

# Décision n° 2013 - 669 DC

*Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes du même  
sexe*

## Dossier documentaire

### Annexe :

## Éléments de comparaison

Source : services du Conseil constitutionnel © 2013

### Table des matières

<b>I. Belgique .....</b>	<b>2</b>
- Cour constitutionnelle, 1 <sup>er</sup> mars 2012, n° 5134.....	2
<b>II. Espagne .....</b>	<b>7</b>
- Tribunal constitutionnel, décision 198/2012, 6 novembre 2012.....	7
<b>III. Portugal .....</b>	<b>24</b>
- Tribunal constitutionnel, n°121/2010, 9 avril 2010 .....	24

# I. Belgique

## - Cour constitutionnelle, 1<sup>er</sup> mars 2012, n° 5134

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 356-2, § 1er, du Code civil, posée par le Tribunal de la jeunesse de Termonde.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

### I. Objet de la question préjudicielle et procédure

Par jugement du 30 mars 2011 en cause de J.B. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 11 avril 2011, le Tribunal de la jeunesse de Termonde a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 356-2, § 1er, du Code civil viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il ne permet pas à un couple cohabitant, parent et adoptant, de sexe différent, de déclarer devant le tribunal, de commun accord, lequel des deux donnera son nom à l'adopté, alors que l'article 356-2, § 2, offre cette possibilité à un couple cohabitant, parent et adoptant, de même sexe ? ».

Le Conseil des ministres a introduit un mémoire.

A l'audience publique du 26 janvier 2012 :

- a comparu Me E. Jacobowitz, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs E. Derycke et J.-P. Snappe ont fait rapport;
- l'avocat précité a été entendu;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

### II. Les faits et la procédure antérieure

Le 25 juin 2009, J.B., demandeur en adoption, et C.S. ont fait une déclaration de cohabitation légale. Ils ont eu ensemble une fille mineure qui porte le nom de Ch.S. Le 31 janvier 2008, le demandeur en adoption a reconnu Ch.S. C.S. a encore un fils mineur, J.S., issu d'une relation antérieure et qui porte également son nom de famille. Par requête du 29 octobre 2010, J.B. a demandé au Tribunal de la jeunesse a quo de prononcer l'adoption plénière des deux enfants mineurs. Le Tribunal a estimé que la demande en adoption plénière de Ch.S. ne pouvait être accueillie, puisque J.B. est le père de l'enfant. L'adoption plénière de J.S. est, quant à elle, admise. Dans sa requête, J.B. a exprimé le souhait que les deux enfants portent son nom de famille. Après que le tribunal eut attiré l'attention du demandeur et de la mère sur l'impossibilité légale de prononcer l'adoption de Ch.S. et sur les effets de l'adoption plénière pour le nom de famille de J.S., ils ont exprimé le souhait que les deux enfants portent le même nom de famille. Ils ont demandé de ne pas changer le nom de famille de J.S., de telle manière que les deux enfants conservent le nom de famille de la mère.

Selon le juge a quo, la question se pose de savoir si le paragraphe 1er de l'article 356-2 du Code civil viole le principe d'égalité et de non-discrimination en ce qu'il ne prévoit pas la possibilité pour un couple cohabitant de sexe différent de déclarer devant le tribunal, de commun accord, lequel des deux donnera son nom de famille à

l'adopté, alors que le paragraphe 2 de l'article 356-2 du Code civil offre, lui, cette possibilité à un couple cohabitant de même sexe.

### III. En droit

- A -

A.1. Le Conseil des ministres observe préalablement que la réponse à la question préjudicielle n'est pas utile pour statuer sur l'affaire soumise au a quo.

Il ressort de la décision de renvoi que le but originare du demandeur en adoption est que les deux enfants mineurs portent son nom de famille. Ce but peut effectivement être atteint, non par l'adoption plénière de la fille mineure dont le demandeur est le père biologique, mais par l'adoption plénière – accordée par le tribunal de la jeunesse – du fils mineur de sa partenaire. Il suffit ensuite que le demandeur en adoption introduise auprès du ministre de la Justice une demande de changement du nom de famille de sa fille, sur la base de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms. Ce changement de nom sera accordé, selon le Conseil des ministres, puisque c'est le nom de son père biologique et que l'action serait intentée dans l'intérêt des enfants, qui est que ceux-ci portent le même nom de famille.

A.2. Selon le Conseil des ministres, un couple de même sexe est comparé, dans la question préjudicielle, à un couple de sexe différent, en ce qui concerne les effets de l'adoption sur le nom de famille de l'enfant. Ces catégories ne sont pas suffisamment comparables en l'espèce. En cas de constat simultané du lien de filiation, la préférence est donnée au nom de famille du père. Cette règle trouve son origine dans les conceptions patriarcales de la famille qui avaient cours autrefois. Ces dernières ne sauraient toutefois être déterminantes pour le choix du nom de famille dans le cas d'une adoption par un couple de même sexe. En effet, l'enfant sera adopté soit par deux hommes, soit par deux femmes, soit par un homme ou une femme qui adopte l'enfant de son ou de sa partenaire de même sexe.

A.3. En ordre subsidiaire, le Conseil des ministres soutient que la différence de traitement en cause est raisonnablement justifiée.

Comme la Cour l'a déjà jugé à plusieurs reprises, l'attribution d'un nom de famille repose principalement sur des considérations d'utilité sociale. La législation en matière de nom de famille vise, d'une part, à déterminer le nom de famille de manière simple et uniforme et, d'autre part, à conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité.

En vertu de l'article 335 du Code civil, l'enfant porte le nom de la personne à l'égard de laquelle la filiation est établie en premier lieu. En ordre subsidiaire, la transmission patrilinéaire du nom a la préférence. Etant donné que l'adoption plénière par un couple ou par un homme ou une femme entraîne l'existence d'un lien de filiation avec l'adopté, les mêmes règles relatives au nom sont appliquées mutatis mutandis à l'adopté. Lorsqu'au sein d'un couple de sexe différent, l'homme adopte l'enfant de son épouse ou de sa partenaire, l'enfant reçoit le nom de famille de l'homme. Lorsque la femme adopte l'enfant de son conjoint, l'enfant conserve le nom de famille de son père. Selon le Conseil des ministres, il est impossible d'appliquer ces règles à un couple de même sexe qui adopte un enfant. Aussi le législateur a-t-il donné à ces couples le droit de choisir. Le but de cette réglementation est également l'uniformité et l'invariabilité dans l'attribution du nom, ainsi que l'intérêt de l'enfant.

Faisant référence à la jurisprudence de la Cour, le Conseil des ministres soutient qu'à la différence du droit de porter un nom, le droit de donner son nom de famille à son enfant ne peut être considéré comme un droit fondamental. Le législateur dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la réglementation de l'attribution du nom. Les effets de la différence de traitement en cause ne sont pas disproportionnés, puisque la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms permet d'obtenir un changement de nom et puisque l'autorité de qui ce changement dépend ne pourrait manquer de considérer comme sérieuse la demande que quelqu'un lui ferait de porter le nom de son père (arrêt n° 82/2004).

B.1. L'article 356-2, §§ 1er et 2, du Code civil dispose :

« § 1er. L'adoption plénière confère à l'enfant, en le substituant au sien, le nom de l'adoptant ou de l'homme adoptant.

Toutefois, l'adoption plénière, par une femme, de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son époux ou cohabitant n'entraîne aucune modification du nom de l'enfant.

§ 2. En cas d'adoption plénière simultanée par deux personnes de même sexe, celles-ci déclarent devant le tribunal, de commun accord, laquelle des deux donnera son nom à l'adopté. Le jugement mentionne cette déclaration.

En cas d'adoption plénière par une personne de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son conjoint de même sexe ou cohabitant de même sexe, l'adoptant et ce dernier déclarent devant le tribunal, de commun accord, lequel des deux donnera son nom à l'adopté. Le jugement mentionne cette déclaration.

Le nom choisi par les adoptants conformément aux alinéas 1er et 2 s'impose aux enfants adoptés ultérieurement par eux ».

B.2. La Cour est interrogée au sujet de la compatibilité du paragraphe 1er de l'article 356-2 du Code civil avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que cette disposition ne permet pas à un couple cohabitant de sexe différent de déclarer devant le tribunal, de commun accord, lequel des deux donnera son nom à l'adopté, alors que le paragraphe 2 de l'article 356-2 du Code civil offre cette possibilité à un couple cohabitant de même sexe.

B.3.1. Selon le Conseil des ministres, la réponse à la question préjudicielle ne serait pas pertinente pour statuer sur l'affaire soumise au juge a quo. Le but initial de la personne qui demande l'adoption, qui est que les deux enfants mineurs portent son nom de famille, pourrait être atteint en introduisant une demande de changement de nom pour un des deux, sur la base de la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms.

B.3.2. Il appartient en règle à la juridiction a quo d'apprécier si la réponse à la question préjudicielle est utile à la solution du litige qu'elle doit trancher. Ce n'est que lorsque ce n'est manifestement pas le cas que la Cour peut décider que la question n'appelle pas de réponse.

Il ressort de la motivation de la décision de renvoi que le juge a quo doute de la constitutionnalité de la disposition qu'il doit appliquer. Le fait que le but du demandeur devant le juge a quo puisse éventuellement être atteint en introduisant une demande de changement de nom ne permet pas de conclure que la réponse à la question préjudicielle ne serait manifestement pas pertinente pour trancher l'affaire soumise au juge a quo.

L'exception est rejetée.

B.4.1. Le Conseil des ministres estime qu'en ce qui concerne les conséquences de l'adoption sur le nom de famille de l'adopté, la situation d'un couple de même sexe ne serait pas suffisamment comparable à celle d'un couple de sexe différent.

B.4.2. En ce qui concerne les conséquences de l'adoption plénière d'un enfant mineur sur son nom de famille, la situation d'un couple de même sexe et celle d'un couple de sexe différent ne diffèrent pas à ce point qu'elles seraient incomparables.

L'exception est rejetée.

B.5.1. L'attribution d'un nom de famille repose principalement sur des considérations d'utilité sociale. Elle est, contrairement à l'attribution du prénom, déterminée par la loi. Celle-ci vise, d'une part, à déterminer le nom de famille de manière simple et uniforme et, d'autre part, à conférer à ce nom de famille une certaine invariabilité.

B.5.2. Contrairement au droit de porter un nom, celui de donner son nom de famille à son enfant ne peut être considéré comme un droit fondamental. En matière de réglementation de l'attribution du nom, le législateur dispose par conséquent d'un pouvoir d'appréciation étendu.

B.6. L'article 335 du Code civil, qui fait partie du chapitre relatif aux effets de la filiation, fixe de manière générale les règles relatives à l'attribution du nom considérée comme effet de la filiation.

Les règles énoncées à l'article 335 du Code civil sont conformes à la volonté du législateur, mentionnée en B.5.1. L'enfant dont seule la filiation paternelle est établie ou dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément porte le nom de son père. L'enfant dont seule la filiation maternelle est établie porte le nom de sa mère. Lorsque la filiation paternelle est établie après la filiation maternelle, l'enfant conserve en principe le nom de sa mère.

Dans son arrêt n° 161/2002 du 6 novembre 2002, la Cour a jugé :

« B.5. La préférence accordée au nom de famille paternel s'explique par les conceptions patriarcales de la famille et du ménage qui ont été longtemps dominantes dans la société. Le lien entre le nom et la filiation paternelle, qui était fondé à l'origine sur une règle coutumière, a explicitement été repris dans l'article 335 du Code civil.

B.6. Dans les conceptions de la société contemporaine, d'autres régimes pourraient répondre aux objectifs de l'attribution du nom. Cette constatation ne suffit toutefois pas pour considérer que le régime actuellement en vigueur serait discriminatoire ».

