage contre la volonté des époux dès la rectification de la mention du sexe à l'état civil.

- 4 Voulant maintenir intact le lien conjugal, le couple a saisi le Tribunal de Modène, qui a accueilli leur demande et disposé l'effacement de l'annotation. La Cour d'Appel de Bologne, en revanche, a accueilli le recours du Ministère de l'Intérieur et admis que le modèle hétérosexuel du mariage ne prévoit aucune exception en droit italien et que l'officier d'état civil n'a fait qu'appliquer les normes en vigueur. Le couple a alors déposé un recours en cassation contre l'arrêt d'appel ; la Cour de cassation a considéré que la question de constitutionnalité des dispositions relatives au divorce *ex lege* se posait, car celles-ci semblaient porter atteinte aux articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (qui étaient visés à travers les normes constitutionnelles italiennes qui adoptent les conventions internationales), et aux articles 24 et 3 de la Constitution italienne.
- 5 Les dispositions attaquées se trouvent essentiellement dans les articles 2 et 4 de la loi n° 164/82 de 1982 portant dispositions en matière de changement de sexe. Par la suite, la loi n° 74 de 1987 introduit expressément le changement de sexe comme l'une des causes de dissolution ou de cessation des effets civils du mariage. Malgré les doutes émis par la doctrine sur le caractère automatique du divorce imposé (et l'absence en conséquence de jugement de divorce nécessaire), l'interprétation de la Cour de cassation a renforcé cette application automatique⁴. L'article 4 de la loi attaquée prévoit que l'arrêt établissant le changement de sexe provoque automatiquement la dissolution ou la cessation des effets civils du mariage. Une partie de la doctrine civiliste italienne avait pu mettre en doute la compatibilité de ce cas de divorce *ex lege* avec le principe fondamental en matière de divorce, concernant le caractère indisponible du consensus des parties. D'autres auteurs, en revanche, insistaient sur l'impossibilité de sortir du caractère hétérosexuel du mariage, ne fût-ce que temporairement, ce qui justifiait dans ce cas le divorce imposé. Toutes ces questions s'apparentaient d'ailleurs à un cas d'école, puisqu'il paraissait difficile d'imaginer que les conjoints dans ce cas ne veuillent pas d'eux-mêmes interrompre leur vie de couple (les seules affaires concernant le divorce à la suite d'un changement de sexe avaient eu lieu dans le cadre d'une demande de divorce provenant des membres du couple, qui voulaient se séparer). Cette particularité du droit italien avait déjà été soumise à l'attention de la Cour constitutionnelle, qui n'avait cependant pas admis la question de constitutionnalité (*Corte costituzionale*, arrêt n° 161 de 1985). Le divorce imposé n'a été ni modifié ni assoupli depuis 1982, et il semble la seule solution possible dans un État qui n'admet pas d'autres modèles d'union juridiquement valable que le mariage hétérosexuel.
- 6 La conformité à la Constitution du divorce imposé est interrogée, dans l'ordonnance de renvoi devant la Cour constitutionnelle de la question de constitutionnalité par la Cour de cassation, sous l'angle d'une mise en balance des intérêts : d'une part, le droit à l'identité personnelle, tel qu'il est protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et garanti par la CEDH⁵, qui permet le changement de sexe de la personne transsexuelle ; d'autre part, l'intérêt de l'État à conserver le modèle de mariage qui correspond le mieux à ses valeurs (la même mise en balance est effectuée par la Cour EDH : « La chambre a considéré qu'en l'espèce il fallait mettre deux droits concurrents en balance, à savoir le droit de la requérante au respect de sa vie privée, qui impliquait qu'elle pût obtenir un nouveau numéro d'identité féminin, et l'intérêt de l'État à maintenir intacte l'institution traditionnelle du mariage », *Hämäläinen c. Finlande*, cit., § 38). Dans un certain sens, la Cour

de cassation italienne semble affirmer que le droit à l'identité protège assez largement la sphère personnelle, sans que cela puisse pour autant atteindre la sphère décisionnelle de l'État ; la Cour de cassation évoque d'ailleurs l'idée que la possibilité même du changement de sexe à l'état civil ait précisément comme but celui de se marier de nouveau avec une personne de l'autre sexe.

- 7 La Cour constitutionnelle a admis la question et déclaré les dispositions législatives contestées inconstitutionnelles, avec un arrêt aussi complexe que rapide, puisque la délibération et la rédaction de la décision ont suivi d'un seul jour l'audience publique au cours de laquelle a été traitée l'affaire.
- 8 La Cour constitutionnelle italienne va de nouveau montrer qu'elle protège les droits fondamentaux et les « formations sociales », par l'annulation des dispositions attaquées en ce qu'elles portent atteinte à l'article 2 de la Constitution (1°). L'arrêt commenté impose au législateur italien d'agir pour remédier à l'absence totale de formes de reconnaissance alternatives au mariage hétérosexuel ; sur ce sujet, le législateur italien pourrait s'inspirer des expériences d'autres pays européens (2°).

