



Universiteit
Leiden

The Netherlands

La libre circulation des partenaires de même sexe (première édition)

Waaldijk, C.; Borrillo D

Citation

Waaldijk, C. (1998). La libre circulation des partenaires de même sexe (première édition). In *Homosexualités et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique* (pp. 205-226). Paris: Presses Universitaires de France. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/5219>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/5219>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Homosexualités et droit

De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique

sous la direction de

Daniel Borrillo

*Maître de conférences en droit privé
à Paris X - Nanterre*



Presses Universitaires de France

1998

ISSN 2 13 049439 0

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1998, mai

© Presses Universitaires de France, 1998
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

*La libre circulation des partenaires
de même sexe**

Kees WAALDIJK**

I/L'HOMOSEXUALITÉ
ET L'HÉTÉROSEXUALITÉ
DANS LES LÉGISLATIONS RELATIVES
A L'IMMIGRATION

Les législations nationales sur l'immigration sont restrictives. Elles limitent le nombre de personnes ayant un droit de séjour. A l'exception des nationaux du pays en question, seules quelques catégories d'étrangers ont un droit de résidence. Les restrictions contenues dans les législations sur l'immigration s'appuient sur de nombreux critères dont la nationalité, le sexe et l'état civil. Conjugués, ces critères conduisent à diverses formes de discrimination à l'égard des partenaires de même sexe.

Le droit européen élargit, dans une certaine mesure, le nombre de personnes autorisées à résidence. Le droit au res-

* La version anglaise de cet article est publiée dans le volume 3 du *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1996, p. 271-285). Nous remercions les éditeurs de ce journal de nous avoir autorisé à le publier en français.

** Maître de conférences et chercheur, École de recherche sur les droits de l'homme, Institut hollandais des droits de l'homme SIM, Université d'Utrecht.

pect de la vie familiale¹, par exemple, entraîne, parfois, un droit pour certains membres de la famille de résider dans le même pays. Les citoyens des États membres de l'Union européenne se sont ainsi vus reconnaître un droit de circulation et de résidence dans les autres États membres², ainsi que celui de se faire accompagner de leur conjoint³. Pour élargir le nombre de personnes ayant un droit de résidence, les deux branches du droit européen s'appuient sur la notion de mariage et sur d'autres concepts semblables. Il reste donc à voir si le droit européen pourrait réellement améliorer les droits d'immigration pour des partenaires de même sexe.

II/LA LIBRE CIRCULATION DU CONTRAT DE MARIAGE

Le mariage est un contrat *sui generis*. Il crée non seulement des droits et obligations entre les époux, mais également entre eux et leurs enfants, leurs créanciers et les tiers. Il s'agit non seulement d'une convention de droit privé mais également d'une institution de droit public : facteur décisif en matière de montant des impôts, du paiement de la Sécurité sociale, de l'acquisition d'une résidence, de la citoyenneté... Il n'entraîne pas seulement des conséquences juridiques, mais aussi des avantages que des employeurs privés ou des prestataires de service peuvent ajouter : meilleures retraites, voyages gratuits, et autres bénéfiques pour les époux. Ses conséquences ne sont pas seulement matérielles ; le mariage a également une signification sociale et religieuse, sans parler de son impact sur le comportement et l'identité des personnes concernées.

Pour en venir à notre propos, le mariage s'exporte bien. A quelques exceptions près, un mariage conclu dans un pays est

1. Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Articles 3, 8 a, 48 et 52 du traité sur la Communauté européenne.

3. Article 10 du Règlement communautaire 1612/68, [1968], *Journal officiel*, L257/2.

considéré comme un mariage dans le monde entier, avec les conséquences qui s'ensuivent aussi bien en droit public qu'en droit privé. On pourrait dire qu'il existe une *libre circulation du statut du mariage* qui facilite largement la libre circulation des personnes mariées.

Bien que le mariage soit universel et mobile, il reste, jusqu'à présent, un contrat qui ne peut être conclu qu'entre un homme et une femme. Cependant, une résolution du Parlement néerlandais¹ ainsi qu'une affaire hawaïenne ont soulevé une question fort intéressante: un mariage contracté entre deux personnes de même sexe serait-il reconnu à l'étranger?

Cette question, ainsi que celles qui lui sont liées, sont d'autant plus pertinentes que de nombreux États européens ont voté des législations sur les contrats d'union sociale, également appelés « partenariats enregistrés » (*registered partnerships*). La Finlande et d'autres pays semblent décidés à suivre le chemin tracé par le Danemark, la Norvège, la Suède, le Groënland, l'Islande et les Pays-Bas. Un partenariat entre deux femmes ou deux hommes serait-il reconnu dans d'autres pays?

Ces deux questions sont liées à une troisième question d'une importance vitale depuis longtemps pour les nombreux couples lesbiens et homosexuels vivant ensemble à l'étranger, ceux qui aimeraient vivre dans le même pays, ou ceux qui souhaiteraient s'installer ensemble à l'étranger: leur relation de fait serait-elle reconnue à l'étranger?

A ces trois questions factuelles s'ajoute une quatrième question plus normative: le droit européen exige-t-il que soient reconnus les mariages et les partenariats enregistrés ou non entre personnes du même sexe? Par droit européen, il faut entendre ici à la fois le droit de l'Union européenne et le droit européen des droits de l'homme.

1. *Kammerstukken II* (Documents parlementaires), 1995/1996, 22700, Nr. 18, adoptée le 16 avril 1996.

III/ RECONNAÎTRE OU NE PAS RECONNAÎTRE ?

