

---

## Constitutionnalité de la législation relative au mariage sous réserve que soit créé un dispositif protégeant les droits des couples de même sexe, considérés eux-aussi comme une famille

MARIAGE HOMOSEXUEL (Cour constitutionnelle colombienne) :

**Carolina Vergel Tovar**

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9322>

DOI : [10.4000/revdh.9322](https://doi.org/10.4000/revdh.9322)

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Carolina Vergel Tovar, « Constitutionnalité de la législation relative au mariage sous réserve que soit créé un dispositif protégeant les droits des couples de même sexe, considérés eux-aussi comme une famille », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 04 août 2011, consulté le 15 mai 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/9322> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9322>

---

Ce document a été généré automatiquement le 15 mai 2020.

Tous droits réservés

---

# Constitutionnalité de la législation relative au mariage sous réserve que soit créé un dispositif protégeant les droits des couples de même sexe, considérés eux-aussi comme une famille

MARIAGE HOMOSEXUEL (Cour constitutionnelle colombienne) :

Carolina Vergel Tovar

---

- 1 Dans un arrêt qui suscite déjà de nombreuses controverses au sein de la société colombienne, la Cour constitutionnelle de Colombie a admis la constitutionnalité de l'article 113 du Code Civil qui définit le mariage comme "*le contrat solennel par lequel un homme et une femme s'unissent*". Une telle définition était pourtant contestée comme discriminatoire à l'encontre des couples homosexuels. Néanmoins, dans le même arrêt, la Cour a **exhorté le Parlement à légiférer d'une façon "systémique et organisée" sur les droits des couples de même sexe afin "d'éliminer le déficit de protection existante" à leur égard.**
- 2 En usant d'une logique déjà employée par le passé dans sa jurisprudence, la Cour colombienne – qui suit ainsi l'exemple de la Cour d'Afrique du Sud en 2005– a donc appelé le pouvoir législatif à combler ce vide juridique. Mais à la différence d'autres décisions précédentes (v. Cour Constitutionnelle colombienne, Sentencia C-283/11, 13 avril 2011, *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub* – ADL du 23 avril 2011), **la Cour a cette fois donné un délai précis pour que le Parlement accomplisse cette tâche.** Si avant le 20 juin 2013 le Congrès colombien n'a pas adopté une loi sur cette question, "*les couples du même sexe pourront se présenter chez un notaire ou un juge compétent, afin de formaliser et rendre solennel leur lien conjugal*".