1°/- La protection des droits fondamentaux garantis par l'article 2 de la Constitution italienne s'applique à toutes les « formations sociales », y compris les couples de même sexe

- 9 Dès son entrée en matière, l'arrêt annonce les deux thèmes qui vont se révéler décisifs dans le raisonnement de la Cour. Tout d'abord, la Cour commence par rappeler le critère de l'hétérosexualité comme fondement indépassable du mariage. Ensuite, la situation des conjoints Bernaroli est jugée exceptionnelle, de l'avis du juge constitutionnel. En effet, les circonstances de l'espèce se placent, « de toute évidence », hors du modèle du mariage, « qui, en l'absence du critère, essentiel pour notre ordre juridique, de l'hétérosexualité, ne peut pas être maintenu comme tel » (*par. 5.1*). Toutefois, poursuit la Cour, mettre la situation des conjoints sur le même plan qu'une simple union entre personnes de même sexe (c'est-à-dire une union qui juridiquement n'existe pas en Italie) reviendrait à ne pas tenir compte de la vie préexistante du couple ; en tant qu'époux, ceux-ci ont naturellement développé des droits et devoirs réciproques, garantis au niveau constitutionnel. La Constitution italienne reconnaît en effet les droits de la famille, dans son Titre II (« Rapports éthiques et sociaux »), à l'article 29 (« 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 »). La Cour affirme que ces droits et devoirs ne sont pas tous « nécessairement sacrificiables » (*par. 5.1*) pour la seule raison qu'il a été mis fin aux liens du mariage. Mais comme ces droits et devoirs ne sont plus applicables à la situation de l'espèce, ce n'est pas l'article 29 de la Constitution qui peut servir de fondement au contrôle de la norme attaquée.
- 10 La Cour constitutionnelle avait elle-même rappelé récemment le critère de l'hétérosexualité du mariage : dans l'arrêt n° 138 de 2010, elle renvoyait au législateur la question de l'opportunité d'étendre le mariage aux couples homosexuels⁶. Le critère de l'hétérosexualité permet aux individus qui ont procédé à un changement de sexe de se marier avec des personnes du sexe opposé à celui nouvellement acquis, ce qui était

d'ailleurs le principal résultat souhaité et obtenu avec le célèbre arrêt *Goodwin* de la Cour européenne des droits de l'homme (*cit.*).

- 11 La Convention européenne n'est pas non plus considérée comme un paramètre de constitutionnalité pertinent par la Cour italienne, qui ne prend en compte ni les articles 8 et 12 de la Convention d'une part, ni la jurisprudence de la CEDH, et en particulier les arrêts *H. c. Finlande*, et *Schalk et Kopf c. Autriche* en particulier, d'autre part⁷. Pour la Cour italienne, en l'absence de consensus entre les Etats contractants sur les unions entre personnes de même sexe, la reconnaissance de ces unions et les protections qu'il faut mettre en œuvre restent de compétence du législateur national (*par.* 5.3).
- 12 Enfin, la Cour nie la pertinence des articles 24 et 3 de la Constitution. L'article 24 garantit les droits de la défense (« Il est reconnu à tout individu le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes »), mais l'impossibilité pour un couple qui n'est plus hétérosexuel de rester uni dans le mariage empêche de considérer que ce « droit » est attribué au couple en tant que tel. En ce qui concerne l'article 3, qui garantit le respect du principe d'égalité (« 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 »), les juges constitutionnels estiment que la différence entre la cause de dissolution du lien du mariage dans le cas d'espèce (à la suite du changement de sexe) et les autres causes de dissolution justifie la différence de traitement.
- 13 La Cour a confirmé en revanche la pertinence de l'article 2 de la Constitution (« 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 »). Malgré le caractère controversé de cet article, la doctrine italienne semble faire prévaloir l'interprétation selon laquelle cette disposition constitutionnelle, en reconnaissant et garantissant les droits inviolables de l'homme, a comme fonction la protection des droits naturels et des valeurs qui n'ont pas encore été intégrés dans des normes constitutionnelles spécifiques. En l'espèce, la Cour considère le couple comme une « formation sociale » au sens de l'article 2, ce qui lui assure une protection dans la mesure où il permet le développement de la personnalité des individus.
- 14 En faisant référence de nouveau à son arrêt de 2010, la Cour rappelle que même les unions entre personnes de même sexe doivent être comptées parmi les « formations sociales », « dans le contexte desquelles l'article 2 de la Constitution dispose que la République reconnaît et garantit les droits inviolables des hommes » (*par.* 5.5). Ces unions doivent être comprises comme des « cohabitations stables entre personnes de même sexe, qui détiennent le droit fondamental de vivre librement une situation de couple, en obtenant – dans les temps, les modalités et les limites établies par la loi – la reconnaissance juridique avec les droits et devoirs correspondants » (*par.* 5.5, citant l'arrêt n° 138 de 2010). Dans le même arrêt de 2010 (au *par.* 8), la Cour avait souligné que cette reconnaissance ne pouvait prendre la forme d'une égalité avec le mariage, mais devait malgré cela permettre aux couples de même sexe de voir leur dignité sauvegardée ; la question était renvoyée au Parlement, afin de lui permettre d'identifier les formes de protection et de reconnaissance convenables ; la Cour se réservait tout de même la possibilité de protéger des situations spécifiques.
- 15 Pour la Cour, la situation des conjoints dans le cas d'espèce est assez particulière, et implique deux intérêts *a priori* inconciliables : d'une part, l'intérêt de l'Etat au maintien

