

Le droit au mariage, un nouveau droit de l'Homme ? Éléments de réponse d'un constitutionnaliste

Rémi BARRUÉ-BELOU

Maître de conférences en droit public

Université de La Réunion

La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a marqué la décennie en créant un droit inédit dans le système juridique français. Malgré des manifestations d'une partie de la société, la médiatisation en a fait un événement sociétal important, en raison de considérations principalement morales et religieuses. Dix ans plus tard, le droit au mariage ouvert aux personnes de même sexe a été accepté et intégré par la majorité de la population et par une partie des opposants à son adoption. Un véritable droit a été reconnu à des citoyens qui n'en jouissaient pas jusqu'alors. Ce droit attribué à une catégorie de personnes crée une nouvelle liberté pour l'ensemble de la société. En effet, la possibilité de se marier ouverte aux personnes de même sexe dans les conditions prévues aux articles 143 et suivants du Code civil constitue un droit au sens juridique du terme : il s'agit d'une prérogative individuelle établie par l'ordre juridique français. En cela, il s'agit bien d'un droit qui se définit comme une règle reconnue et sanctionnée par le droit objectif – i.e. l'ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société – qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou parfois dans l'intérêt d'autrui¹. Au-delà de la dimension nationale, un droit est également une prérogative reconnue aux individus, considérées comme inhérentes à la personne humaine et essentielles à la démocratie et à la paix, par conséquent, reconnues par des normes de valeur constitutionnelles et/ou par des conventions internationales, afin que leur respect soit assuré, même contre l'Etat².

Il convient de distinguer un droit d'une liberté qui est une sous-catégorie des droits en ce que chaque liberté peut être analysée comme étant une garantie à agir librement. De ce fait, la possibilité accordée aux personnes de même sexe de se marier dans les mêmes conditions que les personnes de sexes opposés, ne constitue pas une liberté qui doit être comprise comme l'exercice sans entrave

¹ Voir en ce sens G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 13^e édition, 2020, p. 371.

² M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2008, p. 161.

garanti par le droit (objectif) de telle faculté ou activité. Le droit au mariage pour tous n'est donc pas une liberté individuelle, c'est-à-dire un droit fondamental de faire tout ce que la société n'a pas le droit d'empêcher et qui constitue une sûreté garantissant les personnes que « *nul ne peut être arrêté ni incarcéré que dans les cas prévus par la loi et suivant des formes prescrites d'avance et du droit pour chacun de n'être jamais traduit devant les juges naturels, désignés par la loi* »³.

Si le droit au mariage pour tous est un droit nouveau – et nous allons montrer en quoi –, en ce qu'il est reconnu et établi par la loi, il s'agit également de mesurer la qualité de ce droit et sa valeur. En effet, cette contribution s'attache à répondre à la question à laquelle il lui a été demandé de répondre : le droit au mariage pour tous est-il un nouveau droit de l'Homme ?

Si les droits de l'Homme doivent être perçus, non pas comme une notion juridique mais plutôt comme un concept philosophique, politique et juridique, ils désignent les droits naturels de tout être humain, ayant un caractère universel, inaliénable indépendamment de l'ethnie, de la religion et du droit en vigueur. Ces droits, inhérents à tout individu, sont opposables à la société et à toute forme de pouvoir, institutionnel ou juridictionnel. Par leur caractère universaliste, les droits de l'Homme sont contraires à toute forme de discrimination. Leur reconnaissance est généralement prévue dans des textes à valeur supérieure à la loi ou à valeur fondamentale. Ainsi, ils ont une valeur constitutionnelle, conventionnelle ou tout du moins supra-législative.

À partir de ces définitions, nous allons nous interroger sur la valeur accordée au droit au mariage pour tous et voir qu'il s'agit d'un droit, d'un droit important puisqu'il va avoir une reconnaissance par des juridictions suprêmes de l'ordre interne mais également de l'ordre supranational ou international, même si cette reconnaissance est indirecte (I). Pour autant, on ne peut pas parler d'un droit de l'Homme et lui accorder une valeur supra-législative (II).

