



UCL Université catholique de Louvain
Faculté de droit et de criminologie

Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ?

Mémoire réalisé par :

Oriane TODTS

Promoteur :

Marc VERDUSSEN

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le **plagiat**, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application des articles 40, 2) et 41 du règlement général des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Merci à M. Verdussen d'avoir accepté ce sujet de mémoire peu conventionnel, pour les conseils donnés et du temps consacré au bon déroulement de son élaboration.

Merci à l'ensemble de la faculté de droit de l'UCL. Merci au personnel de la bibliothèque de droit pour leur gentillesse durant tout ce mois de juillet 2011.

Un grand merci à Louise Langevin de l'Université Laval à Québec pour m'avoir enseigné des connaissances utiles à mon sujet et poussé à la réflexion sur le genre en droit. Merci à M. Lampron pour son cours passionnant sur les droits et libertés de la personne en droit canadien.

Merci à John Pitseys et Amandine Sonck pour leur relecture.

Merci à Max de Genres Pluriels.

Merci à mes parents pour leur soutien pendant ces cinq années et particulièrement ce dernier mois. Merci également pour les relectures attentives.

Merci à Marie pour tout. Impossible de citer toutes les raisons sans réécrire un mémoire ;)

Merci à Irina d'avoir toujours été là pour moi, mais particulièrement pour l'avoir été à l'autre bout de skype pendant ces quatre mois et demi passés à Québec.

Merci à Louise, Claire et Gaëlle pour leur amitié précieuse. Lou, je n'oublierai jamais ce colis arrivé le 28 mars.

Merci à Coralie, Cédric et Wipsy pour m'avoir permis de travailler efficacement chez eux. Bon courage dans ta vie professionnelle, cousine.

Merci à Rim pour ces discussions qui nous aurons évité à toutes les deux de sombrer dans la folie !

Merci à Benoit H. et Barbara T. de m'avoir ouvert l'esprit, toujours supporté dans mes projets, pour vos conseils et votre amitié. Merci à Zoé G. pour cette chouette discussion sur la construction de l'identité de genre chez les enfants lors d'une belle nuit de juin. Mais surtout, merci de te battre avec autant de conviction pour les autres.

Merci à tous ceux et toutes celles que j'oublie mais qui ont contribué d'une manière ou d'une autre à achever ce mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	1
Table des matières	2
Introduction	6
CHAPITRE 1 : La définition du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	8
<i>Section 1. La définition des notions intervenant dans la détermination du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre</i>	8
§ 1. Les notions de sexe, de genre, de sexualité et d'état de la personne.....	8
§ 2. Les notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre	10
A. L'orientation sexuelle.....	10
B. L'identité de genre	11
<i>Section 2. L'ambivalence du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit cohérent aux fondements multiples</i>	13
§ 1. La cohérence de droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.....	14
§ 2. Les fondements du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	15
A. Le droit au respect de la vie privée	16
1. Les sources du droit au respect de la vie privée	16
a) Les sources présentes dans le droit interne et dans le droit international.....	16
b) L'interaction entre les sources internes et internationales.....	17
2. La notion de droit au respect de la vie privée	17
a) L'évolution de la notion de droit au respect de la vie privée	17
b) Les limites du droit au respect de la vie privée.....	18
3. Les méthodes interprétatives de la Cour européenne des droits de l'Homme : l'interprétation consensuelle et les obligations positives.....	19
4. Le droit au respect de la vie privée comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.....	20
B. Le droit au respect de la vie familiale	21
1. Les sources du droit au respect de la vie familiale.....	21
2. La notion de droit au respect de la vie familiale	22
3. Le droit au respect de la vie familiale comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.....	23
C. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination	24
1. Les sources du droit à l'égalité et à la non-discrimination.....	24
2. La notion de droit à l'égalité et à la non discrimination	26