du modèle hétérosexuel du mariage, empêchant sa continuation à partir du moment où le critère de l'hétérosexualité disparaît avec le changement de sexe de l'un des conjoints ; d'autre part, l'intérêt du couple « à ce que l'exercice de la liberté de choix effectué par un conjoint avec le consentement de l'autre, relatif à un aspect à tel point significatif pour l'identité personnelle, ne soit pas pénalisé de manière excessive avec le sacrifice intégral de la dimension juridique du rapport préexistant, que le couple voudrait, en revanche, maintenir » (*par. 5.6*). Faisant ici référence à deux décisions de cours constitutionnelles étrangères, l'une de la Cour constitutionnelle autrichienne (*VerfG*, 8 juin 2006, n° 17849), et l'autre du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*BVerfG*, 27 mai 2008, 1BvL 10/05), la Cour s'en détache cependant nettement. La Cour autrichienne avait en effet accordé à une femme transsexuelle le droit de changer le sexe inscrit à l'état civil, tout en restant mariée à son épouse, en estimant que la rectification du sexe sur l'acte de naissance ne pouvait pas être empêchée par le mariage. Le Tribunal allemand avait jugé inconstitutionnel de conditionner la possibilité du changement de sexe à la dissolution du mariage et laissé quelques mois au législateur pour modifier sa législation qui prévoyait le divorce comme condition d'admissibilité du recours pour le changement de sexe.

- 16 Dans ces affaires, la balance des intérêts penchait nettement en faveur des individus. Au contraire, la législation italienne actuelle, selon la Cour, résout ce conflit d'intérêts presque exclusivement en faveur de l'intérêt étatique au maintien du caractère hétérosexuel du mariage et empêche tout balancement (« cependant possible », *par 5.6*), avec les intérêts du couple. C'est pourquoi les dispositions attaquées, contenues dans les articles 2 et 4 de la loi de 1982, doivent être déclarées inconstitutionnelles « dans la partie où elles ne prévoient pas que l'arrêt de changement de sexe de l'un des conjoints, qui comporte la dissolution du mariage, permette tout de même, si les deux conjoints le demandent, de maintenir en vie un rapport de couple juridiquement réglementé avec une autre forme de cohabitation enregistrée » (*par. 5.7*).
- 17 La solution ne peut tout de même pas être, selon la Cour, l'introduction jurisprudentielle d'une forme de divorce « sur demande » (*par 5.6*), en substitution du divorce imposé actuellement existant, car cela permettrait la continuation du mariage entre deux personnes de même sexe ; cela ne serait admis ni par la législation actuellement en vigueur, ni même par l'interprétation de la Cour de l'article 29 de la Constitution. Partant, le législateur doit s'engager à prévoir une forme de protection alternative, différente du mariage mais également différente du vide juridique actuellement existant, pour les couples qui se trouvent dans cette situation.
- 18 La Cour renvoie donc au législateur la tâche de trouver une solution permettant de sortir de cette situation juridique, favorable aux intérêts étatiques, mais qu'elle juge disproportionnée. La question qui se pose est de savoir si le législateur ordinaire serait libre de légiférer à sa guise, éventuellement en ouvrant l'institution du mariage aux personnes de même sexe, ou si, par l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle a « constitutionnalisé » le caractère hétérosexuel du mariage. La doctrine se divise sur ce point : d'une part, la Cour affirme que le législateur doit introduire une forme « alternative (et différente du mariage) » (*par. 5.6*) pour garantir la discipline juridique de la cohabitation des couples où est survenu un changement de sexe⁸, laissant entendre l'impossibilité d'une extension du mariage par voie législative ; d'autre part, il est possible d'affirmer que la Cour, en cas de changement de la législation ordinaire (l'hétérosexualité des conjoints est inscrite dans le Code civil de 1942), pourrait justifier le choix politique effectué à la lumière de l'évolution des coutumes et de la conscience sociale. La Cour a