I. Le mariage pour tous, un droit nouveau

Le fait de pouvoir contracter un mariage entre personnes de même sexe a acquis la qualité de droit par sa conformité à la Constitution (A) et en ne remettant aucunement en cause la liberté de conscience protégée par la Déclaration des droits de l'Homme (B).

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 371.

A. Le mariage pour tous au regard des droits et principes à valeur constitutionnelle

La loi du 17 mai 2013 fait du mariage pour les personnes de même sexe un droit au même titre que le mariage entre personnes de sexes opposés. Sa qualité de droit a d'abord résulté d'un contrôle de constitutionnalité afin de vérifier la conformité de la loi avec les normes incluses dans le bloc de constitutionnalité.

Du fait de la saisine du Conseil constitutionnel par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs, un contrôle de constitutionnalité de cette loi a été effectué et a conduit à la décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013. Le Conseil a examiné tant les dispositions de la loi déferée (qui ouvre le mariage et l'adoption aux couples de même sexe) que les dispositions sur l'adoption découlant de cette loi. L'analyse du Conseil est très juridique car il insiste sur le fait qu'il n'a pas à s'immiscer dans le champ du Parlement et n'a pas de pouvoir général d'appréciation.

Le Conseil constitutionnel a d'abord jugé que la loi permettant le mariage des personnes de même sexe et l'adoption était conforme à la Constitution puisque le Préambule de la Constitution de 1946, qui fait partie des textes à valeur constitutionnelle, implique le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant et que le Code civil prévoyait cette exigence. Le Conseil a donc considéré que la tradition républicaine ne pouvait être invoquée pour considérer qu'une loi qui la contredirait serait contraire à la Constitution. Il a également ajouté que le mariage hétérosexuel n'était pas un principe fondamental reconnu par les lois de la république puisque cela faisait également l'objet d'une question soulevée par les requérants⁴.

Il a ensuite jugé qu'il n'avait pas le même pouvoir d'appréciation que le législateur mais que celui-ci avait permis l'adoption par les couples homosexuels et que cela ne constituait pas un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive.

Puis, il a jugé que le législateur avait ainsi considéré que le lien de filiation adoptive existait entre enfants et parents de même sexe.

Enfin, le Conseil a rejeté les griefs dirigés contre les dispositions de la loi concernant le nom de famille, le code du travail, le recours aux ordonnances, la validation des mariages antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi et à l'application de la loi en outre-mer.

⁴ Texte législatif antérieur à 1946 d'une portée générale, texte de nature républicaine, principe général et non contingent et dont l'application est reconnue.

Il ressort de cette décision que le mariage pour les personnes de même sexe, l'adoption par un couple de personnes de même sexe et l'établissement d'un lien de filiation sont des droits.

Cependant, il convient d'ajouter – pour être complet sur l'analyse de la part du Conseil constitutionnel et le caractère de droit de cette loi – que dans cette décision, le Conseil s'est prononcé également sur la compatibilité d'une circulaire avec une convention internationale. En effet, l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil dispose que « *deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ». Le Conseil a reconnu au législateur la liberté de permettre à deux personnes de même sexe et de nationalité étrangère dont la loi personnelle interdit le mariage homosexuel de se marier en France si les autres conditions du mariage sont remplies et notamment la condition de résidence⁵. Cependant, cet article n'est applicable qu'en dehors de toute convention internationale. Or une circulaire du 29 mai 2013 interdisait ce mariage si l'un des deux époux était ressortissant d'un pays ayant conclu une convention internationale avec la France et qu'il interdisait le mariage homosexuel. Sur ce point, le Conseil va infirmer la circulaire en considérant que la loi applicable au ressortissant étranger qui interdit le mariage homosexuel est contraire à l'ordre public international. Il écarte donc l'application de la convention internationale passée par la France au profit de principes supérieurs instaurés par la loi du 17 mai 2013. En faisant cela, le Conseil a donné une valeur supérieure à une loi sur une convention internationale.