Reconnaître ou ne pas reconnaître, telle semble être la question. En fait, il n'en est rien. Cela peut être démontré avec l'exemple du partenariat. Supposons un instant que le droit européen exige que les partenariats soient reconnus à travers l'ensemble de l'Union européenne. En dehors des États qui ont eux-mêmes introduit ces contrats d'union sociale, une telle reconnaissance serait peu utile à un couple constitué de partenaires enregistrés. Après tout, le statut de « partenaire enregistré » n'a aucune conséquence dans le droit national des autres États, ni dans le droit de l'Union européenne, ni dans les traités et la jurisprudence relatifs aux droits de l'homme. Cette reconnaissance d'une personne en tant que « partenaire enregistré » ne serait susceptible d'aider cette personne que dans les cas où les législations nationales touchant au droit international privé font référence aux lois d'un pays qui reconnaît ces contrats d'union sociale (et uniquement si cela n'entre pas en conflit avec l'ordre public national)¹. Toutefois, de telles références n'existent dans aucun droit national sur l'immigration.

Par conséquent, les questions relatives à la reconnaissance transnationale des unions entre personnes de même sexe se doivent d'être beaucoup plus spécifiques. En fait, c'est tout un ensemble de questions qui se pose. Chacune de ces questions doit être reliée à l'un des sept concepts de partenariat existant dans les droits nationaux et européens.

1. K. Boele-Woelki et P. C. Tauge, *De Deense wet inzake het geregistreerd partnerschap. Een voorbeeld voor Nederland?*, *Nederland Juristenblad* (1989), 1543; H. U. Jessurun d'Oliveira, *Geregistreerd partnerschap en de Europese Unie*, *Nederland Juristenblad* (1995), 1570; K. McK. Norrie, *Reproduction technology, transsexualism and homosexuality: new problems for international private law*, 43 *International and Comparative Law Quarterly* (1994), 757; B. Verschraegen, *Gleichgeschlechtliche « Ehen »*, *Medien und Recht Verlags* (1994), 219-222; L. Heide-Jorgensen, *An Expansion of Fundamental Rights or an Erosion of Traditional Values? A Review Essay*, 3 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1996), 190-196.

IV/ LES SEPT CONCEPTS JURIDIQUES DE PARTENARIAT

Pour les besoins de l'immigration, un partenaire (marié, enregistré ou non) pourrait désirer entrer dans l'une de ces catégories. Si un étranger souhaite être autorisé à séjourner dans le même pays que son partenaire, il peut espérer être reconnu comme :

a) marié : selon les règlements nationaux relatifs à l'immigration, des couples « mariés » peuvent obtenir un permis de séjour bien plus facilement que des couples non mariés¹ ;

b) cohabitant : le fait de vivre ensemble peut – par exemple, le paragraphe B1/3.2 de la circulaire hollandaise sur l'immigration – donner lieu dans certains cas à une autorisation de séjour ; cependant, aux Pays-Bas, les autres conditions sont un peu plus strictes que pour les couples mariés ; les autorités d'immigration britanniques peuvent accorder un droit de séjour aux cohabitants de manière discrétionnaire ;

c) partenaire enregistré : au Danemark, en Norvège, en Suède, au Groënland, en Islande, et aux Pays-Bas² les partenaires enregistrés ont les mêmes droits d'immigration que les couples mariés³ ;

d) conjoint : selon l'article 10 (1) du Règlement communautaire 1612/68⁴, le « conjoint » d'un citoyen de l'Union européenne travaillant dans un autre État membre a un droit de séjour de ce pays ;

e) membre de la famille : selon l'article 10 (2) du Règlement communautaire 1612/68, les États membres doivent « faciliter l'admission » des membres de la famille des travailleurs, autres que le conjoint, les enfants, petits-enfants, parents ou grands-parents, mais seulement si ceux-ci sont à

1. Voir, par exemple, la circulaire britannique sur l'immigration de 1994 [reproduit dans *Immigration: The Law and Practice* par M. Supperstone et D. O'Dempsey (Longman, 1994)] et le paragraphe B1/1.2 de la circulaire néerlandaise sur l'immigration, la *Vreemdelingen-circulaire* de 1994.

2. Voir *Kamerstukken II* (Documents parlementaires), 1993/1994, 23761, n° 2 et 3.

3. Voir B. Verschraegen, *Gleichgeschlechtliche « Ehen »*, 241-254.

4. [1968] JO L257/2.

la charge du travailleur ou s'ils habitaient avec le travailleur dans son pays d'origine ;

f) menant une vie familiale avec son partenaire : l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que la vie familiale soit respectée ;

g) ayant une vie privée avec son partenaire : l'article 8 de la Convention exige également que soit respectée la vie privée de chacun.

Si l'on combine ces sept concepts de partenariat avec les trois catégories de couples de même sexe (mariés, enregistrés ou non), on aboutit à un série de 21 questions. Le droit européen exige-t-il que :

- les couples de même sexe non enregistrés,
- les couples de même sexe enregistrés,
- les couples de même sexe mariés,

soient reconnus comme :

- a) mariés ?
- b) cohabitants ?
- c) partenaires enregistrés ?
- d) conjoints ?
- e) membres de la famille ?
- f) partageant une vie familiale ?
- g) menant une vie privée ?

On tentera de répondre à ces questions non seulement à la lumière des normes nationales et du droit européen sus-mentionnés, mais en prenant également en compte les différentes manifestations nationales et européennes du principe de non-discrimination. Il faudrait plus d'un ouvrage pour traiter de toutes ces questions en profondeur, et plus d'un cas d'espèce pour apporter une réponse définitive. Ne seront abordées ici que quelques-unes des complications et possibilités.