désormais répété suffisamment de fois que le modèle italien du mariage est fondé sur l'hétérosexualité⁹ et que « la notion de mariage présupposée par le Constituant (que l'article 29 cité protège) est celle qui est définie par le code civil » (*par. 5.2*). Il s'agit donc de savoir si ce modèle a été élevé au rang constitutionnel et nécessite, pour être modifié, la révision constitutionnelle de l'article 29 de la Constitution¹⁰ ou si une réforme législative ordinaire suffirait.

*

- 19 D'un point de vue très concret, en l'absence de contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois en Italie, le législateur serait tout à fait libre de promulguer une loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe. Il faudrait ensuite attendre le résultat d'une éventuelle saisine de la Cour constitutionnelle à propos de la loi, à l'occasion d'une instance devant le juge ordinaire. Du point de vue politique, le Parlement italien n'est pas prêt de s'engager dans la voie de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. D'ailleurs, le véritable problème soulevé par l'arrêt n'est pas tant la possibilité d'action du législateur, mais les conséquences d'une plus probable absence de réaction de sa part.

*

2°/- L'impossibilité pour le législateur de se soustraire à une intervention désormais devenue indispensable

- 20 En effet, il n'y a en Italie à ce jour aucune forme de reconnaissance de la vie de couple, indépendamment du sexe des personnes, fournissant un substitut au mariage.
- 21 Dans les trois dernières décennies, les tentatives d'introduction de pactes de solidarité entre concubins ont échoué. Dès 1986, le Parlement a tenté pour la première fois d'introduire des unions civiles, à travers un projet de loi présenté par une sénatrice et deux députées liées à *Arcigay*, une association pour les droits des personnes LGBT. En 1988, une autre proposition de loi avait été déposée pour reconnaître la cohabitation « de fait » entre personnes. Aucun des deux textes n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour.
- 22 Dans les années 1990 et 2000, le nombre de propositions de loi devient de plus en plus important, sous l'impulsion des résolutions du Parlement européen, comme par exemple le rapport dit « Sylla » sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne de 2003. Encore une fois, aucune proposition ne s'est vue inscrire dans le calendrier des travaux parlementaires, essentiellement à cause de l'influence catholique très importante sur les coalitions de centre-droit et de centre-gauche qui se sont succédés au gouvernement.
- 23 Un projet de loi sur l'union civile en Italie a été adopté en Conseil des ministres le 8 février 2007, qui aurait reconnu ces unions sous le nom de *DICO* (Droits et devoirs des personnes en cohabitation stable) ; mais après l'examen par la commission législative du Sénat, la procédure législative a été interrompue du fait de la démission du gouvernement Prodi II le 16 janvier 2008. Par la suite, les autres projets n'ont jamais atteint le stade de la procédure législative.
- 24 En l'absence d'un régime juridique accessible aux personnes qui ne peuvent pas accéder à celui du mariage, l'Italie ne peut pas suivre la solution envisagée par la CEDH. Celle-ci

conclut à l'absence de violation du droit à la vie privée et familiale, si l'Etat effectue un balancement des intérêts en jeu, en permettant au couple devenu homosexuel de « passer » à un régime juridique différent du mariage¹¹. La Cour européenne a en effet très récemment considéré que, même en l'absence d'un consensus européen sur le mariage homosexuel et encore plus sur les suites du mariage après un changement de sexe (Cour EDH, *Hämäläinen c. Finlande*, § 74), il est nécessaire de prévoir, pour les personnes qui sont dans une telle situation et afin de protéger leur droit à la vie privée, un substitut au mariage qui constitue un « choix réel » (ibid., § 40), une « option valable » (ibid., § 71) ou « sérieuse » (ibid., § 87). Il est important d'insister sur le choix lexical fait par la Cour européenne pour souligner à quel point la situation de l'Italie se distingue du cas jugé par la CEDH à propos de la Finlande ; dans ce cas, en effet, « la transformation du mariage de la requérante en un partenariat enregistré n'emporterait pas d'effets ou n'emporterait que des effets minimes sur la vie familiale de l'intéressée. [...] Dès lors, il importe peu, du point de vue de la protection offerte à la vie familiale, que la relation de la requérante avec sa famille soit fondée sur des liens maritaux ou sur un partenariat enregistré » (ibid., § 85). Or, en Italie, aucune autre solution n'est prévue pour remplacer les liens maritaux.

