

Cour Européenne des Droits de l'Homme
Deuxième Chambre
Conseil de l'Europe, 67075 Strasbourg CEDEX (France)
FAX: +33-(0)388412730

AMICUS CURIAE

AU SENS DE L'ART. 44 DU REGLEMENT

Requêtes :

18766/ Oliari et autres/ Italie - 26431/12 Orlandi et autres/ Italie

Pour:

l'Associazione Radicale Certi Diritti, siège légal à Rome (Italie), Via di Torre Argentina 76, en la personne de son Représentant légal et Secrétaire sous mandat, M. Yuri GUAIANA, assistée et représentée par les avocats M^e Nicolò PAOLETTI, M^e Filomena GALLO et M^e Claudia SARTORI, ayant élu domicile au Cabinet légal de M^e Nicolò PAOLETTI, Via Barnaba Tortolini 34, Rome.

Attendu que

l'Institut italien de Statistique ISTAT a mené, pour l'année 2011, un sondage visant à photographier l'opinion publique italienne en ce qui concerne la possibilité de combler certaines lacunes législatives du système italien quant au droit qu'auraient des couples de fait à former une famille dûment protégée. Ce sondage, publié en date du 17 mai 2012, a fait apparaître que:

61,3% des Italiens âgés de 18 à 74 ans pensent que les homosexuels sont plutôt discriminés en Italie, voire très discriminés; 74,8% pensent que l'homosexualité est une menace pour la famille, tandis que 65,8% se déclarent d'accord avec la phrase: « il est possible d'aimer une personne de l'autre sexe ou une personne de son propre sexe, l'important c'est d'aimer ».

La majorité des personnes ayant répondu au sondage (62,8%) se déclare d'accord avec la phrase: « il est juste qu'un couple d'homosexuels vivant maritalement puisse avoir devant la loi les mêmes droits qu'un couple hétérogène dûment marié ».

Sur le million d'individus qui se sont déclarés homosexuels ou ambivalents, pour la plupart des hommes adultes ou jeunes plus particulièrement vivant en Italie centrale, 40,30% ont déclaré qu'ils se sont sentis discriminés, contre 27,9% des hétérosexuels. Un pourcentage de 53,7% est atteint quand on y ajoute les discriminations subies (clairement reproductibles à l'homosexualité ou à l'ambivalence des interviewés) lors de la recherche d'un appartement (10,2%), dans leurs rapports avec leurs voisins (14,3%), dans leurs besoins de soins médicaux (10,2%) ou dans leur fréquentation de locaux publics, bureaux ou moyens de transport (12,4%).

Droit interne italien

En Italie, le mariage entre personnes du même sexe n'existe pas actuellement (même s'il n'est pas expressément interdit). Le Code civil, Premier Livre "Des Personnes et de la Famille", règle les rapports entre conjoints et les conditions nécessaires pour qu'un mariage soit prononcé.

En 2008, l'*Associazione Radicale Certi Diritti* a lancé, de concert avec *Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBT*, une campagne sur plan national pour faire reconnaître le mariage civil entre membres d'un même sexe, intitulée "*Affermazione Civile*". Durant cette campagne, 25 couples homosexuels se sont mobilisés, pour la plupart originaires de l'Italie centrale ou septentrionale. Ils ont saisi 13 tribunaux ordinaires sur 166 et 6 cours d'appel sur 26. Parmi ces procédures, quatre ont soulevé des doutes d'inconstitutionnalité. En plus de ces actions judiciaires, la campagne a organisé différents cours de formation sur ce thème à l'intention des avocats ainsi que des conférences dans les universités et des séminaires.

En Italie, le partenaire du même sexe est "reconnu" dans certains cas:

- au sens de la législation pénitentiaire, les parents et personnes vivant sous le même toit ont pareillement droit de rendre visite aux incarcérés, comme le dit l'art. 14 quater et l'art. 18 de l'*Ordinamento penitenziario*;
- la loi sur les greffes d'organes (loi italienne N° 91/1999) considère que, en cas de don d'organes fait par des couples homosexuels, le conjoint qu'il soit "marié" ou "*more uxorio*" doit pareillement être informé "de la nature et des circonstances du prélèvement" et a pareillement le droit de s'opposer à ce prélèvement;
- le Code italien de Procédure pénale (art. 199, paragraphe 3, lettre a) donne aux couples homosexuels la même faculté qu'aux couples hétérosexuels de s'abstenir de témoigner l'un contre l'autre;
- l'art. 681 du Code italien de Procédure pénale parle également, pour les demandes de grâce, de "personne habitant sous le même toit", ce qui s'applique donc aux couples hétérosexuels comme aux couples homosexuels;
- la circulaire du ministère italien de l'Intérieur N° 8996 du 26 octobre 2012¹;

¹ Objet: Union entre personnes d'un même sexe. Titre de séjour au sens du Décret législatif italien N° 30/2007

- l'extension de la mutuelle d'assurance maladie en faveur du partenaire de tout député homosexuel.