B.7.1. En établissant la règle selon laquelle l'adoption plénière confère à l'enfant et à ses descendants un statut comportant des droits et obligations identiques à ceux qu'ils auraient si l'enfant était né de l'adoptant ou des adoptants et selon laquelle, sous réserve des empêchements à mariage, l'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine (article 356-1, alinéas 1er et 2, du Code civil), même lorsque la filiation de l'adopté à l'égard d'une personne autre que l'adoptant ou les adoptants est établie ultérieurement (article 350, alinéa 2, du Code civil), le législateur a, d'une part, recherché l'assimilation avec le lien de filiation ordinaire et, d'autre part, voulu garantir la stabilité des liens de parenté et de l'entourage familial de l'adopté.

B.7.2. Cet objectif a pu amener le législateur à prévoir, au paragraphe 1er de l'article 356-2 du Code civil, que, par l'adoption plénière, l'enfant reçoit, au lieu de son nom, celui de l'adoptant ou de l'homme qui procède à l'adoption et que l'adoption plénière, par une femme, de l'enfant ou de l'enfant adoptif de son époux ou de la personne avec laquelle elle cohabite, n'entraîne aucune modification du nom de l'enfant.

B.8. Le paragraphe 2 de l'article 356-2 du Code civil a été introduit dans ce Code par l'article 8 de la loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe.

L'amendement qui a donné naissance à l'article 8 a été justifié comme suit :

« Cet amendement règle l'attribution du nom dans le cadre de l'adoption plénière de la même manière que cela est prévu à l'article 353-1 [en ce qui concerne l'adoption simple] » (Doc. parl., Chambre, 2004-2005, DOC 51-0664/002, p. 7).

Au cours des travaux préparatoires, il a encore été souligné :

« Dès lors, en l'absence de réforme du nom patronymique, il paraît préférable d'appliquer les règles générales en la matière en les adaptant à l'ouverture de l'adoption aux époux et cohabitants de même sexe.

Les auteurs de cet amendement suggèrent, dès lors, de prévoir qu'en cas d'adoption simultanée par deux personnes de même sexe, celles-ci déclarent au juge, de commun accord, laquelle des deux donnera son nom à l'adopté. Ajoutons qu'en vertu de l'article 1231-3 du Code judiciaire, la requête mentionne les noms et prénoms choisis, dans la mesure permise par la loi, ce qui exclut, ipso facto, l'absence de choix » (Doc. parl., Chambre, 2005-2006, DOC 51-0664/008, p. 61).

« Selon [un membre de la Commission], il ne faut pas oublier qu'en l'occurrence, deux personnes du même sexe adoptent un enfant. Cette donnée nécessite une réglementation adaptée en matière de patronyme. La solution proposée est la réglementation la plus indiquée et qui pose le moins de problèmes » (ibid., p. 62).

« En matière d'attribution de patronyme, les auteurs ont opté pour la solution la moins compliquée. Ils n'ont donc aucunement l'intention d'anticiper le débat sur la transmission du nom et l'introduction du double nom » (ibid., p. 63).

Le législateur a dès lors également dû aménager les règles énoncées à l'article 335 du Code civil relatives à l'attribution du nom, ces dernières n'étant pas applicables à cette hypothèse.

B.9. Au sein d'un couple de même sexe, l'enfant est adopté soit par deux hommes, soit par deux femmes, soit par un homme ou une femme qui adopte l'enfant de son partenaire de même sexe.

Il s'ensuit que la réglementation qui s'applique aux couples de sexe différent, s'agissant de l'attribution du nom de l'adopté, ne peut être appliquée aux couples de même sexe, de sorte que le législateur a dû prévoir pour ces derniers une réglementation distincte. Eu égard au large pouvoir d'appréciation dont le législateur dispose dans

cette matière, il ne peut lui être reproché d'avoir prévu un libre choix pour les seuls couples de même sexe et non pour les couples de sexe différent, en ce qui concerne le nom de l'adopté.

B.10. L'examen de la disposition en cause au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, à supposer que ces dispositions conventionnelles soient applicables en l'espèce, ne conduit pas à une autre conclusion.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 356-2, § 1er, du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 1er mars 2012.

Le greffier, Le président,

P.-Y. Dutilleux M. Bossuyt

## II. Espagne

### - Tribunal constitutionnel, décision 198/2012, 6 novembre 2012

Le Tribunal constitutionnel, dans sa séance plénière où siégeaient M. Pascual Sala Sánchez, Président, M. Ramón Rodríguez Arribas, M. Manuel Aragón Reyes, M. Pablo Pérez Tremps, Mme Adela Asua Batarrita, M. Luis Ignacio Ortega Álvarez, M. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Mme Encarnación Roca Trías, M. Andrés Ollero Tassara, M. Fernando Valdés Dal-Ré et M. Juan José González Rivas, adopte

AU NOM DU ROI

la suivante

D É C I S I O N

Dans le recours en inconstitutionnalité numéro 6864-2005, présenté par M. Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, désigné à cet effet par soixante-et-onze autres députés du Groupe Populaire du Congrès, contre la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, laquelle modifie le Code civil (désigné CC ci-après) en matière de droit au mariage. L'avocat de l'État a comparu en audience et formulé des observations. Le rapporteur désigné est le Magistrat M. Pablo Pérez Tremps, lequel exprime l'opinion du Tribunal.

### II. Motifs de Droit

1. La décision du présent recours en inconstitutionnalité doit reposer sur la délimitation adéquate de son objet, ainsi que des causes d'inconstitutionnalité alléguées par les requérants dans leur requête.

En ce qui concerne la première question, à la fois l'en-tête et la requête font porter le recours sur la totalité de la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, laquelle modifie le CC en matière de droit au mariage. Or, comme l'ont observé les requérants eux-mêmes, et cela a été accepté par les Avocats de l'État, le noyau du recours est constitué par le premier alinéa de l'article unique de la loi, qui ajoute un second paragraphe à l'article 44 du CC, en vertu duquel « le mariage exigera les mêmes conditions et produira les mêmes effets lorsque les deux époux sont du même sexe ou de sexe opposé ». Les autres alinéas de cet article unique, ainsi que les clauses complémentaires première et deuxième, ne font qu'adapter certains articles du CC et de la loi sur le registre civil à l'existence de mariages entre personnes de même sexe, de sorte que leur inconstitutionnalité serait une simple conséquence de celle de cet article, qui pourrait être déclarée par ce Tribunal aux termes de l'article 39.1 de la Loi organique du Tribunal constitutionnel (désignée LOTC ci-après), et qui viderait de leur sens les deux clauses finales de la loi, concernant le titre de compétence qui protège son approbation et son entrée en vigueur. C'est la raison pour laquelle notre analyse doit se centrer sur la nouvelle rédaction du second paragraphe de l'article 44 du CC, même si une éventuelle recevabilité du recours pourrait s'appliquer à l'ensemble de la loi contestée.

2. Comme il est exposé dans les antécédents, la base juridique de la requête repose sur huit motifs d'inconstitutionnalité, qui se traduisent par une infraction des articles 9.3, 10.2, 14 (en relation avec les articles 1.1 et 9.2), 32, 39.1, 2 et 4, 53.1 (en relation avec l'article 32), et 167 de la Constitution espagnole. Cependant, leur lecture montre que le motif principal d'inconstitutionnalité et celui qui, en lui-même, pourrait justifier la recevabilité du recours dans sa totalité, est la violation de l'article 32 de la Constitution espagnole (désignée CE ci-après), qui établit dans son premier alinéa que « l'homme et la femme ont le droit de se marier en toute égalité juridique » et, dans son second alinéa, que « la loi réglera les formes du mariage, l'âge et la

capacité à se marier, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets ». Nous centrerons donc l'analyse sur l'ajustement constitutionnel de la loi contestée en la comparant à cet article, après avoir préalablement écarté les autres observations, certaines au motif que les causes d'inconstitutionnalité avancées par les requérants ne sont pas autonomes mais dépendent totalement de l'infraction à l'article 32 CE, et d'autres parce qu'il existe des raisons permettant de rejeter les arguments des requérants sans autres difficultés.

En ce qui concerne l'invocation des articles 9.3 -dans sa dimension de principe de hiérarchie réglementaire-, 10.2, 53.1 et 167 CE, il convient de préciser que ces invocations ne sont pas autonomes, de sorte que les articles évoqués ne seraient violés que si l'article 32 CE l'est aussi, leur analyse n'apportant rien qui ne fasse partie de l'interprétation constitutionnelle de ce dernier article.

a) De l'avis des requérants, les réglementations figurant dans la loi contestée contredisent l'article 32 CE, raison pour laquelle ils estiment qu'il faut considérer que cet axe mentionné de l'article 9.3 CE est également violé. Ce Tribunal a déjà exprimé que la « garantie de la hiérarchie réglementaire proscrit qu'une loi de niveau inférieur puisse contredire les dispositions d'une loi de niveau supérieur ». Cependant, si le critère de procédure dans un procès en constitutionnalité est fourni par la Constitution et, éventuellement, par les lois faisant partie du bloc de constitutionnalité, étant donné que, par définition, dans tout recours en inconstitutionnalité, il existe un problème sous-jacent de hiérarchie réglementaire, il s'avère que ladite hiérarchie n'est pas un critère idoine pour cette tâche. L'appréciation de la contradiction entre un texte juridique et la Constitution n'entraîne pas une simple transgression par une loi de niveau inférieur par rapport à ce qu'établit une autre loi de niveau supérieur mais, purement et simplement, l'inconstitutionnalité de la norme ayant un statut de loi (STC 91/1998, du 23 avril 1998, FJ 2). Par conséquent, l'éventuelle inconstitutionnalité de la norme contestée émanerait, le cas échéant, de la transgression de l'article 32 CE et non de la violation directe de l'article 9.3 de la Constitution.

b) L'invocation de l'article 10.2 CE repose sur la considération que son observance exigerait d'interpréter l'article 32 CE conformément à l'exégèse que font les requérants des articles 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), ainsi que de différents arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, déjà cités dans les antécédents, dans le sens où le droit au mariage est un droit de l'homme et de la femme à se marier entre eux. Or, l'article 10.2 CE inclut un critère d'interprétation applicable à l'exégèse des articles constitutionnels protégeant les droits fondamentaux (STC 303/1993, du 25 octobre 1993, FJ 8), qui souligne la décision du pouvoir constituant de reconnaître notre coïncidence avec le périmètre de valeurs et d'intérêts qui protègent les instruments internationaux auxquels elle fait référence, « ainsi que notre volonté en tant que Nation de nous inscrire dans un ordre juridique international qui soutient la défense et la protection des droits de l'homme au titre de base essentielle de l'organisation de l'État » (STC 91/2000, du 30 mars 2000, FJ 7). Par conséquent, dans la mesure où l'article 10.2 CE inclut une directive sur la manière dont doit être interprété le titre I de la Constitution espagnole, sa violation, si elle se produisait, ne serait en aucun cas autonome mais dépendrait de la vérification de la violation de l'un des droits figurant dans ce titre I, aggravée par le fait que cette violation démontrerait le non-respect de l'unique critère interprétatif du texte constitutionnel expressément cité dans la Constitution.

c) En ce qui concerne la violation invoquée de l'article 53.1 CE, celle-ci aurait lieu, d'après les requérants, parce que la disposition contestée va à l'encontre du contenu essentiel de l'article 32 CE, que l'article 53.1 CE oblige le législateur à respecter. Dans ce cas, les requérants ne fournissent pas un argumentaire indépendant de celui développé pour fonder la violation de l'article 32 CE par la Loi 13/2005 et, ce Tribunal ayant déjà indiqué que « le contenu essentiel est dépassé ou ignoré lorsque le droit est soumis à des limitations qui le rendent impraticable, le compliquent au-delà des limites raisonnables ou le dépouillent de la protection nécessaire » (STC 204/2004, du 18 novembre 2004, FJ 5, et décisions qui y sont citées), il n'est pas acceptable de faire une analyse indépendante de la violation de l'article 53 CE, et son éventuelle violation est plutôt liée au fait que l'on reconnaisse, le cas échéant, l'infraction de l'article 32 CE, si ladite violation consistait en la violation du contenu essentiel du droit qui y est reconnu.