En rejetant le défaut de procédure d'élaboration de la loi, le défaut de conformité à la Constitution, la violation d'un principe fondamental reconnu par les lois de la république, la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et en écartant l'application d'une convention internationale, le Conseil a pris le principe d'égalité comme fil conducteur.

B. Le mariage pour tous vis-à-vis de la liberté de conscience

Dans une décision ultérieure, cette fois QPC (2013-353), en date du 18 octobre 2013, le Conseil était saisi concernant la question de la liberté de conscience des officiers d'état civil quant à la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe. En effet, certains élus remplissant la fonction d'officiers d'état civil avaient refusé de célébrer un mariage entre personnes de même sexe au nom de leur liberté de conscience. Une circulaire du 29 mai 2013⁶ avait déjà

⁵ Voir le considérant 29.

⁶ Circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil)

pris position en précisant l'obligation des maires. Elle indiquait qu'en tant qu'officiers d'état-civil ils agissent sous le contrôle du Procureur de la République et qu'ils ne peuvent pas refuser de célébrer un mariage pour des motifs d'ordre personnel sous peine de sanctions administratives et pénales. Suivant cette même logique, le Conseil constitutionnel a rappelé que la loi du 17 mai 2013 ne portait pas atteinte à la liberté de conscience des officiers d'état-civil en ne leur permettant pas de refuser de célébrer un mariage. Saisi sur ces moyens, le Conseil a refusé de considérer une violation du principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinion ainsi qu'une violation du principe de libre-administration des collectivités territoriales. Il a notamment mis en avant l'obligation et le principe de neutralité des services publics.

Il ressort de cette dernière décision que le fait de pouvoir se marier avec une personne du même sexe est clairement un droit puisqu'il existe une obligation légale à célébrer de tels mariages. Ceci a d'ailleurs été rappelé par la Cour administrative de Versailles dans un arrêt du 10 décembre 2015⁷ qui a indiqué que la délibération d'un conseil municipal qui reconnaît au maire et à ses adjoints le droit d'invoquer leur liberté de conscience pour refuser de célébrer un mariage entre personnes de même sexe est illégale.

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 18 décembre 2015⁸, a également rappelé que la loi du 17 mai 2013 ne violait pas la liberté de conscience et qu'aucun texte n'oblige un officier d'état-civil à approuver le choix de vie des personnes dont ils célèbrent le mariage. Cependant, leur fonction doit être remplie et si le Préfet n'est pas compétent pour remplacer un officier d'état-civil, le Procureur de la République l'est.

Les procédures de contrôle qui ont concerné la loi du 17 mai 2013 ont confirmé sa conformité au bloc de constitutionnalité et à tout principe reconnu dans l'ordre juridique national. Elles confirment sa qualité de véritable « droit ». Pour autant, il ne peut être considéré comme un droit de l'Homme en tant que catégorie juridique.

II. Le mariage pour tous, un droit encore loin d'être un droit de l'Homme

Nous l'avons précédemment souligné, les droits de l'Homme ne sont pas une notion juridique mais plutôt un concept philosophique, politique et juridique. Leur valeur juridique ne s'inscrit donc pas dans une catégorie juridique précise.

⁷ CAA Versailles, *Commune de Montfermeil*, n° 14VE00629. *AJDA* 2016. 580.

⁸ CE, 18 décembre 2015, n°369834, *M. C.*

Ce constat résulte de la diversité des conceptions données à ce droit au mariage pour les personnes de même sexe par le droit français (A), par le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (B) et par le droit de l'Union européenne dans l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne (C).

A - Le droit français et la double valeur constitutionnelle et d'ordre public

La qualification de « droit de l'Homme » et la portée juridique que cette expression impliquent sont complexes. Deux raisons principales expliquent cela. D'abord, car cette expression ne recouvre pas de définition juridique réelle et arrêtée, c'est-à-dire communément admise par la communauté scientifique. Elle est donc davantage un concept dont les contours de définition sont assez peu précis et ne font pas l'objet d'un consensus au sein de la doctrine. Ensuite, car la valeur juridique d'un droit qualifié de « droit de l'Homme » peut être constitutionnelle, simplement supra-législative mais aussi conventionnelle. Cela dépend de la valeur du texte concerné.