- 3 La Cour ne s'est pas prononcée sur les autres articles visés et critiqués comme discriminatoires, c'est-à-dire l'article 2 de la loi 294 de 1996 (créant un dispositif pour prévenir, remédier et sanctionner la violence à l'intérieur de la famille) et l'article 2 de la loi 1361 de 2009 (loi de Protection Intégrale de la Famille). Aux yeux des juges colombiens, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle puisqu'ils ne font que reprendre les termes de l'article 42 de la Constitution. Dès lors, leur examen équivaudrait à un contrôle de constitutionnalité... d'une norme constitutionnelle.
- 4 Pour fonder sa décision, la Cour fait appel à plusieurs types ou niveaux d'interprétation. D'abord, la Cour affirme qu'**une interprétation littérale de l'article 42 de la constitution colombienne** permet de distinguer "*entre la famille comme institution antérieure à l'État, de racine sociologique, reconnue juridiquement et le mariage, que crée le lien fondé sur l'expression du consentement des contractants qui s'obligent librement pour construire une famille*" (« *el texto aprobado por el Constituyente que distingue entre la familia como institución anterior al Estado, de raigambre sociológica, reconocida jurídicamente y el matrimonio que genera un vínculo fundado en la expresión del consentimiento de los contrayentes que libremente se obligan para constituir una familia* ») Ensuite, la Cour procède à **une interprétation plutôt systémique**, en liant l'article 1<sup>er</sup> (qui consacre le principe de l'État social de droit, participatif et pluraliste) à l'article 2 (sur les fins de l'État, dont la "*protection des libertés, croyances et droits de toutes les personnes*"), droits qui, "*selon l'article 5, sont inaliénables*" et bénéficient d'une protection constitutionnelle qui prime sur d'autres exigences.
- 5 La Cour mentionne enfin l'article 7 qui reconnaît et protège "**la diversité culturelle de la nation**", laquelle – d'après les mots de la Cour – serait "**complètement contraire à l'imposition d'un seul type de famille**". Cette affirmation s'appuie aussi sur une **interprétation pragmatique de l'article 42**. Selon elle, le constituant n'a pas pu envisager qu'un seul modèle de famille alors que "*les unions maritales de facto*" peuvent elles aussi être la source d'une famille : "*En ce sens [... l'institution familiale peut avoir des manifestations diverses qui se formalisent à leur tour, aux travers divers 'liens naturels ou juridiques' [...]*"
- 6 Dès lors, **l'hétérosexualité n'est pas une caractéristique propre à tout type de famille**, l'existence de liens biologiques [*entre les membres d'une famille*] non plus, comme le démontre l'exemple de la famille adoptive" (« *De ahí, que la heterosexualidad no sea una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza* »). Finalement, la Cour relève que selon "*la position traditionnelle [... seules les unions hétérosexuelles, tant sous la forme du mariage ou du concubinage, étaient reconnues comme une famille [...]*" et même quand une protection fut offerte aux homosexuels, spécialement ceux en couple, (notamment à partir de l'arrêt C-075 de 2007), **cela n'a pas suffi à faire évoluer le concept traditionnel de famille**" (« *a posición tradicional de la jurisprudencia solo había reconocido como familia a la heterosexual, constituida a partir del matrimonio o de la unión marital de hecho y que aun cuando ha habido protección a los homosexuales y especialmente a la pareja, sobre todo a partir de la Sentencia C-075 de 2007, esa protección no había alcanzado a variar el concepto tradicional de familia constitucionalmente protegida, que había sido atado a la heterosexualidad de la pareja, como se advierte incluso en las sentencias que han brindado protección a la pareja homosexual* »).
- 7 En conséquence, la Cour "**constate un déficit de protection de[s] droits**" des couples de même sexe, déficit qui doit "**en premier lieu et conformément au principe**

*démocratique, être corrigé par le Législateur, dans le cadre de sa compétence, afin de développer la Constitution Politique et adopter des mesures qui puissent assurer la jouissance effective des droits aux couples du même sexe“ (comp. à la position du **Conseil constitutionnel français** – Conseil constitutionnel, Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* – ADL du 28 janvier 2011 – et à celle de **la Cour européenne des droits de l’homme** – Cour EDH, 1<sup>e</sup> Sect. 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, Req. n° 30141/04 – ADL du 24 juin 2010 et ADL du 1<sup>er</sup> décembre 2010).*

- 8 Plusieurs magistrats ont annoncé qu’ils apporteraient des précisions ultérieures à leurs votes (« *aclaraciones de voto* »). La Magistrate Maria Victoria Calle Correa a, de son côté et lors de l’explication de son vote, évoqué l’un des aspects qui suscite déjà des incertitudes dans l’opinion publique colombienne quant à la portée de la décision. Même si elle est “*d’accord avec les décisions de constitutionnalité et de protection des droits des couples du même sexe [...] à son avis, la Cour aurait dû indiquer [...] quelles étaient spécifiquement les règles à appliquer dans l’hypothèse où le Parlement ne légifèrerait pas sur la question avant la date signalée. [Ce faisant, la Cour a] laissé dans les mains du notaire ou du juge compétent [le soin de procéder à] une interprétation à même de combler les vides [juridiques] qui vont se créer au moment de concrétiser l’union entre les personnes du même sexe“.*

\*

- 9 **Cour Constitutionnelle colombienne, Sentencia C-577/11, 26 juillet 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (v. EXPEDIENTES D-8367/D-8376 - SENTENCIA C-577/11 – Julio 26).**