d) Enfin, nous devons également rejeter l'infraction prétendue de l'article 167 CE, pour cause d'absence d'autonomie par rapport à l'invocation de l'article 32 CE. De l'avis des requérants, cette infraction, que l'on qualifie d'implicite, proviendrait du fait de ne pas avoir employé le circuit formel prévu dans cet article pour réviser l'article 32 CE et d'avoir opté en lieu et place pour une révision juridique qui, par le biais d'une simple altération de quelques mots, aurait donné lieu à une véritable mutation de l'ordre constitutionnel. Comme toute loi, celle contestée ne peut porter atteinte à la force réglementaire de la Constitution ni avoir une incidence sur son contenu réglementaire. La possibilité de réaliser des mariages entre des personnes de même sexe peut s'inscrire dans le texte constitutionnel ou violer celui-ci, comme nous allons l'analyser ci-après. Or, comme nous le signalons dans la décision STC 49/2008, du 9 avril 2008 (FJ 7), on ne peut pas parler d'altération de la Constitution dans le sens de la modification de son contenu réglementaire car toute contradiction entre un énoncé légal et un autre constitutionnel se solde par la déclaration d'inconstitutionnalité du premier. Si, de plus, à cela vient s'ajouter le fait que la loi contestée n'a en aucun cas été présentée comme une tentative de réviser la Constitution, nous devons conclure que l'infraction de l'article 167 CE invoquée n'exige pas d'analyse plus détaillée, compte tenu de sa portée et de sa signification, car elle existe déjà dans le jugement de constitutionnalité réalisé par ce Tribunal.

3. Les autres motifs d'inconstitutionnalité non liés à l'invocation de l'article 32 CE argumentés par les requérants dans leur requête, c'est-à-dire ceux concernant la violation des articles 9.3 CE (interdiction de l'arbitraire), 14 CE (en relation avec les articles 1.1 et 9.2 CE), et 39.1, 2 et 4 CE, peuvent être rejetés pour différentes raisons, de sorte que nous pouvons centrer notre argumentaire sur l'évaluation du principal motif du recours, à savoir celui relatif à la compatibilité entre l'article unique de la Loi 13/2005 et l'article 32 CE.

Concernant la violation invoquée du principe d'égalité, les requérants estiment que l'accès à l'égalité de droits qu'établit la loi entre des couples de même sexe et des couples de sexe opposé serait contraire aux articles 1.1, 9.2 et 14 CE, et à l'interprétation que ce Tribunal a réalisée de ces articles car elle ne tiendrait pas compte du fait que le mariage et les couples de même sexe sont des réalités différentes, qui doivent être traitées différemment.

La prétention doit être rejetée en application de la doctrine que soutient ce Tribunal, des années quatre-vingt à ce jour, en ce qui concerne la « discrimination par indifférenciation ». Aux termes de notre jurisprudence, la « discrimination par indifférenciation » ne peut exister dans le périmètre de protection de l'article 14 CE, car celui-ci ne permet pas une distinction non fondée ou discriminatoire (STC 86/1985, du 10 juillet 1985, FJ 3). Ce Tribunal a établi de manière réitérée que l'article 14 CE ne consacre pas un droit à l'inégalité de traitement et ne protège pas l'absence de distinction entre des cas différents. Il n'existe donc aucun droit subjectif justifiant un traitement réglementaire différent (pour toutes les décisions, voir STC 117/2006, du 24 avril 2006, FJ 2), même si nous avons également établi « que la situation est tout autre lorsque les pouvoirs publics, aux termes du mandat de l'article 9.2 CE, peuvent adopter des mesures de traitement différencié de certains collectifs afin d'atteindre des objectifs constitutionnellement légitimes, en instaurant les conditions qui permettent que l'égalité des membres inclus dans ces collectifs soit réelle et effective, ou en supprimant les obstacles qui empêchent ou gênent son plein accomplissement (STC 69/2007, du 16 avril 2007, FJ 4). Par conséquent, comme nous avons déjà établi que le principe d'égalité ne peut fonder un reproche de discrimination en raison d'une indifférenciation (pour toutes les décisions, voir, STC 30/2008, du 25 février 2008, FJ 2) et qu'il n'est donc pas possible de censurer ce que nous appelons, dans la décision STC 135/1992, du 5 octobre 1992, « inégalité en raison d'un excès d'égalité » (FJ 9), il n'est pas possible de censurer la loi à partir de la perspective du principe d'égalité pour ouvrir l'institution matrimoniale à une réalité -couples de même sexe- qui présente des caractéristiques spécifiques au regard des couples hétérosexuels.

4. En ce qui concerne la violation supposée de l'article 9.3 CE dans sa dimension d'interdiction de l'arbitraire, les requérants associent cette violation à trois circonstances : le législateur a traité des situations différentes de manière identique ; l'article 32 CE n'a pas été respecté (qui réserve la possession et l'exercice du droit au mariage à l'homme et à la femme) ; et cela s'est fait au moyen d'une loi ordinaire et sans révision préalable de la Constitution. Exposée en ces termes, nous devons rejeter ab initio cette requête pour deux motifs. D'une part,

parce que sous le couvert de l'article 9.3 CE, il n'est rien fait d'autre que de réitérer certains des arguments qui, pour les requérants, constituent le fondement de l'infraction des articles 14, 32 et 167 CE. Et, d'autre part, parce qu'ils ne respectent pas les conditions que ce Tribunal a exigé de manière répétée afin d'analyser si le législateur démocratique a agi de manière arbitraire.

Ainsi, sans qu'il s'avère utile de rappeler une fois de plus notre doctrine à ce propos, amplement développée, entre autres, dans la décision STC 49/2008, du 9 avril 2008, FJ 5, les requérants n'ont pas développé dans le détail les raisons de la violation de ce mandat constitutionnel et se sont limités, comme il a été constaté, à rappeler d'autres infractions constitutionnelles invoquées dans la requête. La condition matérielle en vertu de laquelle le caractère arbitraire supposé du législateur est le résultat d'une discrimination réglementaire ou d'une carence absolue d'explication rationnelle de la mesure adoptée n'est pas respectée non plus. Concernant la première condition, comme il vient d'être analysé, le caractère discriminatoire de la loi contestée s'est appuyé sur un « excès d'égalité » que l'on ne peut censurer aux termes de l'article 14 CE.

Concernant la seconde, les requérants reconnaissent que l'accès du mariage des couples de même sexe a une finalité légitime qui est dite partagée, à savoir l'accès à un status juridique comparable au matrimonial, ce désaccord précis étant axé sur le moyen employé par le législateur pour atteindre cet objectif, c'est-à-dire l'extension du mariage à des couples de même sexe, au lieu de la réglementation d'une union civile ou d'un régime équivalent. Cette option législative n'est pas étrangère à une explication rationnelle concernant la mesure adoptée, celle-ci étant incluse dans l'exposition des motifs de la norme. Cette justification repose sur « la promotion de l'égalité effective des citoyens dans le libre épanouissement de leur personnalité (articles 9.2 et 10.1 de la Constitution), la préservation de la liberté en matière de formes de cohabitation (article 1.1 de la Constitution) et l'instauration d'un cadre d'égalité réelle dans la jouissance des droits, sans discrimination pour des raisons de sexe, d'opinion ou toute autre condition personnelle ou sociale (article 14 de la Constitution) ». Nous n'allons pas évaluer ici le fond des arguments proposés par le législateur dans l'exposition des motifs de la norme mais nous pouvons, en revanche, affirmer que l'explication rationnelle abonde dans ce sens, ce qui n'exclut pas que les requérants puissent être en désaccord. Par conséquent, la condition formelle selon laquelle les requérants ont développé dans le détail les raisons leur permettant d'invoquer la violation de l'interdiction du caractère arbitraire n'est pas respectée dans ce cas. Ils auraient dû proposer une justification convaincante afin de détruire la présomption de constitutionnalité de la loi contestée. De plus, l'élément matériel qui permettrait de conclure au caractère arbitraire et, par conséquent, à la violation de l'article 9.3 CE, n'existe pas non plus parce qu'il ne résulte aucune discrimination réglementaire de la norme et qu'il n'existe pas dans ce cas de carence absolue d'explication rationnelle de la mesure adoptée.

5. La violation supposée de l'article 39, alinéas 1, 2 et 4 CE, en tant que fondement de l'inconstitutionnalité de toute la loi, doit aussi être écartée. Il ne s'agit pas en ce moment de répondre à la question concernant le fait que soit contraire ou non à l'article 39 CE la possibilité de permettre l'adoption conjointe aux couples dont les conjoints sont du même sexe, décision qui sera adoptée plus tard, mais de déterminer si la réglementation que la Loi 13/2005 introduit en matière d'institution matrimoniale au sens strict constitue, le cas échéant, outre une atteinte à l'article 32 CE, une violation simultanée de l'article 39 CE. Bien que les requérants estiment que l'article 39 CE est effectivement violé par la réglementation matrimoniale contestée et qu'il s'agit d'un motif d'inconstitutionnalité de la loi dans son ensemble, comme ils l'affirment à différentes reprises dans leur requête, la lecture de celle-ci montre que la seule chose réputée contraire aux mandats de protection de la famille, des enfants et des mères est l'alinéa sept de son article unique, qui introduit la possibilité que, dans les mariages où les conjoints sont du même sexe, ils adoptent conjointement. La rédaction de l'article 175.4 CC, antérieure à la révision contestée ici, établissait que « hormis l'adoption par les deux conjoints, personne ne peut être adopté par plus d'une personne. En cas de décès de l'adoptant, ou lorsque l'adoptant souffre de l'exclusion prévue par l'article 179, une nouvelle adoption de l'adopté est possible ». La nouvelle rédaction suppose que « personne ne peut être adopté par plus d'une personne, sauf si l'adoption est réalisée conjointement ou successivement par les deux conjoints. Le mariage célébré après l'adoption permet au conjoint d'adopter les enfants de son époux. En cas de décès de l'adoptant, ou lorsque l'adoptant souffre de l'exclusion prévue par l'article 179, une nouvelle adoption de l'adopté est possible ». Bien que le texte littéral de l'article ne concerne pas le sexe des adoptants, dans la pratique il permet aux enfants adoptés par un seul parent, homosexuel ou hétérosexuel, d'être par la suite adoptés également par son conjoint, ce qui permet la régularisation de familles homoparentales, existantes ou

futures, par le biais de l'adoption des enfants communs par le conjoint qui n'aurait pas pu adopter ces enfants préalablement. Par conséquent, cette nouvelle rédaction permet l'adoption conjointe et simultanée par tous les couples mariés, indépendamment du sexe des conjoints.