De leur côté, les jugements prononcés en la matière disent:

- Jugement N° 404/1988 de la Cour constitutionnelle italienne qui déclare illégitime l'exclusion du partenaire vivant sous le même toit dans la reprise de la location d'un logement; toutefois, depuis lors, la jurisprudence a élargi ce droit aux personnes d'un même sexe vivant "more uxorio" (voir jugement de la Cour de Cassation N° 5544 du 8 juin 1994);

Arrêt N° 33305/2002 de la Cour italienne de Cassation dans lequel il est affirmé que: « En matière de constitution de partie civile, toute lésion à la cohabitation, sous réserve que cette cohabitation ait un minimum de stabilité permettant de supposer un apport économique futur, représente une "*causa petendi*" légitime pour saisir le juge pénal compétent d'une demande de dédommagement contre le délit à l'origine de ladite lésion »;

- Ordonnance N° 25661 du 17 décembre 2010 de la Cour italienne de Cassation où il est dit que: « le droit d'entrée [sur le territoire italien] et de séjour pour reconstitution du clan familial de personnes émigrées avec un citoyen italien est uniquement régi par les normes découlant des directives communautaires »;
- Arrêt N° 1328/2011 de la Cour italienne de Cassation qui affirme que: « la notion de "conjoint" prévue à l'art. 2 du Décret législatif italien N° 30/2007 doit s'entendre en fonction du régime juridique étranger où le mariage a été célébré ». En conséquence, tout étranger s'étant marié en Espagne avec un ressortissant de l'Union Européenne doit s'entendre comme lui étant apparenté aux fins de son droit de séjour en Italie »;
- Arrêt N° 7176 du 29 mars-31 août 2012, de la Cour d'Appel de Milan (Italie), Chambre des Affaires de l'Emploi, qui confirme que le partenaire d'un couple homosexuel a le droit d'être inscrit à la mutuelle d'assurance maladie de son conjoint, en l'occurrence à la *Cassa Mutua Nazionale per il Personale delle Banche di Credito Cooperativo*;
- Jugement en premier ressort N° 9965 du 13 juin 2011 du Tribunal de Milan (Italie) qui, pour la première fois, reconnaît le droit à un conjoint homosexuel d'être dédommagé pour la perte de son partenaire dans un accident routier.

Jurisprudence

Cour Constitutionnelle italienne

L'Arrêt N° 138/2010 de la Cour constitutionnelle italienne² considère comme « inadmissibles et non fondés » les questions de légitimité constitutionnelle des articles 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis du code civil italien dans la partie où ils ne permettent pas de se marier avec une personne du même sexe.

² Source: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Les motivations de l'arrêt représentent toutefois un grand pas en avant en matière d'abolition des discriminations matrimoniales en Italie.

La Cour rappelle en effet que: « l'institution du mariage, telle qu'elle est actuellement prévue dans le droit italien, se réfère indubitablement au seul mariage entre personnes de sexe différent ». En conséquence, le contenu des dispositions du Code [italien] qui régissent cette institution ne peut clairement pas être étendu à des personnes d'un même sexe « compte tenu du caractère ultra-millénaire et consolidée de la notion de mariage comme étant celle d'une union entre un homme et une femme ».

Par ailleurs, la Cour ne saurait ignorer la rapide transformation de la société et de ses habitudes, le caractère obsolète du monopole de la famille traditionnelle, la naissance spontanée de nouvelles formes de cohabitation (même si elles ne sont encore que minoritaires), lesquelles demandent à être protégées en s'inspirant du modèle traditionnel et, comme celui-ci, voudraient être dûment prises en compte et disciplinées. De nouvelles exigences, liées à une évolution de la culture et des mœurs, demandent à être patronnées, ce qui entraîne la nécessité d'une réflexion attentive sur la compatibilité de l'interprétation traditionnelle des principes constitutionnels.