a) Les trois composantes de la définition de la discrimination.....	26
b) Les obligations des Etats découlant du droit à l'égalité et à la non discrimination.....	27
3. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	28
CHAPITRE 2 : La portée du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	29
<i>Section 1. La protection du droit au respect de la vie privée</i>	<i>29</i>
§ 1. La dépénalisation ou la fin de l'ingérence dans la vie privée.....	29
A. La dépénalisation de l'homosexualité.....	30
1. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et son influence	30
a) La dépénalisation des relations homosexuelles.....	30
b) La fin des différences de majorité sexuelle en fonction de l'orientation sexuelle	32
c) L'analyse de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au droit respect de la vie privée concernant l'orientation sexuelle	33
2. L'évolution au sein du droit interne de la protection du droit au respect de la vie privée	34
B. La fin de l'interdiction du traitement de réassignation sexuelle.....	36
1. La jurisprudence européenne.....	36
2. L'évolution au sein du droit interne	38
§ 2. L'obligation positive de protéger le droit au respect de la vie privée des individus et leur droit à la non discrimination en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre	39
A. La protection de l'orientation sexuelle	39
1. Les obligations positives au sein du droit international.....	39
2. La mise en œuvre des obligations positives dans le droit interne.....	41
B. La protection de l'identité de genre	41
1. La protection du droit à recourir à une opération de changement de sexe	41
2. La protection contre la discrimination fondée sur l'identité de genre.....	42
§ 3. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre.....	43
A. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	43
1. Le refus de reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre comme entrant dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme	44
2. Le refus de reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre comme violant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme.....	44
a) La jurisprudence de la Cour avant l'arrêt <i>Goodwin</i>	44
b) La reconnaissance d'une obligation positive des Etats dans l'arrêt <i>Goodwin c. Royaume-Uni</i>	47
B. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre en droit belge.....	49
1. La situation avant la loi de 2007 : la rectification de l'état civil par les juridictions de l'ordre judiciaire	49
2. La procédure introduite par la loi du 10 mai 2007.....	51
<i>Section 2. La protection du droit au respect de la vie familiale</i>	<i>52</i>

§ 1. La protection du droit au respect de la vie familiale dans sa dimension horizontale : le droit au mariage...	52
A. Le droit au mariage pour les couples de même sexe	53
1. L'absence de protection du droit au mariage par la Cour européenne des droits de l'Homme.....	53
a) La reconnaissance d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH pour les couples de même sexe	53
b) La marge d'appréciation inscrite dans l'article 12 de la CEDH	54
c) L'absence de violation du principe d'égalité inscrit à l'article 14 de la CEDH	55
2. La reconnaissance du droit au mariage dans les droits internes.....	56
a) L'ouverture du mariage aux couples de même sexe dans le droit interne belge et canadien.....	56
b) Le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe dans le droit interne français	58
B. Le droit au mariage pour le transsexuel.....	59
1. L'ambiguïté de la jurisprudence avant l'arrêt <i>Goodwin</i>	59
2. La protection partielle du droit au mariage pour les transsexuels par l'arrêt <i>Goodwin</i>	60
§ 2. La protection du droit au respect de la vie familiale dans sa dimension verticale : la filiation	61
A. L'orientation sexuelle et la protection de la vie familiale dans sa dimension verticale	61
1. La protection de la Convention européenne des droits de l'Homme	61
a) Les trois hypothèses de vie familiale.....	61
b) Le double fondement conventionnel du droit à la vie familiale dans sa dimension verticale	62
2. La protection du droit de fonder une famille en droit belge	64
B. L'identité de genre et la protection de la vie familiale dans sa dimension verticale.....	66
1. La reconnaissance d'une vie familiale des transsexuels par la Convention européenne des droits de l'Homme	66
a) La protection de la vie familiale.....	66
b) L'existence d'un droit à fonder une famille	68
2. La protection de la vie familiale des transsexuels en droit belge.....	68
a) Le droit de fonder une famille	68
b) Les différentes interprétations possibles des règles relatives à la filiation.....	69
CHAPITRE 3 : Les limites du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre	71
<i>Section 1. Les limites rationae materiae : la reconnaissance partielle de droit à une vie familiale.....</i>	<i>71</i>
§ 1. Le droit à une vie familiale « de fait » pour les transsexuels	71
§ 2. Le droit à la vie familiale ne protège pas l'orientation sexuelle	72
<i>Section 2. Les limites rationae personnae : la limitation de la protection de l'identité de genre à la situation des transsexuels</i>	<i>74</i>
<i>Section 3. Les limites relatives au fondement du droit : le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre n'est pas protégé comme un droit fondamental.....</i>	<i>75</i>
<i>Section 4. Les évolutions possibles du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.....</i>	<i>75</i>
§ 1. Les différentes pistes permettant au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre de devenir un droit fondamental	76

Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit fondamental ?