1. La valeur constitutionnelle reconnue à la catégorie des droits de l'Homme en France

Pour ce qui concerne le droit français et le droit applicable dans le système normatif français, plusieurs normes juridiques se réfèrent aux droits de l'Homme. On peut citer la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 qui prévoit la protection de « droits humains » ou de « droits de l'Homme » – selon les traductions. Si cette Déclaration ne fait pas partie des normes internationales à valeur exécutoire et n'a donc qu'une simple portée déclaratoire, elle constitue une référence morale pour de nombreux États du monde dont la France.

De tels droits sont également inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. C'est le cas de l'article 1^{er} concernant la liberté et l'égalité en droit, de l'article 4 relatif à la définition de la liberté et de ses limites (c'est-à-dire le droit d'autrui), mais aussi de l'article 10 relatif à la liberté d'opinion et de conscience et leurs limites qui sont les troubles à l'ordre public. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est devenue une norme de référence du contrôle de constitutionnalité depuis les décisions du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973. Les droits qu'elle énonce ont « *pleine valeur constitutionnelle* » depuis la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982. Les droits de l'Homme identifiés par le Conseil constitutionnel dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ont ainsi une réelle valeur constitutionnelle.

L'expression « droits de l'Homme » est aussi présente dans le préambule de la Constitution de 1958 : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'aux droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement de 2004 [...]* ». Selon une jurisprudence constante, les textes cités dans le préambule de la Constitution ont valeur constitutionnelle. C'est le cas depuis la décision du 19 juin 1970 du Conseil constitutionnel (n° 70-39 DC), confirmé dans la décision du 16 juillet 1971 « Liberté d'association » (n° 71-44 DC). Là encore, la valeur constitutionnelle des droits de l'Homme présents dans le préambule de la Constitution est reconnue et protégée.

Au regard de ces références normatives, il appert que le droit français donne une valeur constitutionnelle à la catégorie des droits de l'Homme. Or, nous venons de le montrer, le droit au mariage pour tous est une norme à valeur législative, ce qui ne peut en faire un droit appartenant à la catégorie des droits de l'Homme, même si la décision du Conseil constitutionnel du 17 mai 2013 reconnaît la constitutionnalité de la loi sur le mariage pour tous et consacre un principe essentiel en droit français. Cependant, pour la Cour de cassation, la valeur du droit au mariage pour tous est même supra-conventionnelle et se réfère à un ordre public international.

2. La valeur de norme d'ordre public reconnue au mariage pour tous par la juridiction judiciaire suprême

Il paraît important de rappeler qu'en raison de la ratification par l'État français des conventions ou des traités internationaux, et de leur applicabilité en droit interne en application de l'article 55 de la Constitution, ceux-ci bénéficient d'une valeur supra-législative. Cependant, cette valeur supra-législative ne confère pas aux normes inscrites dans ces conventions et traités internationaux une valeur constitutionnelle. Cela concerne notamment la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CSDH/LF), communément appelée Convention européenne des droits de l'homme, qui est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974. Il convient de préciser que cette valeur supra-législative semble pouvoir être écartée au profit d'une norme appartenant à l'ordre public. Sur ce point, la Cour de cassation a reconnu au mariage entre personnes de même sexe une place dans les normes composant l'ordre public. La Cour de cassation, par un arrêt du 28 janvier 2015 rendu par sa première chambre civile, confirme un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 22 octobre 2013 qui donne au mariage entre personnes de même sexe une valeur supra-conventionnelle. Elle reconnaît quasiment l'existence d'un ordre public