*1 / La reconnaissance des couples de même sexe
en tant que personnes « mariées »*

Que des partenaires de même sexe non enregistrés soient considérés comme un couple marié semble être la solution la

moins probable de reconnaissance juridique. Il s'agit là d'une erreur. Tant que les contrats d'union sociale n'existent pas et que le mariage n'est pas accessible aux couples de même sexe, il paraît sensé de soutenir que des couples de même sexe non enregistrés devraient être considérés comme mariés. C'est le raisonnement qu'un tribunal hollandais a adopté récemment¹. Il a estimé que, dans certaines circonstances, des personnes de même sexe cohabitant devaient être considérées comme des personnes mariées. Cette affaire concernait un homme originaire de Trinidad et Tobago, qui vivait depuis plusieurs années avec un Hollandais aux Pays-Bas. Cet homme s'était vu refuser un permis de séjour au motif que son partenaire hollandais ne percevait pas de revenus suffisants ; il recevait, en réalité, une allocation sociale peu importante car il ne pouvait pas travailler en raison de son SIDA. Toutefois, selon la circulaire néerlandaise sur l'immigration², de telles ressources auraient été considérées suffisantes pour l'obtention d'un permis de séjour si le couple avait été marié. Dans la mesure où ceux-ci se trouvaient dans l'impossibilité de se marier légalement (et comme leur contrat notarial de cohabitation s'efforçait de reproduire des droits et obligations similaires à ceux existant dans un mariage), le tribunal a estimé qu'il était discriminatoire d'appliquer à leur égard les mêmes dispositions que celles applicables à un couple hétérosexuel non marié.

Le tribunal n'a pas précisé quelle manifestation du principe de non-discrimination il utilisait. Il aurait pu se fonder sur l'article 1^{er} de la Constitution néerlandaise (la clause de non-discrimination), ou l'article 429 *quater* du Code pénal hollandais qui qualifie de délit toute discrimination exercée par quiconque (y compris les fonctionnaires de l'immigration) à l'encontre des homosexuels dans l'exercice d'un emploi public ou privé ou dans le cadre d'un commerce³. Il

1. President Rechtbank Den Haag (président du tribunal de première instance de La Haye) ; décision du 24 octobre 1995, *Migrantenrecht* (1996), n° 4.

2. Paragraphe B1/1.2, par opposition au paragraphe B1/3.2 qui traite des partenaires non mariés.

3. Voir K. Waaldijk, *The Legal Situation in the Member States*, in *Homosexuality: a European Community Issue*, de K. Waaldijk et A. Clapham (Martinus Nijhoff, 1993), 77-81, 114-115.

aurait également pu se fonder sur la clause de non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 14). Toutefois, selon la jurisprudence (jusqu'ici décevante) de la Commission européenne des droits de l'homme, l'article 14 permet que des partenaires homosexuels soient traités de façon moins favorable que des partenaires hétérosexuels au motif « que la famille (à laquelle peut être assimilée la relation de couple hétérosexuel non marié mais cohabitant comme mari et femme) mérite une protection particulière dans la société » et que « elle ne voit pas pourquoi un État contractant n'offrirait pas une assistance particulière aux familles »¹. Peut-être le raisonnement du tribunal hollandais sera-t-il utilisé avec plus de succès dans les affaires à venir concernant la Convention européenne.

Jusqu'ici, les tribunaux hollandais n'ont pas eu l'occasion de reconnaître les contrats d'union sociale (partenaire enregistré). Toutefois, on imagine que le raisonnement adopté par le tribunal dans l'affaire concernant l'homme originaire de Trinidad serait également appliqué dans des affaires concernant des contrats d'union sociale conclus dans les pays scandinaves, et, *a fortiori*, dans les affaires concernant des mariages entre personnes de même sexe contractés, par exemple, à Hawaï. Il semble qu'à l'avenir, pour les besoins du droit hollandais sur l'immigration, les contrats de partenaire enregistré conclus à l'étranger et les mariages entre personnes de même sexe seront considérés comme des « mariages ».

2/ La reconnaissance des couples de même sexe en tant que « cohabitants »

D'un point de vue hollandais, il est toujours étonnant de rencontrer des règles juridiques qui reconnaissent la cohabitation mais qui limitent cette reconnaissance aux cohabita-

1. *Simpson c/ Royaume-Uni*, n° 11716/85, 14 mai 1986, D&R 47, 285 ; cité dans *W. J. et D. P. c/ Royaume-Uni*, n° 12513/86, 13 juillet 1987, non publié dans D&R ; dans *C. et L. c/ Royaume-Uni*, n° 14753/89, 9 octobre 1989, non publié dans D&R ; et dans *B. c/ Royaume-Uni*, n° 16106/90, 10 février 1990, D&R 64, 290 ; voir R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights - The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter* (Clarendon, 1995), 123.

tions hétérosexuelles¹. Par exemple, la circulaire adressée aux fonctionnaires de l'immigration britannique le 8 novembre 1985 sur l'admissibilité des cohabitants était limitée aux relations personnelles extramaritales entre des personnes de sexe opposé².