§ 2. La pertinence du maintien du sexe comme élément de l'état de la personne.....	78
Conclusion	80
Bibliographie	82

INTRODUCTION

Le mariage pour les couples homosexuels ? « *Et pourquoi pas des unions avec des animaux ?* ».

Cette déclaration ne date pas d'il y a 30 ans. Elle n'a pas été prononcée dans un pays éloigné où les mots « Droits de l'Homme » et « démocratie » sont tombés dans l'oubli. Elle est le fait de Brigitte Barèges, députée française UMP, dans le cadre des discussions ayant suivi le dépôt en France d'une proposition de loi permettant aux couples de même sexe de se marier.

Alors bien sûr, elle choque, elle révolte, elle fait réagir. C'est normal. Et logique puisqu'elle assimile l'homosexualité au bestial, à des pratiques sales qu'on ne peut tolérer. Et pourtant, à côté de ces propos manifestement homophobes, il y a toutes ces petites phrases a priori bénignes. On veut offrir des droits aux couples homosexuels par une union, un pacs, une cohabitation légale, mais pas par le mariage. Parce que un couple homosexuel, ce n'est pas vraiment la même chose qu'un couple « normal ». Et puis après tout, les homos ne veulent pas se marier. C'est juste une question de sexualité.

Ainsi, malgré l'évolution des mœurs qu'a connue notre société ces dernières années, certains préjugés ont la peau dure. Encore aujourd'hui, un homme se doit d'être viril et d'aimer les femmes. Et celles qui ne sont pas suffisamment féminines, avec leur « look de camionneuse » sont forcément lesbiennes. Tout cela relève de cette conviction selon laquelle l'humanité est divisée entre deux groupes totalement distincts, avec d'un côté les hommes aimant les femmes et de l'autre les femmes qui aiment les hommes. Et au milieu, il n'a rien, à part l'homosexualité. Quelle est alors la place pour les personnes qui ne se retrouvent pas au sein de cette distinction, qui souhaitent vivre avec une orientation sexuelle ou un genre qui ne soit pas celui qu'on leur a attribué à la naissance en fonction de leur sexe ?

L'objet de ce mémoire est de savoir s'il existe un droit fondamental à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. En réalité, il s'agit d'une triple question. Tout d'abord, dans l'état actuel du droit et *de lege lata*, le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre peut-il être considéré comme un droit fondamental ? Si non, devrait-il en être un ? Enfin, s'il n'existe pas un tel droit fondamental alors que cela serait souhaitable, comment utiliser les outils juridiques existant pour en consacrer un ?

Pour répondre à ces trois questions, dans un premier temps une série d'explications seront nécessaires (chapitre 1). D'abord, préciser la portée des différentes notions utilisées, comme le sexe, le genre mais aussi l'orientation sexuelle et l'identité de genre (section 1). Ensuite, présenter la cohérence du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre mais surtout préciser ses trois fondements juridiques : le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et le droit à l'égalité et à la non-discrimination (section 2).

Dans un second temps, une partie importante de ce travail consistera à déterminer la portée du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre (chapitre 2). Au niveau de la méthode, cet examen se fera d'un double point de vue : celui de notre droit belge, bien sûr, mais en ayant égard au droit international et principalement en analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont l'influence est fondamentale. Une référence au droit français ou canadien afin de comparer leurs législations internes sera également requise lorsque cela est pertinent. Au niveau du contenu, il s'agira d'abord de déterminer s'il existe un droit à ne pas subir d'ingérence dans sa vie privée au nom de son orientation sexuelle ou de son identité de genre mais aussi de voir si ce droit à la vie privée est protégé positivement contre les discriminations (section 1). La question de la reconnaissance juridique du changement de sexe fera par ailleurs l'objet d'un développement particulier. Ensuite, l'examen portera sur le droit au respect de la vie familiale (section 2). Il s'agira concrètement de répondre à deux questions : un couple composé de personnes de même sexe ou d'une personne ayant une identité de genre distincte de son sexe d'origine peut-il être protégé par le droit ? Et s'il a, ou souhaite avoir des enfants, sa vie familiale est-elle protégée ?

Enfin, nous terminerons en déterminant quelles sont les limites qui sont actuellement fixées au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, quelles sont ses évolutions possibles (chapitre 3) et dans quelle mesure celui-ci pourrait ou devrait être protégé de manière autonome.