- 25 L'absence d'une telle possibilité et le caractère vague de l'avertissement de la Cour au législateur ont d'ailleurs provoqué un certain nombre de critiques de la part de la doctrine envers un arrêt qui, certes, reconnaît la violation d'un droit constitutionnel, mais échoue dans la tentative de protéger ce droit de manière effective (F. Biondi, cit.). La balle est donc dans le camp du législateur, appelé pour la seconde fois à intervenir « avec la plus grande sollicitude » (par. 5.6). Quelles suites seront données par le Parlement, appelé à légiférer sur la question pour créer une situation juridique « qui permette aux deux époux d'éviter le passage d'un état de protection juridique maximale à une condition, sur ce plan, d'indétermination absolue » (*idem*) ?
- 26 Le Parlement pourrait néanmoins ne donner aucune suite à l'invitation de la Cour. En effet, au-delà de l'incitation adressée au législateur, la Cour ne dispose pas de véritables moyens pour faire exécuter ses actes. La seule exception est l'article 30, alinéa 2, de la loi n° 87 de 1953, qui prévoit le dépôt de toute déclaration d'inconstitutionnalité devant les assemblées parlementaires¹². Du côté des chambres, cela ne va pas beaucoup plus loin : dans les règlements internes de la Chambre des députés (art. 108) et du Sénat (art. 139), la distribution des arrêts de la Cour constitutionnelle est prévue, entraînant un examen et des avis rendus par les commissions compétentes (mais, dans le cas du Sénat, cet examen n'est pas systématique) ; ces articles ne prévoient par contre aucune sanction de leur inobservance. Cela ne veut pas dire qu'il y a une indifférence générale du Parlement vis-à-vis des décisions (arrêts et ordonnances) de la Cour ; au contraire, celles-ci sont généralement prises en compte. La Cour constitutionnelle italienne jouit d'un respect considérable et d'une grande autorité dans la société italienne, mais son rapport avec le législateur est tout simple. Il suffit de penser au rapport annuel sur l'activité juridictionnelle de 2012, où le Président de la Cour, Franco Gallo, avait mis en évidence les « nombreux cas d'inertie législative face aux "invitations" contenues dans des arrêts de rejet ou d'inadmissibilité » (P. Bianchi, cit.). Mais cela est renvoyé à la pratique politique, qui n'a pas fait preuve d'une grande volonté de changement en matière de droits des personnes LGBT ; la preuve en est que l'invitation de la Cour de légiférer sur la reconnaissance des couples de même sexe en 2010 est encore en attente¹³.

- 27 La doctrine enregistre certains cas célèbres de non mise en œuvre des décisions de la Cour constitutionnelle de la part du Parlement : l'arrêt n° 826/1988 sur l'obligation de créer une situation juridique favorable à une structure pluraliste des médias en est un exemple. Dans cet arrêt, l'invitation répétée à limiter le nombre de concessions à donner à une même personne dans le domaine de la radiotélévision a été si longuement ignorée, que le législateur a réussi à satisfaire les décisions de la Cour constitutionnelle sans rien faire, puisque l'avènement du numérique permettait désormais de respecter l'exigence constitutionnelle de pluralisme des médias (cf. P. Passaglia, *op. cit.*, p. 100 et s.). Dans certains cas d'inaction du Parlement, suite à des invitations à agir de la part de la Cour, celle-ci a renouvelé l'invitation une seconde fois et a pu, dans certains cas, accompagner la déclaration d'inconstitutionnalité d'une modification du texte problématique par voie « prétorienne » (voir notamment l'arrêt n° 113 de 2011 en matière pénale) ; mais cette possibilité n'est pas ouverte dans le cas présent. En effet, la Cour a précisé qu'« il n'est pas possible de rendre le texte conforme par une décision qui le modifierait directement et tendrait à substituer le divorce sur demande au divorce automatique, car cela équivaldrait à rendre possible le maintien du lien du mariage entre personnes de même sexe, en contradiction avec l'article 29 de la Constitution » (*par. 5.6*).
- 28 Si, en revanche, le législateur décide de suivre l'avertissement des juges, plusieurs possibilités s'ouvrent à lui. Elles sont au moins au nombre de trois. Premièrement, la création d'un statut juridique pour les couples mariés dans lesquels est survenu un changement de sexe. Deuxièmement, la création d'un statut pour les couples homosexuels, s'ajoutant au mariage. L'expérience anglaise montre néanmoins les limites de cette solution. Aussi, la troisième possibilité offerte au législateur résiderait dans la création d'un statut différent du mariage mais accessible à tous les couples qui le souhaitent.
- 29 Premièrement, serait donc envisageable l'institution d'un statut prévu pour répondre aux situations exactement similaires au cas d'espèce, c'est-à-dire un type d'union à laquelle pourraient accéder uniquement les couples déjà mariés qui subissent un divorce imposé du fait du changement de sexe de l'un des conjoints. Cette modalité semble improbable et en tout cas largement problématique : comment justifier l'interdiction pour les couples homosexuels depuis l'origine d'accéder à un tel statut, du point de vue du principe d'égalité et de non-discrimination ? Mais surtout, la pression de la société pour que le législateur agisse pour régler la situation des couples de même sexe en Italie est trop forte, pour que ce soit politiquement acceptable d'intervenir uniquement pour réglementer une situation considérée, par la Cour constitutionnelle elle-même, comme très rare.
- 30 Deuxièmement, il serait possible de créer une union accessible aux personnes de même sexe, qui leur soit réservée. Cette hypothèse apparaît problématique notamment en ce qui concerne les contestations sur la base de la discrimination. L'expérience du Royaume-Uni est très utile pour comprendre les difficultés de ce choix, puisqu'elle se termine par l'élargissement du mariage même aux couples de même sexe.
- 31 Le Civil Partnerships Act 2004 adopté en 2004 a introduit dans l'ordre juridique britannique l'institution du partenariat civil. La loi, annoncée par le discours annuel de la Reine avant la session législative 2003-2004, avait reçu le soutien du Parti travailliste, du Parti libéral-démocrate, des *Plaid Cymru* et *Scottish National Party* – respectivement les partis nationalistes gallois et écossais – et du *Social Democratic and Labour Party* d'Irlande du Nord. Le Parti conservateur était divisé sur la question.