Ici, la distinction n'est pas fondée sur le statut marital mais directement sur les préférences sexuelles du couple (ou, en d'autres termes, sur le sexe des personnes impliquées). Comme il a été dit, la Commission européenne des droits de l'homme a, jusqu'ici, accepté ce genre de distinction. Toutefois, il a été souligné que la validité du raisonnement de la Commission dépend de l'hypothèse selon laquelle les couples homosexuels ne constituent pas une « famille »³. Cela est sujet à critique pour les mêmes raisons que l'interprétation restrictive de la « vie familiale ». Il a été également suggéré⁴ que l'empressement de la Commission à considérer la disparité de traitement entre couples de même sexe et couples de sexe différent comme justifiée n'est pas compatible avec l'exigence de « raisons très fortes » dans les cas de discrimination à raison du sexe⁵. Dans toutes les affaires concernant des couples de même sexe traitées par la Commission, on pourrait affirmer que les requérants auraient été traités plus favorablement si l'un des deux partenaires avait été du sexe opposé.

Par conséquent, dans les affaires à venir, on pourrait soutenir que la Convention européenne exige que des cohabitants de même sexe soient reconnus comme des « cohabitants ».

Un raisonnement similaire pourrait être développé afin qu'un contrat d'union sociale (ou un mariage entre personnes de même sexe) soit considéré comme une forme de cohabitation dans les pays où ces contrats d'union sociale (ainsi que les mariages entre personnes du même sexe) n'existent pas.

1. Voir K. Waaldijk in *Homosexuality: a European Community Issue*, K. Waaldijk et Clapham (eds), 93-101.

2. *Immigration: The Law and Practice*, de Supperstone et O'Dempsey, 213. Il a été signalé que cette circulaire de 1985 a été récemment révoquée.

3. P. Van Dijk, *The Treatment of Homosexuals under the European Convention on Human Rights*, in *Homosexuality: a European Community Issue*, de Waaldijk et Clapham (eds), 198.

4. R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, 126-129.

5. CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz*, Séries A, vol. 94, § 78.

3/ *La reconnaissance des couples de même sexe en tant que « partenaires enregistrés »*

Il est à noter qu'il existe quelques différences entre les lois scandinaves sur les partenaires enregistrés et la loi hollandaise. L'une de ces différences concerne le droit d'accession aux contrats de partenariat. Dans les pays scandinaves, l'accès à ces contrats est soumis à une condition très stricte qui doit être remplie par l'un des partenaires (au Danemark, par exemple, l'un des partenaires, au moins, doit être de nationalité danoise résidant au Danemark ; des conditions similaires existent dans les autres pays scandinaves)¹. Dans la loi hollandaise, au contraire, les conditions sont moins strictes, mais elles doivent être remplies par les *deux* partenaires ; chaque partenaire doit posséder : soit la nationalité hollandaise, soit un droit de résidence valable².

On a soutenu que le système scandinave était contraire à la législation communautaire car elle aboutit à une discrimination entre les ressortissants communautaires à raison de leur nationalité. L'article 7 (2) du Règlement 1612/68³ prévoit que les citoyens d'un autre État membre doivent bénéficier « des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux ». Dans l'affaire *Reed*, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé « que la possibilité pour un travailleur migrant d'obtenir que son partenaire non marié (...) soit autorisé à y séjourner avec lui "constitue" un avantage social visé par l'article 7, paragraphe 2 »⁴. Par conséquent, la possibilité pour un travailleur migrant d'enregistrer son contrat de partenariat avec un partenaire de

1. Voir B. Verschraegen, *Gleichgeschlechtliche « Ehen »*, 108, 121 et 129.

2. *Kamerstukken II* (Documents parlementaires), 1995/1996, 23761, n° 9, projet d'article 80 a du livre I^{er} du Code civil. Dans le projet de loi original de 1994, une condition supplémentaire était suggérée pour les partenaires non ressortissants de l'Union européenne. Ceux-ci ne seraient autorisés à conclure un contrat d'union sociale qu'après un an de résidence aux Pays-Bas. Cette condition a été fortement critiquée (voir J. d'Oliveira, *Netherlands Juristenblad* (1995), 1569, et a été abandonnée dans le projet de loi révisé présenté à l'été 1996.

3. Règlement du Conseil des Communautés européennes « relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté », [1968] JO L257/2.

4. Affaire 59/85 *Reed* [1986].

même sexe de la même manière que les nationaux le peuvent doit également être considéré comme un « avantage social »¹.

Puisque l'exigence d'un droit de résidence valable ne s'applique pas aux étrangers qui souhaitent se marier aux Pays-Bas, on pourrait soutenir que le système hollandais exerce une discrimination à raison des préférences sexuelles, du sexe et de l'état civil².

Il reste à voir si ces conditions restrictives (visant à éviter un « tourisme d'enregistrement » et/ou des « enregistrements blancs », c'est-à-dire des enregistrements de « faux partenariats ») survivront aux nombreuses affaires qui ne manqueront pas de survenir.

Un point de discussion intéressant est de savoir si les autorités de l'immigration des pays ayant introduit les contrats de partenaire enregistré devraient reconnaître les partenaires non enregistrés de même sexe au même titre que les partenaires « enregistrés », si ces partenaires n'ont pas la possibilité d'enregistrer leur union dans leur pays d'origine.

Dans les pays ayant introduit les contrats de partenariat, les couples mariés de même sexe devraient être considérés, au moins, comme des partenaires « enregistrés » tant que les autorités rechigneront à considérer leur union comme un « mariage ».

4/ La reconnaissance des partenaires de même sexe en tant que « conjoints »

Les droits d'immigration les plus étendus sont ceux accordés par la législation européenne. Les ressortissants de l'Union ont, dans l'exercice de leur liberté de circulation, le droit d'être accompagnés de leur « conjoint ». C'est le règlement 1612/68 qui régle la libre circulation des travailleurs

1. F. Emmert, *The Family Policy of the European Community* in K. Waaldijk et A. Clapham (eds), *Homosexuality: a European Community Issue*, 381-382; D. O'Keefe, *Comments on the Free Movement of Various Categories of Persons*, in *Free Movement of Persons in Europe* de H. G. Schermers et al. (eds) (Martinus Nijhoff, 1993), 517.