Ce travail cible donc l'aspect juridique de la question, cela va de soi s'agissant d'un mémoire en droit. Il ne présentera pas la réalité des personnes transgenres, n'expliquera pas la longue procédure de changement de sexe, les difficultés auxquelles elles sont amenées à faire face. Il ne s'agit pas non plus de se prononcer sur le « pourquoi » ou le « comment » des différentes demandes émanant des milieux LGBTI¹ car après tout, le plus important est-ce vraiment la reconnaissance par le droit de cette orientation sexuelle ou identité de genre ? Ou tout simplement son acceptation par la société ?

Le rôle du juridique peut parfois sembler accessoire, notamment pour ce qui concerne le changement d'état civil d'un transsexuel. Et pourtant, les revendications dans ce domaine sont fortes et importantes, peut-être parce que la reconnaissance d'un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre amorce un changement des mentalités. Comme la question de l'œuf ou la poule, on peut se demander qui évolue en premier : le droit, les mœurs ou les deux simultanément. Nous allons donc examiner quelle place le droit a pris et continue à prendre dans ce travail important vers l'acceptation de la diversité des genres, Mais aussi, il faudra s'interroger sur quelle place il devrait prendre.

¹ Acronyme de Lesbienne, Gays, Bisexuels, Transgenres et Intersexes.

CHAPITRE 1 : LA DÉFINITION DU DROIT À L'ORIENTATION SEXUELLE ET À L'IDENTITÉ DE GENRE

Section 1. La définition des notions intervenant dans la détermination du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Avant de déterminer ce que les notions d'orientation sexuelle et identité de genre englobent, il convient de déterminer la portée de certains termes qui interviennent dans leurs définitions. Cette première section a donc pour vocation de préciser et différencier le mot « sexe » du mot « genre ». Nous définirons également la notion de « sexualité » et enfin celle d'état des personnes. Une fois ces quatre concepts fondamentaux expliqués, nous pourrons définir l'orientation sexuelle et l'identité de genre, ainsi que leurs composantes.

§ 1. Les notions de sexe, de genre, de sexualité et d'état de la personne

Tout d'abord, concernant le **sexe**, aucune définition n'est proposée ni par la loi ni par les conventions internationales, telle la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH). Cette dernière fait référence au mot « sexe » dans ses articles 12 et 14 (respectivement relatifs au droit au mariage et à l'interdiction de discrimination) ainsi qu'implicitement dans l'article 8 protégeant le droit à la vie privée et familiale.² Face à une telle absence dans la loi et la CEDH, c'est dans la doctrine et la jurisprudence que l'on va trouver une définition du sexe³. Pour désigner un phénomène observable dans la nature, le droit a généralement recours aux connaissances scientifiques⁴.

Notons d'abord que le mot sexe est polysémique dans la mesure où il peut viser « un organe, parfois une fonction, voire une catégorie d'individus ou de comportements. »⁵ Ensuite, il y a plusieurs manières de définir le sexe au sens large : celui-ci peut être biologique (chromosomique, gonadique ou génital), juridique, culturel⁶, social (le genre) ou encore psychologique.⁷

Il convient néanmoins de distinguer dans cette large notion le sexe biologique du genre, social. Le sexe au sens strict est donc « ce qui relève du biologique »⁸ et se « fond[e] essentiellement sur les deux critères de la morphologie et de la génétique »⁹.

² Fr. RIGAUX, « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme : une suite d'occasions manquées », *Rev. trim. D.H.*, 1998, p. 137.

³ Br. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 5.

⁴ Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 137.

⁵ Br. PY, *op. cit.*, p. 4.

⁶ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, pp. 55-56.

⁷ Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 141.

⁸ H. HIRATA « Sexe et genre », *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 191.

⁹ Br. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 6.

Parfois considéré comme étant son opposé, le **genre** relève plutôt du social¹⁰ et vise, selon l'OMS¹¹, « les rôles qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités, les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les hommes et les femmes »¹². Ainsi, énoncer que les femmes portent des jupes et se maquillent ou qu'elles ont généralement un salaire inférieur aux hommes¹³ renvoie aux catégories « hommes » et « femmes » comme constructions sociales, c'est-à-dire au genre de ces personnes. Si, généralement, le sexe et le genre d'une personne correspondent, nous aurons l'occasion de constater par la suite que ce n'est pas toujours le cas.