- 32 Dans ce cadre législatif, deux formes de reconnaissance des rapports de couple coexistaient donc : l'une, le mariage, accessible uniquement aux couples hétérosexuels ; l'autre, le *civil partnership*, statut nouveau réservé aux seuls couples homosexuels. Dès sa conception, le *civil partnership* était voué à constituer une institution « assez semblable, quoique non identique au mariage »¹⁴. La différence d'intitulé entre les deux unions était accompagnée par des différences normatives, peu nombreuses mais significatives, qui reflétaient les fortes divisions au sein de la société britannique sur la question. À travers le *partnership*, les couples homosexuels se voyaient garantir une série de droits assez large, auparavant invocables uniquement par les couples hétérosexuels – en matière d'accords de propriété, de pensions et retraites, d'héritage et successions, d'assurance, de protection de la violence domestique, de la fiscalité, etc. En revanche, les couples homosexuels restaient exclus de l'adoption, et la possibilité d'obtenir pleinement les pensions de réversion n'était pas toujours garantie. En outre, certaines des motivations pour demander l'annulation ou la dissolution du lien du mariage n'étaient pas prévues pour les *civil partnerships*.
- 33 Même si l'Act a été accueilli comme une avancée fondamentale pour les droits des personnes de même sexe, il n'a pas manqué de susciter des polémiques concernant les différences de traitement qui continuaient à exister au détriment des couples homosexuels ; ceux-ci n'ont pas manqué d'en appeler à l'« *equal marriage* », pour l'extension donc, même aux couples homosexuels, de l'institution du mariage. En outre, de nombreux couples hétérosexuels ont contesté en justice la nature exclusivement homosexuelle du *civil partnership*, exprimant leur volonté de faire reconnaître leur union d'une manière moins formelle et culturellement moins « chargée » que le mariage.
- 34 Cette extension a été accordée en 2013, avec la concession du *Royal Assent*, le 17 juillet, au Marriage (Same-Sex Couples) Act 2013. Les travaux préparatoires pour cette loi avaient été annoncés par le Parti libéral-démocrate, qui, avec le Parti conservateur, faisait partie de la coalition de gouvernement formée à la suite des élections législatives de 2010. Par conséquent, aujourd'hui, les couples homosexuels peuvent se marier civilement, de la même manière que les couples hétérosexuels, à l'instar de la situation française créée par le mariage « pour tous », dont la loi a d'ailleurs été adoptée deux mois plus tôt¹⁵. Le *civil partnership* britannique n'a pour le moment pas été aboli, et à partir de décembre 2014, tous les couples qui avaient contracté ce partenariat pourront demander sa conversion en mariage. Le gouvernement est actuellement en train de réfléchir à l'opportunité d'éliminer cette institution de l'ordre juridique britannique¹⁶. Ce qui est remis en question dans ces exemples est donc, d'une manière générale, le bien-fondé d'une forme de reconnaissance des couples réservée à une typologie d'union et excluant les autres. Dans ce contexte, le cas allemand prévoit un système de double reconnaissance : le mariage et le *Lebenspartnerschaft* connaissent une véritable différence de traitement, fondée d'ailleurs sur l'article 6 de la Loi fondamentale. Même dans ce cas, toutefois, les différences entre les deux institutions juridiques semblent se réduire progressivement sous l'effet de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral, qui soumet à un contrôle de plus en plus strict le caractère raisonnable de la discrimination entre couples homosexuels et hétérosexuels¹⁷. C'est pourquoi la coexistence en France du mariage et du PACS, ces deux institutions juridiques étant ouvertes à tous les couples, apparaît comme le système le moins discriminatoire dans les options qui s'ouvrent au législateur italien. Il est probable que, comme dans les autres pays, il faille d'abord passer par une étape intermédiaire avant d'élargir l'accès au mariage aux couples de même sexe. Cette