2. Voir H. Jorgensen, *3 Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1996), 192, pour les détails concernant l'affaire dans laquelle la Cour hollandaise la plus haute a statué.

(voir *supra*). Des droits identiques existent pour les conjoints des personnes travaillant à leur compte, des prestataires de service, des retraités, des étudiants¹...

La Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que le terme « conjoint » dans l'article 10, paragraphe 1 du règlement 1612/68 « vise seulement un rapport fondé sur le mariage »². Bien que cette décision ait été rendue dans une affaire concernant un homme hollandais et une femme anglaise, le résultat aurait sans doute été le même dans une affaire concernant une relation homosexuelle.

Toutefois, on a suggéré qu'il était temps de réviser la jurisprudence *Reed*, et « de décider que, étant donné l'évolution dans les différents États membres, la signification du terme "conjoint" doit maintenant être étendue afin d'inclure les couples non mariés de quelque sexe qu'ils soient »³. Mis à part cette argument « sociologique » visant à inclure les couples non mariés, un argument fonctionnel a été avancé qui touche au cœur de la législation communautaire: le règlement 1612/68 vise à faciliter la libre circulation des travailleurs, et, si un travailleur ne peut être accompagné de son ou sa partenaire, sa « volonté et capacité à circuler à l'intérieur de la Communauté serait sérieusement compromise »⁴. Un argument supplémentaire pourrait s'appuyer sur l'égalité en tant que principe fondamental du droit communautaire (voir *infra*). Dans sa « Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne », le Parlement européen a également demandé qu'il soit possible aux couples de même sexe « de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes »⁵.

Il serait plus facile pour la Cour de justice des Communautés européennes de considérer les partenaires enregistrés

1. Voir H. U. Jessurun d'Oliveira, *Lesbians and Gays and the Freedom of Movement of Persons*, in K. Waaldijk et A. Clapham (eds.), *Homosexuality: a European Community Issue*, 297.

2. Affaire 59/85 *Reed* [1986].

3. H. U. Jessurun d'Oliveira, in *Homosexuality: a European Community Issue*, K. Waaldijk, A. Clapham (eds), 314. Voir également L. Heide Jorgensen, *3 Maas-tricht Journal of European and Comparative Law* (1996), 185.

4. A. Clapham et J. H. H. Weiler, *Lesbians and Gay Men in the European Community Legal Order*, in *Homosexuality: a European Community Issue*, *op. cit.*, 42.

5. Résolution adoptée le 8 février 1994, [1994] JO C61/40.

comme des « conjoints » que d'inclure sous ce vocable tous les couples non mariés. Les similitudes entre des partenaires mariés et des partenaires enregistrés (de même sexe) sont bien plus importantes que les similitudes entre des partenaires mariés et des personnes (de sexe opposé) cohabitant. Les personnes mariées comme les partenaires enregistrés sont formellement enregistrés en tant que tels (ce qui diminue la nécessité d'établir l'existence de la relation par des preuves), ont les mêmes obligations juridiques en ce qui concerne les pensions alimentaires... (à l'exception des relations juridiques aux enfants, mais cela n'est pas pertinent en ce qui concerne le droit à immigrer de l'un des partenaires) et sont soumis à une procédure formelle s'ils souhaitent rompre leurs liens (au contraire des personnes cohabitant qui peuvent se séparer plus facilement).

Dans l'affaire *Reed*, le gouvernement hollandais a soutenu qu'« il n'y aurait (...) aucune raison de donner à la notion de "conjoint" une interprétation allant au-delà de la notion juridique du conjoint avec les droits et obligations juridiques qui s'y rattachent et qui n'existeraient pas dans les relations de partenaires non mariés »¹. A la lumière de cet argument, on peut à présent affirmer que les partenariats enregistrés sont « des partenariats bien définis et officiellement enregistrés qui ne sont en aucun cas soumis à des incertitudes juridiques » et qu'« ils doivent donc être considérés à égalité avec les relations maritales, et les partenaires comme des "conjoints" »². Par conséquent, les partenaires enregistrés pourraient bénéficier des droits d'immigration accordés par l'article 10, paragraphe 1 du règlement 1612/68.

Dans l'hypothèse des mariages entre personnes de même sexe contractés dans un État membre, toute cette argumentation ne serait pas nécessaire, bien que la Cour puisse, en théorie, décider de limiter la signification de « conjoint » à la notion hétérosexuelle du terme. Cependant, si tel était le cas, la Cour ferait preuve de bien peu de respect à l'égard du droit national de la famille de cet État membre. La seule option

1. Affaire *Reed* 59/85 [1986].

2. H. U. Jessurun d'Oliveira, in *Homosexuality. a European Community Issue*, *op. cit.*, 311.

valable offerte à la Cour de justice serait d'accepter tous les mariages considérés comme valables dans l'un au moins des États membres, y compris les mariages entre deux hommes ou deux femmes.