Bien que la requête associe à plusieurs reprises la protection constitutionnelle du mariage (article 32 CE) à celle des différents alinéas de l'article 39 CE parce qu'elle considère que ces derniers ont pour fondement principal le mariage traditionnel, nous devons rappeler que mariage et famille sont deux biens constitutionnels différents, qui figurent dans des articles différents de la Constitution en vertu de la volonté expresse de l'organe constituant, de sorte que « le texte constitutionnel ne fait pas dépendre exclusivement le concept constitutionnel de famille de celle qui provient du mariage... et ne la limite pas non plus aux relations avec descendance » (STC 19/2012, du 15 février 2012, FJ 5, et la jurisprudence qui y est citée). Par conséquent, sont dignes de protection constitutionnelle les mariages sans descendance, les familles extra-matrimoniales ou monoparentales (STC 222/1992, du 11 décembre 1992) et, surtout, les enfants que l'article 39 CE, qui « établit une connexion directe avec l'article 14 CE » (STC 154/2006, du 22 mai 2006, FJ 8), protège, « que ceux-ci aient été conçus dans le mariage ou hors mariage (article 39.3 CE), que la nullité matrimoniale, la séparation légale ou la dissolution du mariage par le divorce (article 92 du CC) aient été ou non prononcées ou même, enfin, que le géniteur soit exclus ou non de l'autorité parentale et des autres fonctions de tutelle (articles 110 et 111 in fine, CC) » (STC 19/2012, du 15 février, FJ 5, et la jurisprudence qui y est citée). Cela étant dit, il est vrai qu'à ce jour l'interprétation de l'article 39 CE n'a pas amené ce Tribunal à définir un concept constitutionnel de famille et même si ce n'est pas non plus le moment de l'élaborer, cela n'empêche pas de déterminer que, dans l'article 39 CE, seraient incluses les familles provenant du mariage mais aussi celles d'une provenance différente (STC 45/1989, du 20 février 1989, FJ 4). Il convient de rappeler que, de même, la Cour européenne des Droits de l'Homme dissocie le droit au mariage et la garantie de protection de la famille, lorsqu'elle établit que le concept de vie familiale protégé par l'article 8 CEDH n'est pas uniquement réservé aux familles fondées dans le mariage mais peut aussi s'appliquer à d'autres relations de facto (entre autres nombreux arrêts de la CEDH, dans les affaires X, Y et Z c. Royaume-Uni, du 22 avril 1997, § 36 ; et Van Der Heijden c. Pays-Bas, du 3 avril 2012, § 50).

Même si notre doctrine est ferme concernant le fait que l'article 32 CE dote le législateur de pouvoirs pour protéger particulièrement les familles matrimoniales (pour toutes les décisions, voir STC 66/1994, du 28 février, FJ 3), le fait que la Constitution n'identifie pas mais réglemente de manière différenciée l'institution du mariage et de la famille, nous amène à rejeter l'argument selon lequel l'éventuelle violation de l'article 32 CE se traduit nécessairement par une infraction des différents alinéas de l'article 39 CE mentionnés. Il en découle que l'analyse de l'éventuelle violation de ces alinéas doit se limiter à la question de l'adoption conjointe au sein du mariage entre des personnes de même sexe, c'est-à-dire, au paragraphe sept de l'article unique de la loi contestée, et non aux autres articles de celle-ci.

6. En fin de compte, sur tous les articles constitutionnels invoqués par les requérants pour appuyer leur requête, le seul pouvant conduire à la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi dans son ensemble, si on estimait qu'il a été violé, est l'article 32 CE. Nous devons donc consacrer les motifs juridiques suivants à cette question, ce qui ne nous empêchera pas d'analyser en temps voulu, si cela s'avérait nécessaire, si la possibilité d'adopter conjointement au sein des couples mariés de personnes de même sexe est compatible avec l'article 39 CE et si, comme il a été souligné plus haut, l'interprétation de l'article 32 CE doit être réalisée aux termes des articles 10.2 et 53.1 CE.

À présent que nous avons isolé la question de fond du présent recours, nous devons poursuivre notre raisonnement en analysant le contenu et le périmètre concrets de la norme constituant le paramètre de contrôle, à savoir l'article 32 CE de manière à vérifier, une fois ce contenu et ce périmètre définis, si la norme objet du contrôle répond à ceux-ci.

Ainsi donc, une analyse comme celle-ci doit partir de l'article 32.1 CE, inclus à la Section Deux (« Des droits et des devoirs des citoyens ») du deuxième chapitre (« Droits et libertés ») du titre I de la Constitution (« Des

droits et des devoirs fondamentaux »), et reconnaît le droit de l'homme et de la femme à « se marier en toute égalité juridique ». Il est établi au deuxième alinéa de ce même article 32 que le législateur, au moyen de la loi, régulera « les formes du mariage, l'âge et la capacité de se marier, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets ». Cette réglementation constitutionnelle succincte est l'héritière de celle figurant pour la première fois à l'article 43 de la Constitution de 1931, et rédigée aux termes de l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, de l'article 10 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966, de l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, et de la Convention des Nations Unies du 15 avril 1969 sur le consentement au mariage, l'âge minimum pour se marier et l'enregistrement de ceux-ci.

Notre jurisprudence a interprété l'article 32 CE afin de lui octroyer un double contenu, de sorte que le mariage, dans la Constitution espagnole, est une garantie institutionnelle et, simultanément, un droit constitutionnel. Par conséquent, le mariage est structuré, tel qu'il apparaît dans le motif juridique 3 de la décision STC 184/1990, du 15 novembre 1990, comme une « institution garantie par la Constitution » et, à son tour, « se marier » est un droit constitutionnel, comme on peut en déduire de la place qu'il occupe dans la réglementation fondamentale, le développement de son régime juridique devant correspondre, par mandat constitutionnel ex article 32.2 CE, à une loi qui doit respecter son contenu essentiel.

Si l'on garde à l'esprit ce double contenu, le raisonnement qui s'impose dans la décision exige que l'on envisage l'analyse concernant l'ajustement constitutionnel de la révision introduite au Code civil par la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, à partir d'une double perspective. Il faudra tout d'abord fournir une réponse au doute concernant le fait que la réforme contestée entraîne un amoindrissement constitutionnellement inadmissible de la garantie institutionnelle du mariage et, ensuite, au fait que la révision introduise ou non des limites constitutionnellement inacceptables à l'exercice du droit constitutionnel de se marier.

7. La catégorie « garantie institutionnelle », adoptée par notre jurisprudence dans la décision STC 32/1981, du 28 juillet 1981, a pour but de protéger certaines institutions constitutionnellement reconnues de l'action législative qui pourrait tenter de les supprimer ou de les dénaturer. Même si au moment où ce concept est apparu, il était exclusivement associé à la protection des institutions publiques, la garantie institutionnelle a ensuite été projetée vers des institutions privées -une partie de la doctrine faisant référence, dans ce cas, à la notion de garantie d'institut- ou même vers certaines manifestations sociales. Dans la décision STC 32/1981, il était affirmé que « la garantie institutionnelle ne garantit pas un contenu concret ou un périmètre de compétence déterminé et fixé une fois pour toutes, mais la préservation d'une institution en termes reconnaissables pour l'image qu'en a la conscience sociale à chaque moment et lieu » (FJ 3). Ainsi, le Tribunal reconnaissait une grande liberté au législateur pour définir le contenu de l'institution, en préservant celle-ci en termes reconnaissables, lorsqu'il comprenait que « les institutions garanties sont des éléments architecturaux indispensables de l'ordre constitutionnel et les normes qui les protègent sont, sans aucun doute, des normes d'organisation mais, contrairement à ce qui se produit dans le cas des institutions suprêmes de l'État, dont la réglementation organique est faite dans le propre texte constitutionnel, dans celles-ci la structure institutionnelle concrète est déléguée au législateur ordinaire, qui n'a d'autre limite que celle du réduit indisponible ou noyau essentiel de l'institution que la Constitution garantit » (STC 32/1981, du 28 juillet 1981, FJ 3).

Par conséquent, notre jurisprudence réserve la notion de garantie institutionnelle à la protection des institutions qui, ayant un reflet constitutionnel et étant fondamentales au sein de l'ordre constitutionnel, n'ont été qu'énoncées dans la Constitution, sans que l'on ne trouve dans celle-ci le développement indispensable. Ce concept a été utilisé par notre jurisprudence pour se référer à différentes institutions, comme les autonomies locales (SSTC 32/1981, du 28 juillet 1981 et 240/2006, du 20 juillet 2006), le régime foral (régime juridique spécial des régions historiques) (STC 76/1988, du 26 avril 1988), la sécurité sociale (SSTC 37/1994, du 10 février 1994 et 213/2005, du 21 juillet 2005), la famille (STC 116/1994, du 18 avril 1994), les écoles professionnelles (STC 179/1994, du 16 juin 1994), etc. Cependant, il a également été projeté dans le domaine des droits fondamentaux, en qualifiant de garantie institutionnelle ou de garantie constitutionnelle à la fois l'habeas corpus (SSTC 44/1991, du 25 février 1991 et 288/2000, du 27 novembre 2000) et l'habeas data (STC

292/2000, du 30 novembre, entre autres décisions), et le droit de fondation, défini simultanément « d'institution préservée » et de droit fondamental (STC 341/2005, du 21 décembre 2005), de la même manière que l'on définit l'autonomie universitaire (entre autres décisions, STC 75/1997, du 21 avril 1997).

Il convient de développer un raisonnement du même type en ce qui concerne le mariage, lequel possède, comme il a été avancé, une double dimension conceptuelle, s'agissant d'une part d'une garantie institutionnelle et, d'autre part, d'un droit fondamental. Il faut considérer que les deux catégories ne sont pas identiques, car la première exige une protection objective de la part du Tribunal qui doit garantir que le législateur ne supprime pas, ni ne vide de sens, l'image directrice de l'institution, ce dernier devant exiger une protection subjective, de sorte que le Tribunal garantisse au citoyen, titulaire du droit en question, que la position juridique dérivée de la reconnaissance du droit ne soit pas supprimée ou dénaturée par le législateur.

8. Si nous nous axons à présent sur le mariage en tant que garantie institutionnelle, et pour résoudre les doutes de constitutionnalité soulevés par les requérants, il convient de déterminer si la réglementation de la Loi 13/2005, et qui fournit une nouvelle rédaction au paragraphe deux de l'article 44 CC, fait du mariage une institution non reconnaissable et, par conséquent, dénaturée, ou si le législateur a agi au sein de la grande liberté que lui octroie la Constitution. Sur ce point, il convient de rappeler que l'article 44 du CC, qui ouvre le chapitre II du titre IV du Code civil, concernant les conditions requises pour le mariage, établit dans son premier paragraphe que « L'homme et la femme ont le droit de se marier aux termes des dispositions de ce Code », et que le nouveau deuxième paragraphe établit que « Le mariage exigera les mêmes conditions et produira les mêmes effets lorsque les deux personnes sont de même sexe ou de sexe opposé ». Il s'avère donc indiscutable que la nouvelle réglementation légale du mariage a non seulement ouvert les portes de cette institution aux couples de même sexe mais qu'en optant pour cette solution réglementaire parmi celles qui étaient à sa portée, elle a totalement placé sur un même pied d'égalité les mariages réalisés entre des personnes homosexuelles et des personnes hétérosexuelles. Ainsi donc, nous devons constater que l'institution matrimoniale, avant et après la révision, a été modifiée juridiquement et ce Tribunal doit déterminer si cette modification s'avère contraire ou non à la garantie institutionnelle du mariage.

Les requérants estiment que la loi contestée viole effectivement la garantie institutionnelle du mariage et ils s'appuient sur une interprétation concernant l'origine de l'article 32 CE, partagée par une partie de la doctrine et par l'avis du Conseil général du Pouvoir judiciaire lui-même, auquel il est fait référence dans les antécédents. Ainsi, à partir d'une interprétation littérale -étant entendu que la référence expresse « à l'homme et à la femme » permet de déduire de manière évidente une réserve constitutionnelle du mariage en faveur des couples hétérosexuels-, à partir d'une interprétation systématique -si l'on considère les articles constitutionnels qui, hormis l'article 32 CE, font référence au mariage, que ce soit de manière expresse (article 39 CE) ou implicite (article 58 CE)-, à partir d'une interprétation authentique -en gardant à l'esprit l'avenir du débat constituant- et à partir de l'interprétation qu'impose l'article 10.2 CE -considérant que les traités internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne n'envisagent pas directement le mariage entre des personnes de même sexe-, les requérants estiment que l'institution matrimoniale structurée par la loi contestée rend méconnaissable l'institution classique du mariage, entraînant une dénaturalisation de l'institution incompatible avec le respect de la garantie institutionnelle de celui-ci. Cette interprétation repose sur celle de l'Ordonnance 222/1994, du 11 juillet 1994, en vertu de laquelle ce Tribunal constitutionnel a rejeté alors un recours extraordinaire auprès de la Court Constitutionnel (Recurso de Amparo) qui, sans couverture juridique, sollicitait une équivalence d'effets entre le mariage et la cohabitation *more uxorio* de deux personnes homosexuelles, en établissant que « tout comme la cohabitation de fait entre un couple hétérosexuel, l'union entre des personnes de même sexe biologique n'est pas une institution juridiquement réglementée et il n'existe pas un droit constitutionnel à son établissement ; contrairement au mariage entre un homme et une femme qui est un droit constitutionnel (article 32.1) qui génère *ope legis* une pluralité de droits et de devoirs (STC 184/1990)(FJ 2) ».