troisième possibilité ouverte au législateur italien est précisément d'instituer l'équivalent d'un Pacte civil de solidarité.

- 35 La Cour de cassation doit désormais trancher le litige et décider d'accueillir ou non la demande des époux d'effacer l'annotation sur leur acte de mariage. Quelle que soit la voie qu'elle choisit, toute décision préalable à l'intervention du législateur ne pourrait qu'apparaître comme contraire à la Constitution. Elle ne peut accéder à leur demande, sous peine d'aller contre le modèle hétérosexuel du mariage ; elle ne peut refuser cette même demande en laissant les ex-conjoints dans une situation de *vide juridique*. Le couple risque donc de se trouver dans les « limbes » (ou, selon les termes utilisés par la Cour, dans une condition « d'indétermination absolue », *par. 5.6*) en ce qui concerne leurs droits et devoirs réciproques. Cela sauf à adhérer à l'interprétation qui a été faite de cet arrêt par une partie de la doctrine italienne, selon laquelle la dissolution des effets du mariage ne pourra s'établir qu'à partir du moment où une réglementation permettant la conversion du mariage en cohabitation enregistrée sera entrée en vigueur¹⁸.
- 36 Le Parlement semble néanmoins en train d'agir. En effet, par le projet de loi n° 1360 déposé au Sénat le 5 mars 2014, le gouvernement italien veut introduire une « union civile enregistrée ». Le projet de loi actuellement en cours d'examen par la commission compétente ouvre aux citoyens de même sexe liés par des relations d'intimité stables la possibilité de voir leur statut juridique reconnu et leurs rapports juridiques et patrimoniaux définis, dans le respect du principe de l'égalité en droit, garanti par l'article 3 alinéa 1 de la Constitution italienne. Dans la présentation du projet de loi en l'état actuel, le caractère hétérosexuel du mariage est toutefois réaffirmé (« le choix de tenir distinctes la réglementation juridique des unions civiles homosexuelles de celle relative aux couples hétérosexuels naît de la conviction que, si l'égalisation peut sembler une extension de la liberté, à notre sens au contraire elle finirait par pénaliser les deux »), ce qui va de pair avec la volonté de ne pas influencer « de quelque manière que ce soit sur la condition juridique des enfants ou sur la réglementation des adoptions des mineurs ». La distinction entre le mariage, accessible seulement aux couples hétérosexuels, et l'union civile, réservée aux seules couples homosexuels, ne se limiterait donc pas à un simple point terminologique. Sur la base des expériences étrangères, on peut penser que le projet de loi, une fois adopté (et à condition qu'il le soit), aurait une vie difficile dès sa naissance.
- 37 Pour conclure sur une note plus anecdotique, il semblerait que cet arrêt de la Cour constitutionnelle mette en lumière un (autre) paradoxe, relatif à l'équivalence entre mariage religieux et mariage civil dans l'ordre juridique italien. Le concordat résultant des Accords du Latran, signés en l'Italie et le Saint Siège le 11 février 1929, prévoyait la reconnaissance par l'Etat italien des mariages célébrés selon les rites de la religion catholique, ce qui a été le cas des requérants. Ce « Concordat » a subi diverses modifications dont la dernière lui a substitué le « nouveau Concordat » du 18 février 1984 (cf. J. Gaudemet, « L'accord du 18 février 1984 entre l'Italie et le Saint Siège », *Annuaire français de droit international*, vol. 30, n° 30, p. 209 – 220). Etant donné que la nullité du mariage religieux doit être activement demandée, soit par le « promoteur de justice » d'une diocèse (selon le canon 1674 du Code de droit canonique de 1983), ce qui ne semble pas avoir été fait pour le moment, soit par les époux auprès des tribunaux compétents, ce qui est improbable dans notre cas (car les deux personnes concernées souhaitent au contraire rester unis par le mariage), il semblerait, pour paradoxale que cela puisse paraître, que, contrairement à leur mariage civil, leur mariage religieux soit encore

valide. L'Eglise Catholique serait-elle plus libérale que l'Etat italien, quand il s'agit d'imposer la séparation entre deux personnes de même sexe ?