5/ La reconnaissance des partenaires de même sexe en tant que « membres de la famille »

Tant que les partenaires de même sexe seront exclus du concept de « conjoint », ils pourraient être aidés par le second paragraphe de l'article 10 du règlement 1612/68. Celui-ci prévoit que les États membres doivent, au minimum, « favoriser l'admission de tout membre de la famille qui ne bénéficie pas des dispositions du paragraphe 1, s'il se trouve à la charge ou vit, dans le pays de provenance, sous le toit du travailleur ». Clapham et Weiler soutiennent qu'un partenaire de même sexe devrait, au minimum, être considéré comme un « membre de la famille » dont l'admission doit être « favorisée » par les États membres conformément à l'article 10, paragraphe 2. Ils ne se fondent pas uniquement sur « le point de vue humain » et le respect de la vie privée et familiale tel que prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (voir *infra*), mais également sur l'argument fonctionnel (voir *supra*); ils affirment, en outre, que, comme l'article 10, paragraphe 2 ne vise ni les conjoints, ni les parents, ni les enfants, « les personnes extérieures au noyau familial doivent être incluses »¹.

Il serait étonnant que ces arguments ne convainquent pas la Cour de justice des Communautés européennes si une affaire se présentait dans laquelle un partenaire de même sexe non enregistré (ou, *a fortiori*, enregistré ou marié) demande à être considéré comme un membre de la famille en vertu de l'article 10, paragraphe 2.

Le problème que soulève la reconnaissance des partenaires de même sexe (non enregistrés, enregistrés ou mariés)

1. A. Clapham et J. H. H. Weiler, dans *Homosexuality: a European Community Issue*, *ibid.*, 41-46.

en tant que « membres de la famille », est que cela ne produit pas de véritable droit. Cela oblige uniquement les États membres à « favoriser » l'admission.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour a montré à plusieurs reprises que, dans le domaine du droit communautaire, la Cour n'accepte pas les mesures nationales incompatibles avec les droits de l'homme et les autres principes généraux du droit communautaire¹. Le principe d'égalité est l'un de ces principes².

La volonté de la Cour de justice des Communautés européennes de donner une interprétation large au principe d'égalité a été démontrée récemment dans une affaire concernant un transsexuel qui alléguait que son licenciement au motif de son changement de sexe envisagé constituait une discrimination à raison du sexe. La Cour a accepté ce raisonnement en affirmant que le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes signifie bien qu'il ne doit exister aucune discrimination quelle qu'elle soit à raison du sexe, et que des discriminations exercées à raison de « la conversion sexuelle de l'intéressée » sont en effet « fondées essentiellement, sinon exclusivement, sur le sexe de l'intéressé »³. Dans cette affaire, l'avocat général Tesauro a parlé de « la valeur universelle fondamentale qui est inscrite de manière irrévocable dans les traditions juridiques modernes et dans les constitutions des États les plus avancés : le sexe d'une personne n'est en aucun cas pertinent en ce qui concerne les règles qui gouvernent la société »⁴. Toute distinction entre des couples de même sexe et des couples de sexe différent serait donc fondée (« essentiellement, sinon exclusivement ») sur le sexe des personnes concernées. Par conséquent, le raisonnement de la Cour et, très certainement, celui de l'avocat général suggèrent que, en droit européen, toute discrimination à raison des préférences sexuelles serait désormais considérée comme une forme de discrimination à raison du sexe. Il est à noter que le Comité des droits de l'homme a abouti à la même conclusion en ce

1. Voir, par exemple, l'affaire C-260/89 ERT [1991].

2. Affaires 117/76 et 16/77 *Ruckdeschel* [1977].

3. Affaire C-13/94 *P. et S. et Cornwall County Council*, arrêt du 30 avril 1996, § 17 et 20-21, non encore publié.

4. Paragraphe 24 de l'opinion rendue le 14 décembre 1995.

qui concerne le Pacte international sur les droits civils et politiques¹.

Le contenu de l'article 10, paragraphe 2 du règlement 1612/68 fait clairement partie du droit communautaire. Par conséquent, il doit être appliqué conformément au principe d'égalité. Au regard de la décision rendue dans l'affaire C-13/94 *P. cf S. et Cornwall County Council*², il semble peu probable que la Cour de justice exclut l'égalité entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels (non mariés) de la portée de ce principe. Il existe donc un argument de poids pour dire que, dans le domaine de l'article 10, paragraphe 2, les principes du droit communautaire n'autorisent pas les États membres à traiter les concubins homosexuels (ou les partenaires enregistrés) moins favorablement que les concubins hétérosexuels. Il reste à voir si cet argument pèsera de tout son poids afin que cesse la discrimination entre les concubins homosexuels et les couples hétérosexuels mariés.

6/ La reconnaissance des couples de même sexe en tant que « partageant une vie familiale »

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le respect de la « vie familiale ». La Commission européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises que les « relations homosexuelles » ne sont pas considérées comme faisant partie de la « vie familiale »³. Lors de la première interprétation de ce genre en 1983, comme lors de la dernière en 1992, la Commission a dit qu'il en était ainsi « en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité »⁴. Cela suppose, au moins, qu'une

1. Voir l'avis du Comité dans *Toonen cf Australie*, 31 mars 1994, CCPR/C/50/D/488/1992, § 8.7.

2. *P. cf S. et Cornwall County Council*, arrêt du 30 avril 1996, non encore publié (*op. cit.*).

3. *X et Y cf Royaume-Uni*, n° 9369/81, 3 mai 1983, D&R 32, 223; *Simpson cf Royaume-Uni*, n° 11716/85, 14 mai 1986, D&R 47, 283; *C. et L. M. cf Royaume-Uni*, n° 14753/89, 9 octobre 1989, non publié dans D&R; *Kerkhoven cf Pays-Bas*, n° 15666/89, 19 mai 1992, non publié dans D&R.