À partir de ces arguments, il est possible de transposer à notre raisonnement l'affirmation faite par la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 12 CEDH, qui établit que « dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent » (CDEH dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, du 24 juin 2010, § 55). En 1978, lorsque l'article 32 CE est rédigé, il

était majoritairement compris comme un mariage entre des personnes de sexe différent, également au sein des débats constitutants. Ce qu'envisageait l'organe constituant en 1978 concernant le mariage n'avait rien à voir avec l'orientation sexuelle des futurs conjoints, mais plutôt avec la volonté de dissocier le mariage et la famille, de proclamer l'égalité des conjoints au sein de l'institution et de constitutionnaliser la séparation et la dissolution. Ces questions, ainsi que la détermination de l'âge du mariage, ont accaparé presque exclusivement les débats constitutants sur l'actuel article 32 CE, qui porta le numéro 27 de l'avant-projet constitutionnel et dont la rédaction définitive fut finalement réalisée par la Commission mixte Congrès-Sénat. En d'autres termes, en 1978, année au cours de laquelle le texte constitutionnel est délibéré et adopté, les problèmes qui occupaient le pouvoir constituant en ce qui concerne la régulation de l'institution matrimoniale étaient essentiellement, comme il en découle des travaux parlementaires, la question du divorce, la différence conceptuelle entre mariage et famille, et la garantie de l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage, égalité qui, à l'époque, était encore en voie de construction. On ne peut oublier à cet égard que la pleine reconnaissance réglementaire de la capacité d'agir de la femme mariée datait de 1975 (Loi 14/1975, du 2 mai 1975, sur la réforme de certains articles du Code civil et du Code de Commerce concernant la situation juridique de la femme mariée et les droits et devoirs des conjoints), en dépit de quoi les maris étaient encore les administrateurs des biens de la société conjugale, en l'absence de clause contraire (article 59 CC dans la rédaction en vigueur en 1978), leur consentement était exigé pour certaines affaires juridiques de l'épouse (par exemple, article 361 CC dans la rédaction en vigueur en 1978), et la mère ne détenait l'autorité parentale qu'à défaut de père (article 154 CC dans la rédaction en vigueur jusqu'en 1981). Ainsi, l'article 32 CE manifestait la volonté du pouvoir constituant de consolider l'égalité entre l'homme et la femme, sans résoudre d'autres questions, ce qui ne signifie pas qu'il accueillait implicitement le mariage entre des personnes de même sexe, si nous nous limitons à faire une interprétation littérale et systématique, mais ne signifie pas non plus qu'il l'excluait. Pour le reste, si l'on fait une interprétation littérale stricte, l'article 32 CE identifie uniquement les titulaires du droit au mariage, et non pas avec qui ce mariage doit être réalisé, même si, et il faut insister là-dessus, il s'avère automatiquement évident que cela ne signifie pas en 1978 la volonté d'étendre l'exercice du droit aux unions homosexuelles.

9. Afin d'avancer dans le raisonnement, il convient de faire un pas de plus dans l'interprétation de l'article. Il faut partir d'une hypothèse initiale, reposant sur l'idée, exposée comme nous l'avons vu par l'avocat de l'État dans ses observations, que la Constitution est un « arbre vivant », -expression de l'arrêt Privy Council, *Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, reprise par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt du 9 décembre 2004 sur le mariage entre des personnes de même sexe-, lequel, par le biais d'une interprétation évolutive, s'adapte aux réalités de la vie moderne au titre de moyen permettant de garantir sa propre importance et légitimité, et pas uniquement parce qu'il s'agit d'un texte dont les grands principes sont applicables à des cas que leurs rédacteurs n'avaient pas imaginé mais aussi parce que les pouvoirs publics, et notamment le législateur, mettent à jour progressivement ces principes et parce que le Tribunal constitutionnel, lorsqu'il contrôle l'ajustement constitutionnel de ces mises à jour, dote les réglementations d'un contenu permettant de faire une lecture du texte constitutionnel à la lumière des problèmes contemporains et des exigences de la société actuelle à laquelle doit répondre la réglementation fondamentale du système juridique, au risque, dans le cas contraire, de devenir lettre morte. Cette lecture évolutive de la Constitution, qui s'applique en particulier à la catégorie de la garantie institutionnelle, nous amène à développer la notion de culture juridique, qui fait penser au Droit comme à un phénomène social lié à la réalité dans laquelle il se développe et qui a déjà été évoquée dans notre jurisprudence antérieure (SSTC 17/1985, du 9 février 1985, FJ 4 ; 89/1993, du 12 mars 1993, FJ 3 ; 341/1993, du 18 novembre 1993, FJ 3 ; 29/1995, du 6 février 1995, FJ 3 ; et 298/2000, du 11 décembre 2000, FJ 11). Ainsi donc, la culture juridique ne se construit pas uniquement à partir de l'interprétation littérale, systématique ou liée à l'origine des textes juridiques mais contribue aussi à sa structure l'observation de la réalité sociale juridiquement significative, sans que cela ne signifie pour autant que l'on accorde une force réglementaire directe au factuel, les opinions de la doctrine juridique et des organes consultatifs prévus dans le système, le droit comparé existant dans un environnement socioculturel proche et, en matière de construction de la culture juridique des droits, l'activité internationale des États manifestée dans les traités internationaux, dans la jurisprudence des organes internationaux chargés de les interpréter et dans les opinions et avis émis par les organes compétents du système des Nations Unies, ainsi que par d'autres organismes internationaux occupant une position reconnue.

En ce qui concerne notre système constitutionnel, la voie d'accès d'une partie de ces éléments formant la culture juridique, lesquels par ailleurs se nourrissent et s'influencent mutuellement, provient du recours à un principe

fondamental de l'interprétation de la Constitution, à savoir celui établi à l'article 10.2 CE. La référence à cet article, également invoquée par les requérants, exige que nous interprétions les normes concernant les droits fondamentaux et les libertés publiques figurant au titre I conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne. Cette interprétation ne peut en aucun cas faire abstraction de celle qui, à son tour, est faite par les organes de garantie établis par ces mêmes traités et accords internationaux (STC 116/2006, du 24 avril 2006, FJ 5, et, dans le même esprit, entre autres nombreuses décisions, STC 50/1989, du 21 février 1989, 64/1991, du 22 mars 1991, et 38/2011, du 28 mars 2011). À ce qui précède s'ajoute la constatation que ces traités s'insèrent progressivement et sans cesse dans notre système juridique à mesure que l'Espagne les ratifie, après qu'ils aient été adoptés dans le cadre de la société internationale, de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Par conséquent, la règle herméneutique de l'article 10.2 CE est associée à une règle d'interprétation évolutive qui nous permettra d'expliquer l'article 32 CE et l'adaptation à celui-ci de la Loi 13/2005.

L'interprétation évolutive que nous évoquons simplifie la réponse à la question de savoir si le mariage, tel qu'il ressort de la réglementation contestée, est toujours reconnaissable en tant que tel dans le contexte sociojuridique actuel. Après les réformes introduites dans le Code civil par la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, l'institution matrimoniale reste parfaitement reconnaissable en ce qui concerne l'image du mariage que nous avons, après une évidente évolution, dans la société espagnole actuelle, en tant que communauté d'affection générant un lien, ou société d'aide mutuelle entre deux personnes ayant une position identique au sein de cette institution, et qui décident volontairement de s'unir dans un projet de vie familiale commune, en donnant leur consentement au regard des droits et devoirs qui composent l'institution et en le manifestant expressément par le biais des formalités établies dans le système juridique. Ainsi, l'égalité des conjoints, le libre souhait de se marier avec la personne de son choix et la manifestation de cette volonté constituent les notes essentielles du mariage, déjà présentes dans le Code civil avant la révision de 2005, et qui sont toujours reconnues dans la nouvelle institution conçue par le législateur.

Il est donc clair que la seule différence entre l'institution matrimoniale avant et après juillet 2005 porte sur le fait que les futurs conjoints peuvent appartenir au même sexe, de sorte que le mariage peut avoir lieu à la fois entre des personnes de sexe opposé ou entre des personnes de même sexe. Il faut donc déterminer si cette circonstance, c'est-à-dire la possibilité de l'existence de ces derniers est, de nos jours, dans notre société, un élément qui rend méconnaissable le mariage ou qui, au contraire, s'intègre dans l'image permettant de reconnaître l'institution matrimoniale. En d'autres termes, il s'agit de déterminer à quel degré le mariage entre des personnes de même sexe est intégré dans notre culture juridique, en analysant pour ce faire les éléments qui composent cette culture.

Si l'on s'en réfère au droit comparé, dans la balance de l'intégration du mariage entre des personnes de même sexe dans l'image actuelle du mariage, pèse le fait que l'accès à l'égalité du mariage entre des personnes de sexe opposé et entre des personnes de même sexe s'est consolidé, ces dernières années, au sein de plusieurs systèmes juridiques intégrés dans la culture juridique occidentale. Lorsque la Loi 13/2005, ici remise en question, a été adoptée en Espagne, seuls les Pays-Bas (loi de 2000), la Belgique (loi de 2003) et l'État du Massachusetts aux États-Unis (Arrêt de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004) reconnaissaient le mariage entre des personnes de même sexe. Depuis, l'institution a également été reconnue dans d'autres systèmes juridiques : Canada (Civil Marriage Act de 2005), Afrique du Sud (loi du 17 novembre 2006), Ville de Mexico (loi de 2009), Norvège (loi de 2009), Suède (loi de 2009), Portugal (loi 9/2010), Islande (loi de 2010), Argentine (loi de 2010), Danemark (loi de 2012), ainsi que dans différents états des États-Unis d'Amérique, dans certains cas en raison de l'interprétation judiciaire et dans d'autres de l'activité du législateur [Connecticut —2008—, Iowa —2009—, Vermont —2009—, New Hampshire —2010—, District de Columbia (Washington) —2010—, et New York —2011—]. De plus, il existe des projets législatifs, à différentes étapes d'avancement, en Slovaquie (dont le Tribunal constitutionnel a déclaré, dans une décision du 2 juillet 2009, qu'il était inconstitutionnel que les unions stables du même sexe ne jouissent pas des mêmes droits que les couples mariés de sexe opposé) et en Finlande.

Ce qui précède étant vrai, il est également vérifié que jusqu'à la fin des années quatre-vingt aucun pays au monde n'accordait des droits aux unions entre des personnes de même sexe et que, même si actuellement presque toutes les démocraties de type occidental ont élaboré un instrument légal accordant des droits aux couples de même sexe, l'option de bon nombre de systèmes juridiques de nos environnements et cultures juridiques n'a pas été la même que celle choisie par le législateur espagnol, dans l'usage de sa liberté de configuration de l'institution matrimoniale.