Quant à la **sexualité**, elle est « l'ensemble des pratiques ou des comportements sexuels accomplis aussi bien par l'individu seul que dans ses rapports avec une ou plusieurs personnes ». Alors que pendant longtemps sexualité et reproduction biologique étaient étroitement reliées au sein de l'institution du mariage, une évolution importante est intervenue ces dernières décennies. En effet, la reproduction peut à présent intervenir indépendamment de la sexualité¹⁴ (telle l'hypothèse de la procréation médicalement assistée) mais surtout, la sexualité peut de plus en plus s'opérer sans que la reproduction soit possible, que ce soit en raison de la stérilité d'un partenaire, de l'utilisation de moyens de contraception ou encore parce que le rapport sexuel a lieu entre des personnes de même sexe¹⁵.

En droit, le sexe va être déterminé à la naissance par un officier d'état civil au sein de l'acte de naissance et devenir un élément essentiel de **l'état d'une personne**. L'état permet de « [déterminer la] position juridique [de la personne] et la [distinguer] des autres membres de la société ». Les informations qu'il contient peuvent être regroupées sur trois bases : comme visant à faire connaître le statut familial, le statut civil et l' « état physiologique individuel »¹⁶. Il s'agit notamment des noms et prénoms, du sexe, de la date de naissance ou encore de la filiation¹⁷. La caractéristique fondamentale de l'état de la personne est d'être « indisponible », c'est-à-dire que l'individu ne peut en disposer ni le modifier car il est d'ordre public¹⁸.

L'état de la personne est donc rendu public à travers l'état civil, soit « l'institution qui a pour fonction de faire connaître avec précision [...] l'existence et l'évolution des événements qui affectent [la] condition juridique [de la personne] »¹⁹.

¹⁰ H. HIRATA, *op. cit.*, p. 191.

¹¹ Organisation mondiale de la Santé.

¹² D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, *op. cit.*, p. 52.

¹³ *Idem*, p. 53.

¹⁴ Au sens de l'activité sexuelle et non indépendamment d'une relation affective entre deux partenaires

¹⁵ *Idem*, pp. 60-63.

¹⁶ Br. PY, *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999, p. 5.

¹⁷ H. FRIGNET, *Le transsexualisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 103-104.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Br. PY, *op. cit.*, p. 5.

§ 2. Les notions d'orientation sexuelle et d'identité de genre

Nous pouvons maintenant définir l'orientation sexuelle et l'identité de genre. Mais avant cela, il convient d'expliquer la notion de liberté sexuelle dont l'orientation sexuelle est une composante.

A. L'orientation sexuelle

La liberté sexuelle protège le « droit d'avoir des relations sexuelles [et] de les refuser » ainsi que d'en « choisir la nature », c'est-à-dire notamment « hétéro ou homosexuelle, rétribuées [ou encore] sadomasochiste »²⁰. Elle a donc une portée large puisqu'elle permet « d'entretenir des relations avec qui nous le souhaitons et dans les conditions convenues avec notre ou nos partenaires »²¹ sans, a priori, que l'Etat puisse s'ingérer dans cette liberté.

Concernant les fondements de la liberté sexuelle, elle trouve son origine en premier lieu dans le droit à la libre disposition de soi. Bien que le fondement de ce droit soit lui-même imprécis, il pourrait ainsi relever de la dignité humaine. La liberté sexuelle relève également du droit à la vie familiale, mais dans une moindre mesure suite à la « déconnexion » qui s'opère entre le mariage et la sexualité depuis plusieurs années²². C'est aussi, et principalement, dans le droit à la vie privée, tel que protégé par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qu'on trouve le fondement du droit à la liberté sexuelle²³.

Historiquement, les limites posées à la liberté sexuelle étaient le respect des mœurs (dans un Etat qui n'était pas neutre philosophiquement), le respect de la dignité humaine et de l'égalité²⁴. Ces deux derniers éléments intervenaient par conséquent à la fois comme fondement et comme limite de cette liberté. Les trois sources de restriction citées semblent avoir néanmoins perdu de leur puissance avec le développement de l'état libéral neutre (ou laïque) fondé sur le consensualisme : à présent, c'est le consentement et de manière générale le respect des droits des autres qui semblent justifier les limitations portées à cette liberté²⁵. L'égalité reste encore pertinente dans la mesure où elle vise à protéger les droits des femmes, historiquement défavorisées, dans le cadre de relations hétérosexuelles²⁶.