international⁹ supérieur au droit international lui-même, puisqu'elle écarte l'application d'une convention entre la France et le Maroc au profit de la loi française. Tout au moins, la Cour semble ériger un principe d'ordre public français en matière internationale¹⁰. En effet, le Procureur général considérait qu'il convient « d'écarter l'application de la convention franco-marocaine (du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire) au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public instaurés par la loi du 17 mai 2013, et en conséquence de ne pas reconnaître en l'espèce une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ». La Cour de cassation a considéré, en application de l'article 4 de cette convention bilatérale que la loi de l'un des deux pays pouvait être écartée si elle était manifestement incompatible avec l'ordre public. Or tel était le cas selon la Cour de cassation qui a estimé que la loi du 17 mai 2013 avait instauré un nouvel ordre public¹¹. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire a donc expressément reconnu que la loi marocaine dont les effets s'opposent au mariage entre personnes de même sexe est incompatible avec l'ordre public. Une partie de la doctrine y a vu la reconnaissance d'un ordre public international et un niveau normatif supra-international. On peut alors considérer que la nationalité d'une personne ne peut être une justification à la non application d'une liberté fondamentale, en s'appuyant sur l'article 14 de la CESDH et les arrêts de la Cour EDH du 24 juillet 2003¹² ainsi que sur les décisions du Conseil constitutionnel des 12 et 13 août 1993 (n° 93-325 DC) et du 20 novembre 2003 (n° 2003-484 DC).

⁹ L'ordre public international définit les valeurs au fondement de l'ordre social à un moment donné. C'est un ordonnancement de valeurs. En l'occurrence, il s'agit de la valeur d'égalité.

¹⁰ Voir en ce sens H. FULCHIRON, « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *Journal du droit international (Clunet)* n° 4, Octobre 2013, doctr. 9 ; P. PUIG, « La loi d'ordre public international », *RTD civ.* 2015, p. 91 et s.

¹¹ « *Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux États dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié* ».

¹² Cour EDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche* (affaire n° 40016/98).

B. Le droit au mariage entre personnes de même sexe indirectement reconnu par la Cour EDH

Existents des droits dits « de l'homme » invocables directement devant la Cour européenne des droits de l'homme, issus de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et donc directement applicables en droit interne. Soulignons que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé, dans 4 arrêts du 15 avril 2011¹³, que le droit de la Convention était immédiatement applicable en France et préféré à la loi française en cas de contradiction. Parmi ceux-ci, l'article 12 de la Convention européenne définit le droit pour l'homme et la femme de se marier, à l'âge nubile, et de fonder une famille. La Cour avait jusque-là refusé de considérer que cela s'appliquait aux mariages de personnes de même sexe car cette appréciation devait être laissée aux Etats signataires.

La raison pour laquelle la Cour EDH a été timide à reconnaître le mariage entre personnes de même sexe s'explique par la variabilité des positions des États Parties à la Convention et par le fait que cela ne pouvait donc être vu comme un droit. Toutefois, dans une affaire de 2022, la Cour était saisie relativement au lien de filiation pouvant exister entre un enfant conçu par le biais d'une gestation pour autrui (GPA) à l'étranger et le couple d'intention. Dans cette décision, la Cour réaffirme sa jurisprudence relative aux droits inhérents au mariage entre personnes de sexe opposé et l'étend aux personnes de même sexe. Elle considère que les Etats signataires doivent prévoir la reconnaissance du lien de filiation ou des procédures alternatives comme l'adoption pour les enfants nés d'une GPA. Ainsi, dans une décision du 22 novembre 2022¹⁴, la Cour européenne reprend le raisonnement et la solution qu'elle avait adoptés dans l'affaire *Mennesson*¹⁵ concernant le lien de filiation entre l'enfant conçu par une gestation pour autrui à l'étranger et le couple d'intention. En reconnaissant à un enfant conçu par une convention de GPA conclue et réalisée aux États-Unis par l'ovule d'une donneuse et au sperme de l'un des deux hommes composant le couple d'intention, un droit illimité d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention sous peine de nier son droit au respect de sa vie privée, le juge de la Convention permet d'étendre la règle qu'il avait posée concernant les couples hétérosexuels à des couples homosexuels. Par ce biais, la Cour établit indirectement que le mariage entre personnes de même sexe est bien un droit.

¹³ Arrêts n°P10-17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242.

¹⁴ Cour EDH, 22 novembre 2022, *D. B. et A. c/ Suisse* (affaires n°58817/15 et n° 58252/15).