Ainsi, différents états ont reconnu des effets à l'union civile entre des personnes du même sexe, plaçant ces effets sur un même pied d'égalité, à un degré plus ou moins élevé, que ceux associés au mariage. Sans nous attarder sur ce degré d'équivalence plus ou moins élevé des effets entre le mariage et l'union civile, nous devons rappeler ici la réglementation de l'union civile appliquée, à l'échelle européenne, en France (1999), Allemagne (2001), Finlande (2001), Luxembourg (2004), Royaume-Uni (2004), Andorre (2005), République Tchèque (2006), Suisse (2007) Autriche (2010), ou au Liechtenstein (2011). Dans le même esprit, plusieurs pays de la Communauté ibéro-américaine de nations ont également réglementé ou accepté par la voie de l'interprétation jurisprudentielle l'union civile de personnes de même sexe, comme c'est le cas de la Colombie (2007), l'Uruguay (2008), l'Équateur (2009) et le Brésil (2011). D'autres pays, enfin, n'ont établi aucune réglementation, ni sur les unions de fait ni sur les mariages entre des personnes de même sexe.

L'approche du droit international et des décisions juridiques d'organes internationaux est également orientée vers une relative ouverture de la notion plus traditionnelle de mariage. Le Tribunal de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur le droit au mariage entre des personnes de même sexe dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, du 24 juin 2010 (même s'il l'avait déjà fait préalablement à propos du mariage des transsexuels dans les affaires *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, du 11 juillet 2002 ; *I. c. Royaume-Uni*, du 11 juillet 2002 ; *Parry c. Royaume-Uni et R. et F. c. Royaume-Uni*, toutes deux du 28 novembre 2006). Dans cet arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que les termes employés par l'article 12 CEDH ont été choisis délibérément, ce qui, compte tenu du contexte historique dans lequel fut adoptée la Convention, amène à penser qu'ils se réfèrent au mariage entre des personnes de sexe opposé. Cependant, elle affirme aussi que l'institution du mariage a été profondément modifiée par l'évolution de la société depuis l'approbation de la Convention de Rome, en dépit de quoi il n'existe pas de consensus total en Europe sur la question du mariage entre des personnes de même sexe parce que, dans chaque État, l'institution matrimoniale a évolué de manière différente. À la suite de ces réflexions, le Tribunal de Strasbourg estime que l'article 12 CEDH ne peut imposer à aucun État, de nos jours, l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels mais on ne peut pas non plus déduire de son texte littéral l'impossibilité de réguler le mariage entre des personnes de même sexe. Et il poursuit en reconnaissant que « le mariage a des connotations sociales et culturelles profondément enracinées, qui peuvent différer significativement d'une société à l'autre », s'abstenant ainsi d'imposer sa propre appréciation sur le mariage aux « autorités nationales qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre » (§ 62).

Dans le même esprit, l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tel que le Présidium l'a interprété dans le texte des « Explications sur la Charte des droits fondamentaux », n'interdit pas et n'impose pas que l'on accorde un statut matrimonial à l'union de personnes de même sexe. En outre, il a été expliqué par la Cour européenne des droits de l'homme comme une version moderne de l'article 12 CEDH incluant « les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent des voies différentes de celles du mariage pour fonder une famille » (CEDH affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, du 24 juin 2010, § 60).

Ceci nous permet d'affirmer que l'institution du mariage en tant qu'union entre deux personnes, quelle que soit leur orientation sexuelle, s'est établie progressivement, comme le démontre l'évolution vérifiée en droit comparé et en droit européen des droits de l'homme en ce qui concerne la considération du mariage entre des personnes de même sexe. Cette évolution souligne l'existence d'une nouvelle « image » du mariage, de plus en plus répandue, même si elle n'est toujours pas totalement uniforme à ce jour, et qui nous permet de comprendre aujourd'hui la conception du mariage, du point de vue du droit comparé du monde occidental, comme une conception plurielle.



Par ailleurs, ce Tribunal ne peut ignorer la réalité sociale et, de nos jours, des données quantitatives figurant dans des statistiques officielles confirment qu'il existe en Espagne une large acceptation sociale du mariage entre des personnes de même sexe et qu'en même temps ces couples ont exercé leur droit au mariage depuis l'année 2005. En ce qui concerne l'opinion des Espagnols sur l'existence du mariage entre des personnes de même sexe, le Centre de Recherches sociologiques, à l'occasion de l'élaboration de la proposition de loi modifiant le Code civil en matière de droit au mariage, avait inclus la question dans différents sondages. Le baromètre de juin 2004 (étude 2568) montre que 66,2% des interviewés pensaient que les couples homosexuels devaient avoir le droit au mariage, alors que dans l'étude concernant les « opinions et attitudes relatives à la famille » (étude 2578) réalisée au cours des mois d'octobre et de novembre 2004, il s'avère que 56,9% des interviewés étaient d'accord pour autoriser le mariage civil aux couples de même sexe. À la suite de l'approbation de la Loi 13/2005, les données fournies par la Commission européenne figurant à l'Eurobaromètre 2006 (numéro 66), montrent que 44% des interviewés -appartenant aux 25 états membres de l'Union à ce moment-là, ainsi qu'à la Bulgarie, la Roumanie, la Croatie, la Turquie et à la Communauté turque chypriote- étaient d'accord avec l'idée d'autoriser le mariage entre des personnes de même sexe, contre 49% qui exprimaient leur opposition. Dans ce contexte européen, l'Espagne se situe au-dessus de la moyenne en ce qui concerne l'acceptation du mariage entre des personnes de même sexe (56%), ce qui rapproche l'opinion publique, sur ce point, de pays du Nord de l'Europe, et l'éloigne, comme l'observe la Commission européenne, de la tendance des pays du Sud et de l'Est du continent, en grande partie situés en-deçà de la moyenne européenne du niveau d'acceptation. Les données les plus récentes du Centre de Recherches sociologiques sur ce point se trouvent dans l'étude sur les « attitudes de la jeunesse face à la diversité sexuelle » (numéro 2854), réalisée entre les mois de novembre et décembre 2010 auprès de jeunes de 14 à 29 ans, et dont il découle que 76,8% des interviewés considèrent acceptable le mariage entre des personnes de même sexe. Par ailleurs, les chiffres de l'Institut national de la statistique figurant dans les statistiques sur le « mouvement naturel de la population » montrent que, durant les années d'application de la Loi 13/2005 et jusqu'en décembre 2011, 22 124 mariages entre personnes de même sexe ont été célébrés. Même si tous ces chiffres ne constituent pas en eux seuls un élément déterminant pour évaluer la constitutionnalité de la loi soumise à notre examen, il est toutefois vrai qu'ils offrent une image illustrant le degré d'identification des titulaires du droit au mariage par rapport à l'institution dans laquelle l'union entre des personnes de même sexe s'insère progressivement.

Si l'on s'en réfère à la doctrine pour profiler la notion de mariage assumée dans notre culture juridique, force est de constater que parmi les juristes spécialisés en la matière il n'existe pas de position unanime en ce qui concerne la question qui nous occupe. On peut toutefois constater une tendance croissante à reconnaître que le fait que le mariage entre des personnes de même sexe s'intègre dans l'institution matrimoniale est une réalité susceptible d'être assumée dans notre culture juridique, avec différentes nuances pour ce qui est du lien constitutionnel de l'institution ainsi configurée.

Enfin, comme l'analyse du système dans son ensemble peut fournir une idée de la portée juridique et sociale de la modification législative soumise à notre examen, et sans vouloir transformer la législation civile, ou d'un autre ordre, par le biais de ce recours, en paramètre direct de constitutionnalité, il convient de conclure qu'aucun dysfonctionnement ne se produit dans l'institution matrimoniale par le fait que, par exemple, le couple formé par deux personnes de même sexe dispose d'un régime économique matrimonial, soit celui adopté dans la communauté réduite aux acquêts, soit un de ceux que prévoient le Code civil ou les dispositions correspondantes du droit civil « foral ». De même, le régime du droit de succession n'est pas violé par l'identité de genre des membres du mariage en ce qui concerne l'ordre de la succession, le régime testamentaire, etc., ni certains aspects de dispositions concrètes qui étaient traditionnellement conflictuels, comme le droit de succession d'un bien en location. On peut en dire autant des dispositions qui réglementent des aspects personnels dérivés de l'existence du mariage entre deux personnes, comme les appels prioritaires afin d'occuper certaines fonctions telles que la représentation de l'absent, la tutelle ou la curatelle. Le domaine du droit public ne pose pas non plus de difficultés particulières au fait que les conjoints de même sexe soient les destinataires de dispositions au sein desquelles le conjoint occupe la place de sujet ayant des obligations ou des droits, comme le régime d'imposition, celui correspondant aux prestations de la sécurité sociale ou même dans l'application du système pénal lorsque la situation du conjoint en tant que victime ou responsable d'une infraction pénale est déterminante. On peut donc affirmer qu'à l'exception de dispositions très particulières (l'exposition des motifs

de la Loi 13/2005 cite elle-même les articles 116, 117 et 118 CC comme des cas ne pouvant se produire que dans des mariages entre deux personnes de sexe opposé), le régime juridique du mariage et, par conséquent, l'image juridique que la société se forge de celui-ci, n'est pas déformé par le fait que les conjoints soient de sexe différent ou identique.

Cela permet donc de conclure que la Loi 13/2005, au sein de la grande liberté accordée par l'article 32 CE tel qu'il a été interprété jusqu'ici, développe l'institution du mariage conformément à notre culture juridique, sans la rendre du tout méconnaissable par rapport à l'image que la société espagnole contemporaine a de l'institution. Le législateur, comme le suggérait le Conseil d'État dans son avis du 16 décembre 2004 portant sur la proposition de loi qui modifie le Code civil en matière de droit au mariage (dossier numéro 2628-2004), et comme le souligne l'avocat de l'État dans ses observations, aurait pu choisir d'autres options au moment de reconnaître les unions entre des personnes de même sexe et employer la catégorie, comme c'est le cas dans d'autres pays de notre environnement, des unions civiles, option que semblent préférer les requérants. Or, ce choix, qui n'aurait pas entraîné la modification de l'institution matrimoniale classique ni la création simultanée d'un régime différent de celui du mariage, avec un contenu plus ou moins équivalent mais différent, n'a pas été celui réalisé par le législateur, qui a en revanche préféré généraliser le régime unique du mariage pour toute personne, indépendamment de son orientation sexuelle, option qui s'adapte à la Constitution et semble répondre à la logique selon laquelle deux relations juridiques comparables -mariage entre des personnes de sexe opposé et union civile entre des personnes de même sexe- et ayant des effets similaires, reçoivent une même dénomination. Le législateur espagnol, comme d'autres législateurs de notre environnement juridique proche, avait différentes options à sa portée au moment d'accorder une reconnaissance juridique à la situation des couples de même sexe, et l'option choisie respecte les dispositions du texte constitutionnel, sans que cette affirmation permette de préjuger ou d'exclure la constitutionnalité d'une autre option.

Par conséquent, du point de vue de la garantie institutionnelle du mariage, on ne peut pas reprocher une inconstitutionnalité à l'option adoptée par le législateur dans ce cas, au sein de la liberté d'appréciation que lui reconnaît la Constitution, car il s'agit d'une option non exclue par le pouvoir constituant et qui peut s'insérer dans l'article 32 CE interprété conformément à une notion institutionnelle de plus en plus répandue dans la société espagnole et dans la société internationale, même si elle n'est pas unanimement acceptée.

10. Pour compléter le raisonnement concernant le mariage en tant que garantie institutionnelle, il convient d'aborder la question du mariage en tant que droit constitutionnel, lequel, en raison de sa place dans le texte de la loi fondamentale, manque de « protection par la voie d'un recours extraordinaire auprès de la Court Constitutionnel, aux termes des articles 53.2 de la CE et 41.1 de la LOTC » (ATC 188/1993, du 14 juin, FJ 2), mais jouit de la garantie de préservation de son contenu essentiel face à la liberté du législateur.