4. *X et Y, Kerkhoven*.

interprétation différente serait possible si les mentalités évoluaient davantage.

Van Dijk a reproché, avec raison, à la Commission de ne pas avoir recherché, dans les dernières affaires, si cette évolution avait atteint un niveau tel que la Commission aurait dû modifier sa position¹. Il est à noter que les dispositions vis-à-vis des couples de même sexe ont grandement évolué dans nombre de pays européens durant les dernières années. Par exemple, le nombre de juridictions possédant des législations sur la discrimination visant expressément les préférences sexuelles sont passées de deux à onze (la Norvège et la France ont été rejointes par la Suède, le Danemark, le Groënland, l'Irlande, les Pays-Bas, l'Espagne, la Finlande, la Slovénie et le Luxembourg). Des progrès dans le domaine des partenariats entre personnes de même sexe ont été accomplis dans de nombreux pays dont les pays scandinaves, la France, l'Espagne, la Hongrie, la Belgique, les Pays-Bas et le Royaume-Uni².

L'interprétation restrictive des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme est également sans fondement, car la Cour n'a, tout simplement, jamais eu l'occasion de se prononcer sur ce genre de question³, et car la Cour (comme la Commission) a « par ailleurs donné une interprétation téléologique et autonome » au concept de « vie familiale »⁴. Contrairement à la Commission européenne, les plus hautes juridictions hollandaises ont déjà inclu les relations homosexuelles dans leur interprétation de la « vie familiale »⁵.

1. P. Van Dijk, dans *Homosexuality: a European Community Issue*, op. cit., 190.

2. Voir K. Waaldijk, *Standard Sequences in the Legal Recognition of Homosexuality - Europe's Past, Present and Future*, 4 *Australian Gay and Lesbian Law Journal* (juin 1994), 50; voir également la parution mensuelle de *Euroleter* publié au nom de l'Association internationale des gays et des lesbiennes (ILGA).

3. R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, 111.

4. P. Van Dijk, dans *Homosexuality: a European Community Issue*, op. cit., 190.

5. *Hoge Raad* (Cour de cassation), 19 octobre 1990, *Nederlandse Jurisprudentie* (1992), Nr. 129; *Afdeling Rechtspraak van de Raad van State* (section judiciaire du Conseil d'État), 5 octobre 1993, *Administratiefrechtelijke Beslissing Kort* (1993), Nr. 1117.

Suite aux critiques suscitées par les décisions de la Commission européenne, et à la reconnaissance sociale et juridique croissante des relations homosexuelles dans de nombreux pays européens, une affaire judicieusement étayée pourrait convaincre la Commission d'adopter une interprétation plus extensive du concept de « vie familiale ». Les chances de voir les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels reconnus en tant que « vie familiale » sont probablement aussi minces que celles de voir les cohabitations homosexuelles reconnues de la même façon. Après tout, la Commission considère les couples hétérosexuels mariés ou non comme des formes de « vie familiale »¹.

Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme a été empêchée de statuer sur cette question car la Commission a déclaré irrecevables toutes les demandes sur la situation des couples homosexuels. Si la Commission poursuit dans ce sens, les chances d'un véritable bouleversement se produisant lorsque la Commission et la Cour actuelles seront remplacées par une nouvelle Cour européenne permanente des droits de l'homme (comme le prévoit le Protocole 11 de la Convention européenne des droits de l'homme qui entre en vigueur à la fin de l'année 1998).

7/ La reconnaissance des couples de même sexe comme partageant une « vie privée »

Différents aspects de l'homosexualité ont été reconnus par Strasbourg comme faisant partie de la « vie privée ». La Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que les relations sexuelles entre deux personnes de même sexe sont « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »². La Commission européenne des droits de l'homme estime également que « le choix d'affirmer et d'assumer son identité sexuelle » est un

1. P. Van Dijk, in *Homosexuality: a European Community Issue*, op. cit., 190.
2. 22 octobre 1981, *Dudgeon*, séries A, vol. 45, § 52.

aspect de la « vie privée »¹. Par conséquent, et sans grande surprise, la Commission a estimé, dans les six affaires de couples homosexuels, que leur relation faisait partie de la « vie privée » également².

Toutes ces affaires impliquaient des couples non enregistrés. On peut tenir pour certain que les couples homosexuels enregistrés et mariés seraient également considérés comme des formes de « vie privée ». Toutefois, dans le domaine de l'immigration, cela ne signifie pas grand-chose jusqu'à présent.

Tout d'abord, la Commission n'a estimé, dans aucune des affaires, qu'il y avait « ingérence » dans la vie privée³. Les quatre affaires touchant à l'immigration étaient relatives à l'expulsion du partenaire étranger d'un citoyen britannique. Dans la première affaire, la Commission a estimé que, comme les deux partenaires avaient « une mobilité professionnelle certaine », la preuve n'avait pas été apportée « que les requérants ne pouvaient pas vivre ensemble ailleurs qu'au Royaume-Uni, ou que leurs liens avec le Royaume-Uni étaient un élément essentiel de leur relation »⁴. Dans les affaires de *W. J. et D. P. c/ Royaume-Uni*⁵ et de *C et L. c/ Royaume-Uni*⁶, la Commission a décidé que le dérangement causé à la vie privée par l'expulsion ne constitue (« en principe ») une ingérence que dans des circonstances exceptionnelles. Tout cela découle directement de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Abdulaziz*⁷ selon laquelle l'article 8 n'implique en aucune manière l'obligation par les États contractants « d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays ». Toutefois, selon Van Dijk, la Commission a négligé « le facteur homosexuel » dans ces affaires : c'est justement à cause de la nature homosexuelle de leur relation

1. *P. c/ Suisse*, n° 11680/85, 1988, D&R 55, 178.