L'art. 2 de la Charte constitutionnelle dit que: « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'être humain, individuellement comme dans les formations sociales où se développe sa personnalité, lesquelles demandent la pratique incontournable de devoirs de solidarité politique, économique et/ou sociale ». Par "formation sociale", le Cour entend toute forme de collectivité, simple ou complexe, permettant un libre développement de l'individu dans sa vie relationnelle, dans le contexte d'une mise en valeur du modèle pluraliste. L'union homosexuelle, entendue comme une cohabitation stable entre deux personnes ayant le droit fondamental de vivre librement leur condition de couple, peut s'accueillir dans cette notion et, le temps aidant, être reconnue juridiquement avec ses droits et ses devoirs conformément aux modalités et limites imposées par la loi.

Le problème que soulèvent les paramètres présents dans les art. 3 et 29 de la Constitution italienne n'est pas fondé. Ces articles disent respectivement que: « Tous les citoyens [italiens] ont la même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinion politique ou de conditions personnelles ou sociales. Il appartient à la République d'éliminer les obstacles économiques ou sociaux susceptibles de limiter de fait la liberté et l'égalité des citoyens, d'en empêcher le développement de la personnalité individuelle et leur participation effective à l'organisation politique, économique e sociale de leur pays » et « La République reconnaît les droits de la famille comme étant ceux d'une société naturelle fondée sur le mariage. Le mariage est régi sur la base d'une égalité morale et juridique des conjoints, dans les limites établies par la loi pour garantir l'unité familiale ».

Il est toutefois vrai que, comme le dit la Cour Constitutionnelle, les concepts de "famille" et de "mariage" ne peuvent s'entendre comme "cristallisés" à la date d'entrée en vigueur de la Constitution (italienne) du fait que, en tant que principes constitutionnels, ils possèdent un ductilité qui leur est propre et qu'il faut donc les interpréter en tenant compte des transformations du régime juridiques mais aussi de l'évolution de la société et des mœurs. Cette interprétation ne peut toutefois pas aller jusqu'à pénétrer dans le noyau de la norme, pour la modifier au point d'y inclure des

phénomènes ou des problèmes qui n'avaient pas été aucunement considérés au moment de son émanation.

Lors de l'élaboration de l'art. 29 de la Constitution italienne, ses auteurs ont discuté d'une institution qui possédait déjà une conformation précise et qui disposait d'une discipline articulée au sein du droit civil. En conséquence, manquant d'autres références, il est évident qu'ils s'en sont tenus à la notion de "mariage" telle qu'elle était définie dans le Code civil entré en vigueur en 1942, Code qui, comme on l'a vu, disait (et continue à dire) que les époux doivent être des personnes de sexe différent. C'est également en ce sens que s'oriente le deuxième paragraphe de cet article qui, voulant affirmer le principe moral et juridique de l'égalité des époux, s'attache plus particulièrement à la position de la femme pour lui attribuer une dignité égale et des droits égaux dans les rapports matrimoniaux.

L'Arrêt de la Cour constitutionnelle italienne souligne donc que, par lesdits articles de la Charte constitutionnelle, l'Assemblée constituante n'a « ni interdit, ni imposé la concession de statut matrimonial aux unions entre personnes d'un même sexe ».

Tribunal de Reggio d'Emilie – Ordonnance du 13.2.2012

Dans cette procédure, les Requérants n'ont pas demandé au Tribunal de reconnaître leur mariage légitimement célébré en Espagne, mais simplement leur droit à avoir une vie familiale sur le territoire italien par reconstitution de leur ménage en Italie sur la base du principe que: tout étranger s'étant marié en Espagne avec un citoyen de l'Union Européenne de son même sexe a le droit de lui être considéré comme "apparenté" aux effets du droit de séjour en Italie.

En s'appuyant pour ce faire sur l'Arrêt N° 138/2010 de la Cour Constitutionnelle italienne, là où elle parle d'union homosexuelle, « entendue comme une cohabitation stable entre deux individus du même sexe » qui ont « le droit fondamental de vivre librement leur condition de couple » et qui dit que « le droit à l'unité familiale s'exprime dans la garantie de la cohabitation du clan familial (...) laquelle constitue une expression d'un droit fondamental de l'être humain ».