*

38 **Corte costituzionale della Repubblica italiana, Arrêt n° 170 de 2014, déposé le 11 juin 2014 et publié au J. O. le 18 juin 2014.**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Rapport de la Haute Autorité de Santé, Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, p. 29-30.
2. Cour EDH, G. C., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, Req. n° 37359/09.
3. Cf. le rapport de la Haute Autorité de Santé, *cit.*, p. 62.
4. Pour l'histoire de ces dispositions, v. M. Balboni, M. Gattuso, « *Famiglia e identità di genere : « divorzio imposto » e diritti fondamentali* », GenIUS, an I, n° 1, juin 2014, p. 8 et s.
5. V. Cour EDH, G. C. 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, Req. n° 17488/90.
6. Rappelant ainsi la démarche du Conseil constitutionnel qui, dans la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Isabelle D. et Isabelle B.*, avait laissé cette question à l'appréciation du législateur – ADL du 10 octobre 2010.
7. V. Cour EDH, 4^e Section, *H. c. Finlande*, Req. n° 37359/09 – la Cour constitutionnelle ne pouvait que citer l'arrêt de section car l'arrêt définitif de la Grande Chambre n'avait pas encore été publié à la date de l'arrêt italien ; Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30101/04 – ADL du 24 juin 2010.
8. F. Biondi, « La sentenza additiva di principio sul c. d. divorzio « imposto » : un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto » ; F. Saitto, « Rettificazione di sesso e “paradigma eterosessuale” del matrimonio : commento a prima lettura della sentenza n. 170 del 2014 in materia di divorzio imposto ».
9. Dans le cas d'espèce, en transformant l'hétérosexualité d'« élément controversé en présupposé logico-juridique de la décision », P. Bianchi, « Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo ».
10. Cette éventualité est radicalement exclue par G. Brunelli, « Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti : la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto ».
11. Cour EDH, *Hämäläinen c. Finlande*, G. C. 16 juillet 2014, Req. n° 37359/09 ; Cour EDH, *Parry c. Royaume Uni*, 28 novembre 2006, Req. n° 42971/05 ?
12. P. Passaglia, *Le juge constitutionnel et le législateur. L'expérience italienne*, Editions Universitaires Européennes, 2011, p. 97.

13. La doctrine a tenté de le justifier en distinguant la simple « invitation » de la Cour en 2010 et l'obligation de légiférer, avec un véritable « avertissement », contenue dans le présent arrêt – v. A. Ruggeri, « Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità » ; G. Brunelli, « Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. divorzio imposto ».

14. The Civil Partnership Bill [HL]: the detail & legal implications, House of Commons Library, 2002.

15. Pour une analyse des étapes qui ont conduit à cette loi, v. E. Fondimare et L. Marguet, « La longue épopée juridique vers l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe ».

16. Cf. Consultation outcome : Consultation on the future of civil partnership in England and Wales, 2014.

17. Cf. R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, « Same Sex Marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato ».

18. G. Brunelli, cit. ; B. Pezzini, « La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale ».

RÉSUMÉS

Les effets sur le mariage préexistant du changement de sexe à l'état civil d'un conjoint pose une question dans les ordres juridiques qui ne prévoient pas de reconnaissance des unions entre personnes de même sexe, car le mariage au départ hétérosexuel se transforme en mariage homosexuel. Dans certains Etats européens, le mariage est transformé en une autre forme d'union, solution récemment approuvée par le Cour de Strasbourg ; en Italie l'exclusivité du mariage hétérosexuel empêche de donner une véritable solution aux conjoints qui, souhaitant rester mariés après le changement de sexe de l'un d'eux, se voient imposer le divorce ex lege. La Cour constitutionnelle italienne a été appelée le 11 juin 2014 à juger de la constitutionnalité d'un tel divorce : elle a imposé au législateur d'intervenir pour régler l'absence de droit qui apparaîtrait à la suite de la dissolution des effets du mariage qui, devenu homosexuel, ne peut résister face au critère indépassable dans cet État de l'hétérosexualité des époux. Le législateur italien, désormais contraint d'agir, pourrait s'inspirer de la législation d'autres États européens, qui ont développé leurs propres solutions sur la question et dont on peut voir la réussite.

AUTEURS

ELEONORA BOTTINI

Doctorante à l'Université de Paris Ouest Nanterre et collaboratrice de la Cour constitutionnelle italienne (Section de droit comparé) – L'auteure tient à remercier le professeur Paolo Passaglia pour ses précieuses remarques.

SARAH PASETTO

Doctorante à l'Université de Camerino (Italie) et collaboratrice de la Cour constitutionnelle italienne (Section de droit comparé) – L'auteure tient à remercier le professeur Paolo Passaglia pour ses précieuses remarques.