La décision STC 11/1981, du 8 avril 1981, qui précise la notion de « contenu essentiel » d'un droit, propose deux voies pour mieux comprendre cette notion, et bien qu'il soit affirmé dans cette même décision qu'il ne s'agit pas de voies forcément alternatives mais plutôt complémentaires, il nous suffit dans ce cas d'aborder la première d'entre elles, qui propose « de tenter de recourir à ce que l'on nomme habituellement la nature juridique ou la manière de concevoir ou de configurer chaque droit. Conformément à cette idée, il faut tenter d'établir un lien entre le langage qu'emploient les dispositions légales et ce que certains auteurs ont appelé le métalangage ou des idées généralisées et des convictions habituellement admises entre les juristes, les juges et, en général, les spécialistes en droit ... Les facultés ou les possibilités d'action nécessaires constituent le contenu essentiel d'un droit subjectif pour que le droit soit reconnaissable comme étant pertinent pour le type décrit, et sans celles-ci il cesse d'appartenir à ce type et doit être inclus dans un type différent, en se dénaturant, pour ainsi dire. Tout cela fait référence au moment historique concerné dans chaque cas et aux conditions inhérentes aux sociétés démocratiques, s'agissant de droits constitutionnels » (FJ 8).

Le doute, dans ce cas, réside dans la nécessité de déterminer si la nouvelle réglementation constitue une atteinte au contenu essentiel du droit au mariage que le législateur doit respecter conformément aux impératifs de l'article 53.1 CE. À ce jour, le contenu essentiel du droit au mariage, analysé d'après la perspective objective du

droit constitutionnel, finit par converger avec la notion de garantie institutionnelle définie précédemment, sans que l'on puisse confondre les deux du point de vue dogmatique, et a été défini selon les termes suivants.

D'une part, on peut déduire de la rédaction littérale de l'article 32.1 CE que les deux conjoints sont en régime de pleine égalité juridique au sein de l'institution juridique du mariage, « règle qui suppose une manifestation spécifique du principe d'égalité de tous les citoyens face à la loi (article 14 CE) » (décisions STC 159/1989, du 6 octobre 1989, FJ 5 ; 39/2002, du 14 février 2002, FJ 5 ; et 51/2011, du 14 avril 2011, FJ 8). Complétant ce qui précède, la jurisprudence constitutionnelle a également précisé que le droit au mariage, bien qu'étant un droit à titre personnel, n'est pas un droit d'exercice individuel car, comme le prévoit l'article 45 CC, il n'y a pas de mariage sans consentement mutuel (décisions STC 222/1992, du 11 décembre 1992, FJ 5 ; 47/1993, du 8 février 1993, FJ 4 ; 51/2011, du 14 avril, FJ 9), et le lien matrimonial « génère opes legis chez la femme et le mari une pluralité de droits et de devoirs » (STC 184/1990, du 15 novembre, FJ 3).

De plus, de ce droit au mariage on peut aussi extraire la liberté de ne pas se marier. Le droit au mariage ou celui de ne pas se marier « se limite à garantir la capacité de choisir, à empêcher le mandat ou l'impossibilité totale, mais pas à garantir à celui qui l'exerce dans un certain sens les mêmes effets que ceux attribués à celui qui l'exerce dans un autre sens ». Il ajoute, « malgré l'identité des sujets détenteurs de la liberté, le contenu de la liberté positive et négative ne (doit) pas être homogène, et le législateur ordinaire (peut) attribuer... des conséquences à l'une et l'autre manifestation », de sorte que « la première est constituée comme un véritable droit subjectif, alors que la seconde n'est plus qu'une simple liberté juridique, intégrée dans le même droit fondamental et dont le contenu se limite à la possibilité d'opter ou non à l'existence d'une alternative d'action » (ATC 204/2003, du 16 juin 2003, FJ 3). Par conséquent, le Tribunal a assumé l'existence de deux régimes différents, par la volonté du législateur, celui du mariage et celui de la cohabitation *more uxorio*, qui reflètent la capacité de choix des personnes dans l'exercice de leur droit à se marier, mais sans aborder pour le moment la question de l'orientation sexuelle des membres du couple, et il reconnaît que la cohabitation *more uxorio* « n'est pas une institution juridiquement garantie et qu'il n'existe pas un droit constitutionnel spécifique à son établissement » (ATC 204/2003, du 16 juin 2003, FJ 3), le législateur ayant toute légitimité pour établir des différences dans les conséquences découlant de l'option de l'un ou l'autre régime (en ce sens, pour toutes les décisions, voir STC 66/1994, du 28 février 1994, FJ 2). Cette position jurisprudentielle a eu une importante répercussion en matière de paiement de pensions, notamment de veuvage (pour toutes les décisions, voir STC 184/1990, du 15 novembre 1990 et 69/2007, du 16 avril 2007) et, dans certains cas, en matière de subrogation locative (STC 222/1992, du 11 décembre 1992).

Comme on peut en déduire de cette exposition, la jurisprudence constitutionnelle a réalisé jusqu'à maintenant une interprétation du contenu essentiel de l'article 32 CE, qui laisse une grande marge d'action au législateur, non seulement pour établir les formes du mariage, l'âge et la capacité de se marier, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets -configuration dont le législateur d'état s'est occupé en vertu de la compétence exclusive que lui octroie l'article 149.1.8 CE pour réglementer les liens juridico-civils relatifs aux formes du mariage (STC 51/2011, du 14 avril 2011, FJ 9)—, mais aussi pour établir des régimes de cohabitation *more uxorio* parallèles au régime matrimonial mais ayant une reconnaissance juridique différenciée, ce qui a été réalisé, à ce jour, exclusivement par le législateur des autonomies.

Cette interprétation s'est référée de manière limitée à la question de l'orientation sexuelle des détenteurs du droit. L'ATC 222/1994, du 11 juillet 1994, à l'occasion de la réclamation d'une pension de veuvage par le survivant d'un couple homosexuel, rappelle la liberté d'appréciation des états qu'accorde la Cour européenne des droits de l'homme en matière de réglementation du mariage entre des personnes du même sexe dans des décisions comme celles des affaires Rees, du 17 octobre 1986 et Cossey, du 27 septembre 1990, et affirme « qu'il faut admettre la pleine constitutionnalité du principe hétérosexuel comme qualifiant du lien matrimonial, ainsi que le prévoit notre Code civil, de sorte que les pouvoirs publics puissent accorder un traitement de privilège à l'union constituée par un homme et une femme par opposition à une union homosexuelle. Ce qui n'exclut pas que le législateur puisse établir un système d'équivalence en vertu duquel les conjoints homosexuels peuvent bénéficier des pleins droits et bénéfices du mariage, comme le stipule le Parlement européen » (ATC 222/1994, du 11 juillet 1994, FJ 2).

Cependant, l'interprétation de l'ATC 222/1994 ne peut pas être comprise comme une consécration constitutionnelle de l'hétérosexualité au sein du mariage, mais on ne peut pas comprendre non plus que cette option, en tant que seule possible, soit totalement exclue. Il ne fait aucun doute que cette décision permet d'assumer le principe hétérosexuel du mariage comme une option valable du législateur, faisant partie du cadre de la Constitution, et de faire une place constitutionnelle à une éventuelle réglementation de la cohabitation *more uxorio* pour les homosexuels. Or, on ne peut en déduire automatiquement que le mariage hétérosexuel est la seule option constitutionnellement légitime, car il faut déterminer si l'option du législateur mise en cause ici peut aussi s'inscrire dans la norme constitutionnelle en vigueur.

11. Ainsi donc, pour déterminer si la révision faisant l'objet de ce recours porte atteinte au droit au mariage, il faut partir de la certitude que celle-ci a introduit des nuances importantes vis-à-vis du droit constitutionnel. Nous disions préalablement, lorsque nous évoquions notre jurisprudence antérieure, que ce droit étant un droit à titre individuel, il ne l'était pas pour un exercice individuel car il exige une autre personne pour pouvoir s'exercer et un consentement mutuel librement exprimé par les parties dans les limites découlant de la structure légale que fait le Code civil des conditions requises pour le mariage. Si l'on fait abstraction du débat selon lequel les personnes homosexuelles jouissaient déjà du droit au mariage avant la révision légale analysée ici, il est évident que la nouvelle rédaction du Code civil qu'introduit la Loi 13/2005 permet que l'exercice du droit se matérialise avec une personne du même sexe. Nous ne sommes donc pas face à une question d'ouverture de l'éventail des titulaires du droit individuel mais bien face à une modification des formes de son exercice. Par conséquent, il convient de déterminer si la modification mentionnée constitue une atteinte au contenu essentiel du droit fondamental.

Afin d'aborder cette réflexion et d'approfondir celle réalisée jusqu'à maintenant, nous partons de l'affirmation que l'image du mariage en tant qu'institution, c'est-à-dire la garantie institutionnelle du mariage, coïncide substantiellement avec la dimension objective du droit constitutionnel au mariage, car ces deux notions, contenu essentiel et garantie institutionnelle, se superposent dans leur définition du mariage, même si leur nature est différente du point de vue dogmatique. De ce fait, une fois que l'on a établi que la garantie institutionnelle reste inchangée avec la nouvelle réglementation, cela nous amène à comprendre que la dimension objective du droit reste également inaltérée, et nous devons exclusivement diriger notre réflexion vers la dimension subjective de celui-ci, qui impose au législateur, lequel doit la préserver, l'obligation négative de ne pas violer la sphère de liberté contenue dans le droit (en ce sens, STC 382/1996, du 18 décembre 1996, FJ 3).

La Loi 13/2005 constitue une modification des conditions d'exercice du droit constitutionnel au mariage et cette modification, après avoir analysé le droit européen comparé, la jurisprudence du Tribunal de Strasbourg et le droit originaire de l'Union européenne, se manifeste par la tendance à l'égalisation du statut juridique des personnes homosexuelles et hétérosexuelles. Cette évolution prend sa source dans la dépénalisation des conduites homosexuelles (il convient de citer ici l'arrêt pionnier CEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni*, du 22 octobre 1981), et passe par la reconnaissance de la tutelle antidiscriminatoire face aux discriminations en raison de l'orientation sexuelle des personnes (voir ici, entre autres, les décisions CEDH dans les affaires *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, du 21 décembre 1999, § 28, et *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003, § 48, ensuite recueillies dans notre décision STC 41/2006, du 13 février 2006, ainsi que l'article 21.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000, tel qu'il a été adopté à Strasbourg le 12 décembre 2007).

Compte tenu de ce qui précède et du fait que l'approbation de la Loi 13/2005 ne constitue pas tant une limitation du droit au mariage mais plutôt une modification des conditions d'exercice dans une logique d'équivalence des statuts juridiques, il faudrait déterminer si la réglementation contestée entrave l'exercice du droit par les personnes hétérosexuelles, dans les mêmes conditions d'exercice qu'auparavant, ce qui nuit par conséquent au contenu essentiel de ce droit, et la réponse à cette question doit être négative. La reconnaissance du droit au mariage à toutes les personnes, quelle que soit leur orientation sexuelle, implique la possibilité pour chaque individu de se marier avec des personnes de son sexe ou de sexe différent, de sorte que cet exercice reconnaisse

pleinement l'orientation sexuelle de chacun. Ceci ne porte pas atteinte au contenu essentiel du droit parce que le fait que des personnes du même sexe puissent se marier ne le dénature pas et ne le transforme pas en un droit différent, et n'empêche pas les couples hétérosexuels de se marier librement ou de ne pas se marier. Les personnes hétérosexuelles n'ont pas vu se réduire la sphère de liberté qui leur était reconnue avant la révision en tant que titulaires du droit au mariage car, avec la réglementation actuelle et avec la précédente, ils jouissent du droit à se marier sans autres limitations que celles dérivées de la structure légale des conditions requises pour se marier qu'établit le Code civil. Cependant, les personnes homosexuelles jouissent à présent de l'option, inexistante avant la révision, de se marier avec des personnes du même sexe, de sorte que le respect de leur orientation sexuelle se trouve reflété dans la conception de l'institution matrimoniale et, par conséquent, leur droit individuel au mariage inclut également le respect de leur orientation sexuelle. Un pas est ainsi franchi en matière de dignité de la personne et de libre épanouissement de la personnalité (article 10.1 CE), qui doivent être axés sur la pleine effectivité des droits fondamentaux (STC 212/2005, du 21 juillet 2005, FJ 4), en plus de constituer le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale et, de ce fait, une valeur juridique fondamentale (STC 53/1985, du 11 avril 1985, FJ 8), mais il faut reconnaître que le mécanisme choisi par le législateur pour franchir ce pas n'était pas le seul techniquement possible.