¹⁵ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c/ France* (affaires n°65192) – *JCP G* 2014, 877.

C. La reconnaissance du droit au mariage entre personnes de même sexe via la définition de la notion de conjoint par la Cour de justice

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a également eu l'occasion de se prononcer sur le mariage entre personnes de même sexe, même si ce n'est qu'indirectement. La position des institutions, et notamment de la Cour de justice, a été et reste encore compliquée en raison de la diversité voire de l'opposition manifeste entre États membres. Si des pays comme les Pays-Bas, l'Espagne, le Portugal, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Irlande, la Finlande, le Luxembourg, Malte ou la Suède ont légalisé le mariage homosexuel, d'autres comme la Hongrie ou la Pologne ont inscrit dans leurs constitutions que le mariage était hétérosexuel. D'autres enfin n'ont simplement pas reconnu ce droit comme la Bulgarie. Il est donc difficile pour les institutions européennes de se prononcer sur cette question. Toutefois, en évitant d'utiliser les termes d'homme et de femme pour reconnaître le droit de se marier ou le droit de fonder une famille, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a reconnu aux États la liberté de permettre le mariage aux personnes de même sexe. Cependant, c'est sur le plan de la lutte contre la discrimination que la Cour s'est prononcée indirectement sur ce sujet.

Dans un arrêt du 5 juin 2018¹⁶, la Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer sur la notion de conjoint. La question qui était ici posée était de savoir si le droit au séjour de plus de 3 mois pouvait être refusé au conjoint non européen d'un citoyen européen de même sexe, sachant que l'État en question ne reconnaît pas le mariage homosexuel.

La Cour considère que les textes s'opposent à un refus, et donne ainsi une approche neutre et non genrée de la notion de conjoint en s'appuyant sur le principe de non-discrimination. Par cette décision, elle poursuit la construction et le développement d'une jurisprudence de protection des droits fondamentaux et précise, de ce fait, le caractère compatible avec les traités du mariage entre personnes de même sexe.

Par l'histoire de sa jurisprudence et sa capacité à dégager l'existence et la reconnaissance de droits fondamentaux, la juridiction de l'Union européenne pourrait être le moyen de ce caractère fondamental. N'oublions pas que la Cour de justice, dès les années 1970, époque où les communautés n'étaient organisées qu'autour de traités à vocation économique, avait dégagé des droits qu'elle a découvert et qualifié d'abord de principes généraux du droit en s'appuyant notamment sur la CESDH (dont l'Union n'est toujours pas membre, même si des textes régissant leurs relations existent).

¹⁶ CJUE, Grande Chambre, 5 juin 2018, *Relu Adrian Coman e.a. contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne* (affaire C-673/16).

Conclusion

Il ressort de ces analyses que le mariage entre personnes de même sexe bénéficie de reconnaissances juridiques différentes. Cependant, que la valeur juridique accordée à ce droit soit constitutionnelle, conventionnelle ou simplement législative, il est indéniable qu'il ne peut être considéré à l'heure actuelle et dans un futur proche comme un droit de l'Homme. Une première grande étape vers cet éventuel chemin pourrait malgré tout résulter d'une reconnaissance à l'échelle internationale. Certains textes internationaux reconnaissent le mariage comme un droit. Il faudrait pour cela que la question du sexe des mariés soit abordée et tranchée. Cela serait également possible en passant par la question de l'adoption. Le Conseil d'État a, sur ce point, rappelé dans un arrêt du 18 décembre 2015 en réponse à sa saisine par des parlementaires sur la conformité de la loi du 17 mai 2013 à trois conventions et traités internationaux, que ni les traités internationaux garantissant le droit de se marier, ni la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, ni la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, n'obligent à ce que le mariage et l'adoption soient réservés aux couples de personnes de sexes opposés. Sur la base de cette piste ici évoquée, le chemin vers une reconnaissance au niveau international du droit de se marier pour les personnes de même sexe pourrait être envisagé. Cependant, nul doute que le chemin sera long.