2. *Kerkhoven c/ Pays-Bas*, n° 15666/89, 19 mai 1992, non publié dans D&R ; *Simpson c/ Royaume-Uni*, n° 11716/85, 14 mai 1986, D&R 47, 284 ; et les quatre affaires contre le Royaume-Uni (*op. cit.*).

3. Voir R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, *op. cit.*, 103-105.

4. *X et Y c/ Royaume-Uni*, n° 9369/81, 3 mai 1983, D&R 32, 224.

5. N° 12513/86, 13 juillet 1987, non publié dans D&R.

6. N° 14753/89, 9 octobre 1989, non publié dans D&R.

7. 28 mai 1985, séries A, vol. 94, § 68.

qu'il aurait été très difficile à ces couples d'aller s'installer ailleurs¹.

Le problème de savoir si l'ingérence en question était justifiée ne s'est posé² que dans une seule affaire touchant à l'immigration³. Cette affaire était relative à l'expulsion d'un homme homosexuel vers Chypre. La Commission a estimé que l'éventualité de « l'hostilité et de l'ostracisme social à cause de son homosexualité » ne l'emportait pas sur « les considérations valables concernant la mise en œuvre correcte des contrôles de l'immigration ». (Cela apporte de nouveau la preuve du manque d'attention de la part de la Commission au « facteur homosexuel ».)

Par ailleurs, l'approche parallèle qui consiste à invoquer l'article 14 (la non-discrimination) en combinaison avec le droit à la vie privée protégé par l'article 8 n'a, jusqu'à présent, pas porté ses fruits devant la Commission. Comme il a été dit précédemment, la Commission estime que le traitement moins favorable des partenaires homosexuels est objectivement et raisonnablement justifié au motif que « la famille (...) mérite une protection particulière dans la société ». Par conséquent, même dans le contexte de la « vie privée » (étiquette volontiers attachée aux relations homosexuelles), l'exclusion des relations homosexuelles de la notion de « vie familiale » exerce son influence. En refusant aux couples homosexuels l'étiquette de « vie familiale », la Commission diminue également la protection que l'article 14 pourrait accorder dans le champ de la « vie privée ».

Cet état de choses pourrait être modifié à l'avenir en persuadant les organes de Strasbourg à étendre la notion de « vie de famille » aux couples homosexuels (voir *supra*). On pourrait également essayer de convaincre la Commission et la Cour que, dans le domaine de la « vie privée », les partenaires de même sexe sont traités moins favorablement à raison du sexe de l'un d'entre eux, que, par conséquent, « une raison très forte » serait requise pour justifier cette différence de traitement, et que la protection de la famille (hétérosexuelle) ne constitue

1. P. Van Dijk, dans *Homosexuality: a European Community Issue*, op. cit., 191-192.

2. Voir R. Wintemute, *Sexual Orientation and Human Rights*, op. cit., 105-110.

3. *B. of Royaume-Uni*, n° 16106/90, 10 février 1990, D&R 64, 289.

plus désormais une telle raison (voir *supra*). Enfin, on pourrait remettre en question la proportionnalité entre le refus de séjour d'un côté, et la finalité de protection de la « famille » (ou de contrôle de l'immigration) d'un autre côté.

V/LA LIBRE CIRCULATION DU CONCEPT DE PARTENARIAT

N'avoir pour toute reconnaissance qu'un droit à la « vie privée » n'est pas d'un grand secours aux partenaires de même sexe qui souhaitent vivre ensemble, dans un pays européen en particulier. Afin que leur relation soit pleinement reconnue dans les autres pays, il faudrait qu'ils soient incorporés dans les concepts plus *officiels* de partenariat tels que la « famille », le « mariage », les « conjoints », l'« enregistrement », ou même la « cohabitation ». Des arguments de poids en faveur de cette incorporation peuvent être fondés sur les droits de l'homme et le droit communautaire.

Les couples homosexuels ou lesbiens qui souhaitent acquérir des droits à l'immigration fondés sur leur relation ont besoin d'un statut officiel de partenariat, un statut de partenariat qui soit pleinement reconnu par les politiques publiques. Seul un tel statut officiel sera susceptible de circuler relativement librement au-delà des frontières. Les juridictions ainsi que les législateurs nationaux et communautaires devraient rendre ce genre de statut accessible aux couples homosexuels, de la même manière que la loi a toujours fourni aux couples hétérosexuels le « mariage » et d'autres notions de partenariat qui voyagent librement de par le monde. Dans des affaires de principe et dans d'autres domaines, le droit devrait être interprété, voire modifié de cette manière.

En tant que statut officiel, le « mariage » serait le plus efficace car il joue un rôle important dans les législations nationales (sur l'immigration) de tous les pays. Toutefois, obtenir ce statut par des politiques parlementaires ou par des décisions de principe est, sans doute, la chose la plus difficile étant donné ses antécédents traditionnels et religieux. Les

contrats de partenariat seraient plus faciles à obtenir, mais uniquement par des textes de lois. Les statuts de «*cobabitation*», «*conjoints*» et «*famille*» ont l'énorme avantage de pouvoir être obtenus devant les tribunaux, sans avoir à mobiliser auparavant une majorité parlementaire.

Une «*vie privée*» ne suffit pas pour les homosexuels et les lesbiennes qui se montrent au grand jour, qui souhaitent vivre ensemble et désirent pouvoir circuler librement d'un pays à un autre, au grand jour.