Par conséquent, ce que fait le législateur dans l'emploi de la liberté de configuration que lui confère la Constitution est de modifier le régime d'exercice du droit constitutionnel au mariage sans porter atteinte à son contenu, ni réduire le droit au mariage des personnes hétérosexuelles, compte tenu du fait que la loi objet du recours n'introduit aucune modification matérielle dans les dispositions légales régissant les conditions requises et les effets du mariage civil de personnes de sexe opposé, et sans que l'option adoptée signifie que l'on refuse ou limite à toute personne le droit constitutionnel à se marier ou à ne pas se marier.

Il n'incombe pas au Tribunal constitutionnel de juger de l'opportunité ou de la convenance du choix réalisé par le législateur afin d'estimer s'il est le plus adéquat ou le meilleur possible (parmi d'autres décisions, STC 60/1991, du 14 mars 1991, FJ 5), parce que nous devons respecter les options législatives chaque fois que celles-ci répondent au texte constitutionnel. Comme l'indique l'avocat de l'État dans ses observations, il était possible de choisir entre différentes modalités de réglementation en matière d'union de personnes de même sexe. L'option qu'inclut la Loi 13/2005 soumise à notre examen s'inscrit dans la logique du mandat que le pouvoir constituant a intégré dans l'article 9.2 CE, de promouvoir les conditions pour que la liberté et l'égalité de l'individu et des groupes dont il fait partie soient réelles et effectives, en se basant sur l'interprétation déjà faite par ce Tribunal de la clause antidiscriminatoire de l'article 14 CE, dans laquelle nous avons inclus la discrimination pour des raisons d'orientation sexuelle (STC 41/2006, du 13 février 2006, FJ 3), conformément à l'esprit de la jurisprudence de Strasbourg (entre autres, décision CEDH dans l'affaire L. et V. c. Autriche, du 9 janvier 2003, § 48).

Par conséquent, à partir de la perspective de la configuration du mariage en tant que droit fondamental, aucun reproche d'inconstitutionnalité ne peut être fait à la Loi 13/2005.

12. Les affirmations qui précèdent ne nous exonèrent pas de l'examen de l'éventuelle violation, par l'alinéa sept de l'article unique de la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, qui permet l'adoption conjointe de mineurs par des couples homosexuels, de l'article 39.2 CE en particulier, du devoir de protection intégrale des enfants. Toutefois, elles conditionnent cet examen.

L'alinéa sept de l'article unique de la Loi 13/2005 fournit une nouvelle rédaction au alinéa 4 de l'article 175, dont la rédaction finale est la suivante : « Personne ne peut être adopté par plus d'une personne, sauf si l'adoption est réalisée conjointement ou successivement par les deux conjoints. Le mariage célébré après l'adoption permet au conjoint d'adopter les enfants de son époux. En cas de décès de l'adoptant, ou lorsque l'adoptant souffre de l'exclusion prévue par l'article 179, une nouvelle adoption de l'adopté est possible ».

Sans se référer expressément à l'orientation sexuelle des adoptants, la rédaction résultant de la révision permet l'adoption conjointe de mineurs par des couples mariés de personnes de même sexe. Les requérants estiment, lorsqu'ils développent cette idée comme argument principal de leur contestation, que cette prévision s'avère contraire au mandat de protection intégrale des enfants (article 39.2 CE) car elle fait passer la légitimation ou l'homologation des relations homosexuelles avant l'intérêt du mineur, qui est également l'intérêt recteur de l'adoption, et avant l'adéquation des adoptants.

À cet effet, comme le dit l'avocat de l'État dans son objet en réponse à la demande, l'intérêt du mineur adopté par un couple marié de personnes du même sexe, ou par un couple marié de personnes de sexe différent, doit être préservé aux termes de l'article 39.2 CE. Cet intérêt est protégé dans chaque cas en fonction de l'examen auquel sont soumis les éventuels adoptants, quelle que soit leur orientation sexuelle, de sorte que le devoir de protection intégrale des enfants, dérivé de l'article 39.2 CE, n'est pas lésé par le fait que l'on autorise ou interdise aux personnes homosexuelles d'adopter, soit individuellement, soit ensemble avec leur conjoint.

L'arrêt du Tribunal de Strasbourg, dans l'affaire *Frette c. France* du 26 février 2002, qui fait référence à la question de l'exclusion d'une personne célibataire homosexuelle d'une procédure d'adoption en raison de son orientation sexuelle, analyse la compatibilité de cette exclusion par rapport aux prévisions de la Convention européenne des droits de l'homme, et développe à cet effet une argumentation très similaire à celle que le même Tribunal fait en ce qui concerne la compatibilité entre l'exclusion ou l'inclusion des personnes homosexuelles de l'institution matrimoniale et de l'article 12 CEDH, proposant une lecture large de la liberté d'appréciation nationale. Le Tribunal européen des droits de l'homme affirme que la plupart des États signataires de la Convention de Rome ne prévoit pas explicitement l'exclusion des homosexuels des procédures d'adoption en régime de monoparentalité mais que l'on ne peut en déduire des principes communs et uniformes dans les États membres du Conseil de l'Europe dans le cas d'une question sociale à propos de laquelle il existe des divergences profondes. Le Tribunal européen des droits de l'homme estime donc qu'il est normal « que les autorités nationales, qui doivent prendre en compte, dans les limites de leurs propres compétences, les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande liberté quand elles doivent se prononcer dans ce domaine » et il ajoute : « du fait qu'elles sont en contact direct avec la réalité de leur pays, les autorités nationales sont, en principe, mieux placées qu'une juridiction internationale pour évaluer les sensibilités et les contextes locaux. Comme les questions abordées dans l'hypothèse d'un fait relèvent d'aspects sur lesquels il n'y a pas de communauté de perspectives entre les États membres du Conseil de l'Europe où, en général, le droit semble traverser une phase de transition, il est nécessaire de laisser une grande liberté d'appréciation aux autorités de chaque État (voir *mutatis mutandis*, arrêts *Manoussakis* et autres *c. Grèce*, 26 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1364, § 44, et *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], 27417-95, § 84, CEDH 2000-VII) » (§ 41). En reconnaissant cette grande liberté d'appréciation, le Tribunal de Strasbourg rappelle que « L'adoption, c'est 'donner une famille à un enfant et non un enfant à une famille' et que l'État doit s'assurer que les personnes choisies pour adopter sont celles qui pourront lui offrir, à tous points de vue, les conditions d'accueil les plus favorables » (§ 42) et, à cet effet, il n'y a aucune certitude permettant d'affirmer actuellement que ces conditions ne peuvent pas être fournies par un couple homosexuel.

En conclusion, le mandat de protection de la famille en général (article 39.1 CE) et des enfants en particulier (article 39.2 CE), inclusen tant que principe recteur de la politique sociale et économique à l'article 39 CE, est respecté par l'option choisie dans ce cas par le législateur, puisque ce mandat sert précisément d'orientation à l'option législative adoptée. Le système juridique, qui ne reconnaît pas un droit fondamental à adopter, prévoit des mécanismes suffisants dans les dispositions qui réglementent l'adoption nationale (articles 175 et suivants du CC et dispositions des autonomies équivalentes, et Loi organique 1/1996, du 15 janvier 1996, sur la protection juridique du mineur) et internationale (Loi 54/2007, du 28 décembre 2007, sur l'adoption internationale), afin de garantir la préservation de l'intérêt supérieur du mineur dans le processus d'adoption, garantie également prévue à l'article 21 de la Convention des droits de l'enfant, du 20 novembre 1989, ratifiée par l'Espagne le 30 novembre 1990, comme finalité primordiale à laquelle doivent veiller les États. Notre propre jurisprudence a déjà établi que, dans les procédures d'adoption, « l'intérêt du mineur est prioritaire ». Ce principe général est proclamé par la Convention citée lorsqu'elle établit que « dans toutes les mesures concernant les enfants prises par les institutions publiques ou privées de bien-être social, les tribunaux, les autorités administratives ou les organes législatifs, la considération primordiale à respecter sera celle de l'intérêt

supérieur de l'enfant » (article 3.1). Notre législation en matière de mineurs le définit comme un principe recteur et inspirateur de toutes les actions des pouvoirs publics concernant des enfants, qu'elles soient administratives ou judiciaires (exposition des motifs, articles 2, 11.2 de la Loi organique 1/1996, du 15 janvier 1996, sur la protection juridique des mineurs, de modification partielle du Code civil et de la Loi de procédure civile (LEC) ; articles 172.4, 173.3 et 4, et 173 bis CC ; articles 1826 et 1827 LEC) (STC 124/2002, du 20 mai 2002, FJ 4).

L'éventuelle violation de l'article 39.2 CE existerait si la législation ne garantissait pas que, dans la procédure d'adoption, l'objectif fondamental est la préservation de l'intérêt du mineur, circonstance qui n'existe pas ici puisque la réglementation du Code civil établit que la décision judiciaire constituant l'adoption tiendra toujours compte de l'intérêt de l'adopté, et de l'adéquation de l'adoptant ou des adoptants à l'exercice de l'autorité parentale, adéquation qui ne peut en aucun cas être liée à leur orientation sexuelle (article 176 du CC). De plus, comme le stipule la décision STC 124/2002 qui vient d'être citée, le juge qui se prononce sur le processus d'adoption a la possibilité de la refuser lorsqu'elle est contraire à l'intérêt du mineur, quel que soit le motif et après une évaluation adéquate, réalisée par la procédure réglementée pertinente.

De manière très similaire, exception faite des différences évidentes, car là la question de fonds était celle d'une éventuelle discrimination en raison de l'identité sexuelle et de la présence de dysphorie de genre et non de raisons d'orientation sexuelle, et même si alors il ne s'agissait pas d'une question d'adoption mais de la détermination du régime de visites d'un géniteur transsexuel, nous avons établi dans la décision STC 176/2008, du 22 décembre 2008 (FJ 7), postérieurement confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt P.V. c. Espagne du 30 novembre 2010, « qu'il n'est en aucun cas constitutionnellement admissible de présumer de l'existence d'un risque de perturbation de la personnalité du mineur du simple fait de l'orientation sexuelle de l'un ou l'autre de ses géniteurs. Cela implique que l'adoption d'une décision judiciaire consistant à supprimer, suspendre ou limiter le droit de communication des parents avec leurs enfants mineurs sur la base, de manière principale ou exclusive, de la transsexualité du père ou de la mère, doit être qualifiée de mesure discriminatoire proscrite par l'article 14 CE ».

Il n'existe donc, conformément aux arguments développés, aucun défaut d'inconstitutionnalité dans l'article unique de la Loi 13/2005 du 1er juillet, qui modifie le Code civil en matière de droit au mariage.

## D É C I S I O N

Aux termes de ce qui précède, le Tribunal Constitutionnel, EN VERTU DE L'AUTORITÉ QUE LUI CONFÈRE LA CONSTITUTION DE LA NATION ESPAGNOLE,

Décide de

Rejeter le recours en inconstitutionnalité présenté contre la Loi 13/2005, du 1er juillet 2005, qui modifie le Code civil en matière de droit au mariage.

Publier cette décision au « Journal officiel de l'État » espagnol.

Établi à Madrid, le six novembre deux mille douze.

## III. Portugal

- **Tribunal constitutionnel, n°121/2010, 9 avril 2010**

Décision non disponible en version française.

<<http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos10/101-200/12110.htm>>