Les Requérants s'en appellent également aux normes européennes (décret législatif italien N° 30/2007 sur la libre circulation des ressortissants européens et de leurs familles) et aux arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme sur ce thème en soutenant qu'un éventuel rejet de leur requête se configurerait comme une discrimination sexuelle (dont l'illégitimité a été confirmée encore récemment par la célèbre Résolution du Conseil pour les Droits de l'Homme des Nations Unis du 17 juin 2011).

Selon le Juge de Reggio d'Emilie, la vérification ne peut avoir pour objet que le droit du Requérant à obtenir une autorisation de séjour en Italie, au sens de la norme découlant du droit communautaire sur la libre circulation des ressortissants de l'Union, norme qui doit s'interpréter de façon cohérente et simultanée avec le droit fondamental de chacun de vivre librement sa vie de couple, sans discrimination de sexe, droit qui est partie intégrante du droit reconnu au plan international au respect de la vie individuelle et familiale de chacun.

Le Juge de Reggio d'Emilie soutient que la question de la compétence exclusive des Etats membres en matière d'état civil, encore en suspens, est une question qui ne relève pas de la liberté de circulation, laquelle relève spécifiquement de la compétence européenne et que, même en admettant qu'il puisse y avoir certaines marges de contraste, les intérêts conflictuels qui pourraient en découler devront trouver une composition et un point d'équilibre qui ne sauraient nier à l'être homosexuel le droit fondamental de vivre librement sa condition de couple, à l'instar des couples hétérosexuels qui exercent leurs droit à la libre circulation.

En conséquence, le Juge de Reggio d'Emilie pense que la définition de "conjoint" adoptée par la Directive européenne N° 2004/38 sans plus de spécification, définition reportée telle quelle dans la norme italienne de transposition, ne peut s'interpréter en fonction des normes du pays d'immigration (en l'occurrence l'Italie), comme au contraire le prévoit expressément la référence au "partenaires" de "unions enregistrées".

L'art. 9 de la Charte européenne des Droits fondamentaux, en vigueur depuis le 1 décembre 2009 puisque transposée dans le Traité européen de Lisbonne, confère à tout être humain « le droit de se marier et de former une famille » et utilise, à cet effet, une autre expression qui ne prévoit plus que les personnes concernées soient de sexe différente pour pouvoir invoquer la garantie offerte par la norme.

Les grandes lignes proposées par la Commission européenne pour faciliter la transposition de la Directive N° 2004/38 (COM 2009 - 313) disent que: « l'application de la Directive sous-entend que soient reconnus, dans leur principe, tous les mariages légitimement célébrés partout dans le monde » en exceptant expressément les mariages forcés ou les mariages polygames.

Le Juge de Reggio d'Emilie rappelle que, dans ce document, la Commission a voulu souligner que « la directive doit s'appliquer conformément au principe de la non-discrimination, énoncé notamment à l'art. 21 de la Charte de l'Union Européenne », Charte qui, comme on le sait, sanctionne l'interdiction des discriminations, et notamment la discrimination sexuelle.

Cour de Cassation N°4184 du 15/3/12

Par cette décision, la Cour italienne de Cassation a outrepassé une très ancienne tradition juridique qui considérait comme élément essentiel du mariage le fait qu'il y ait différence de sexe entre les époux et abandonne toute référence provenant d'interdictions constitutionnelles (le "libre choix du Parlement"), de la tradition (la Cour reconnaît "l'évolution radicale" connue récemment par rapport à une tradition millénaire) et à des questions de "nature" ("le concept de la différence des sexes des époux vu en tant qu'élément essentiel, pour ainsi dire "naturel", du mariage ayant été outrepassé) a montré que la simple promulgation d'une loi ordinaire suffisait pour ouvrir l'institution du mariage aux couples homosexuels. Cette évolution avait été en quelque sorte anticipée par l'Ordonnance du Tribunal de Reggio d'Emilie du 13.02.2012 en matière de droit de séjour qui était une décision de transposition, puisqu'il ne s'agissait pas d'un droit relevant du droit interne italien mais du droit européen (libre circulation des personnes).

La Cour Suprême italienne y sanctionne que le Parlement est libre d'introduire un mariage égalitaire (« sa reconnaissance et sa garantie [...] sont dévolus au libre choix du Parlement ») et adhère à l'Ordonnance N° 138/2010 de la Cour Constitutionnelle italienne dont il est fait mention ci-dessus.

Contrairement à ce qu'avait pu retenir la jurisprudence jusqu'à la date de cette décision de la Cour de Cassation, le mariage homosexuel n'est plus absent du droit italien et n'est plus dans « l'impossibilité de produire [...] un quelconque effet dans le droit italien ».

La catégorie juridique de "non-existence" est plus grave que celle de "invalidité". En effet, dire d'une institution qu'elle est inexistante consiste non seulement à bien montrer qu'elle n'existe pas dans le monde du droit, mais aussi qu'elle n'est pas même le moins du monde reconnue dans le contexte social. En conséquence, dire qu'un lien entre deux personnes homosexuelles n'existe pas implique un jugement sur la qualité de leurs relations.

Les motivations de cet Arrêt rappellent l'influence directe qu'a eu sur le droit italien le contenu de l'Arrêt de la Cour de Strasbourg qui affirme que les unions homosexuelles sont protégées par la garantie que donne l'art. 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui garantit à l'être humain son droit à une "vie de famille". La Cour de Cassation souligne le droit de saisir immédiatement les autorités judiciaires pour obtenir, le cas échéant, un traitement similaire au traitement réservé aux couples hétérosexuelles. « Les membres d'un couple homosexuel, partageant une relation stable, en leurs qualités de titulaires du droit à avoir une vie familiale et du droit inviolable à de vivre librement leur condition de couple [...] peuvent saisir les tribunaux ordinaires pour faire valoir, en cas [...] de situations spécifiques, leur droit à un traitement homogène à celui que la loi réserve aux couples hétérosexuelles ».

La jurisprudence italienne semble avoir assimilé définitivement ces notions qui lui viennent de l'Europe et les motivations de la décision susdite sont tellement fouillées qu'elles ne laissent pas d'espace pour des revirements futurs visant à démolir ses conquêtes et ses consolidations. La Cour Suprême italienne relève en effet que cette évolution s'impose par le fait même que l'Italie a adhéré à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Droit européen

Dans son Arrêt *Schalk et Kopf c/ Autriche* du 24 juin 2010, cette Cour a nié que, dans l'état actuel des choses, l'art. 12 de la Convention puisse être interprété comme applicable au droit de mariage des couples homosexuels.

A l'égard de la violation dénoncée de l'art. 14 combiné aux dispositions de l'art. 8 de la Convention la Cour reconnaît que les couples homosexuels sont pleinement titulaires du droit à la vie familiale que protège l'art. 8 de la Convention, au même titre que les couples hétérosexuels non unis en mariage. La reconnaissance de ce droit des couples homosexuelles de la part de l'Etat serait souhaitable pour mieux les protéger.

Ailleurs dans le monde: l'expérience des Etats-Unis d'Amérique

L'été 2013 a été un moment crucial pour les Etats-Unis du point de vue du dépassement des discriminations sexuelles s'opposant au mariage. Le 26 juin 2013, la Cour Suprême des Etats-Unis a déclaré que le document en défense de la loi sur le mariage (*DOMA – Defense of Marriage Act*) était inconstitutionnel. Le DOMA - qui sanctionnait que seules les couples formés par un homme et une femme avaient droit à accéder à l'institution du mariage - avait été approuvé par le Congrès en 1996 suite à une Ordonnance émise par la Cour Suprême de l'Etat des Hawaï.

Le vote de la Cour (5 favorables contre 4 contraires) a dérégularisé la troisième partie du DOMA qui, outre à discriminer sexuellement l'accès au mariage, empêchait les couples homosexuels mariés dans d'autres Etats de la Fédération permettant ce mariage de bénéficier des lois fédérales directement liées au statut de couples (au nombre de plus de 1 100, notamment en matière d'immigration, de sécurité sociale et de succession).

Au-delà de cet événement historique, on assiste actuellement à une multitude de décisions que prennent les tribunaux des différents Etats pour éliminer les obstacles à l'accès au mariage des couples homosexuels, au nom du principe d'égalité figurant dans la Charte de constitution des Etats-Unis. Et tout récemment encore, le Texas et l'Utah.

Sur les 50 Etats USA, 33 interdisent les mariages homosexuels et dans 26 d'entre eux, cette interdiction est confirmée par un amendement de la Constitution, et 17 Etats les reconnaissent (à l'exception de Rhode Island, New Mexico et New York qui ne reconnaissent que les mariages homosexuels célébrés dans l'autres Etats).

Rome, le 25 mars 2014

M^e Nicolò Paoletti

M^e Filomena Gallo

M^e Claudia Sartori