S'agissant de l'effectivité de la liberté sexuelle, en raison de la nature même de la liberté en cause, elle est difficile à atteindre. De même, plus fondamentalement sa mise en œuvre semble faire l'objet d'une certaine réticence des autorités chargées de la rendre effective²⁷.

²⁰ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », *La liberté sexuelle*, *op. cit.*, p. 12.

²¹ D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle » », *op. cit.*, p. 48.

²² J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 264.

²³ D. LOCHAK, *op. cit.*, pp. 9-11.

²⁴ D. BORRILLO, D. LOCHAK, « Introduction », *La liberté sexuelle*, *op. cit.*, p. 3.

²⁵ D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle » », *op. cit.*, pp. 44-46, voy. également J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *op. cit.*, p. 267.

²⁶ *Ibidem*, pp. 46-48.

²⁷ D. LOCHAK, *op. cit.*, pp. 15-16.

Comme exemples de dimensions protégées par la liberté sexuelle, on peut citer le consentement des partenaires et sa validité (tel l'âge minimum et la capacité requise), la rémunération de l'activité sexuelle (soit la pornographie et la prostitution) mais aussi l'orientation sexuelle²⁸.

Concernant **l'orientation sexuelle**, cette dimension de la liberté sexuelle semble être celle qui connaît la plus importante effectivité puisque les droits des personnes homosexuelles sont de plus en plus reconnus par les jurisprudences internationales et nationales²⁹. Le fondement de ces décisions semble néanmoins être plus souvent le droit à l'égalité qu'un véritable droit à la liberté sexuelle. C'est en effet le plus souvent l'interdiction de discrimination (directe ou indirecte) qui est invoqué à l'appui des droits des homosexuels³⁰. L'égalité des orientations sexuelles semble bien devenir un principe à part entière à côté du principe, encore peu effectif, de la liberté sexuelle³¹.

L'orientation sexuelle est définie dans les *Principes de Jogjakarta* comme « faisant référence à la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus »³². La notion d'orientation sexuelle ne se réfère donc pas uniquement à l'homosexualité mais au « désir affectif et sexuel » en général, qui peut être tant hétérosexuel, homosexuel que bisexuel³³.

Les *Principes de Jogjakarta* ont été rédigés par un groupe d'experts à la demande de la *Commission Internationale de Juristes (CIJ)* et le *Service international pour les droits de l'homme*. Ils visent à codifier l'application du droit international des droits de l'Homme à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre sans néanmoins avoir une réelle valeur juridique³⁴.

B. L'identité de genre

L'**identité de genre** (ou identité sexuelle) vise l' « ensemble de traits de comportement, de sentiments intimes, d'affinités pour certaines choses qui caractérisent une personne et participent à ce qui fait dire que cette personne se sent plus ou moins homme ou femme »³⁵. Cette expérience de soi peut impliquer, dans la mesure où elle est librement consentie, « une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers »³⁶. L'identité de genre inclut

²⁸ R. WINTEMUTE, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », *La liberté sexuelle, op. cit.*, p. 164.

²⁹ R. WINTEMUTE, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », *op. cit.*, pp. 185-186.

³⁰ *Ibidem*, p. 165.

³¹ *Ibidem*, p. 185.

³² Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html> (27 juin 2011), p. 8.

³³ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités, op. cit.*, p. 58.

³⁴ Voy. *infra* pour la valeur juridique de ces principes.

³⁵ J. MOTMANS (dir.), *Être transgenre en Belgique : un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009, p. 30.

³⁶ CIJ, *Principes de Jogjakarta, op. cit.*, p. 8.

également les « autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »³⁷.

Cette identité de genre coïncide, pour la majorité des personnes, avec le sexe biologique. Mais lorsque ce n'est pas le cas, on se trouve face à une situation de troubles de l'identité qui peuvent prendre des formes variées. La notion de « troubles de l'identité de genre » est cependant critiquée dans le milieu LGBTI la mesure où elle évoque une pathologisation d'une simple « différence ». Ces personnes y préfèrent ainsi le terme de « diversité des genres » ou encore de « genres fluides »³⁸.

L'individu concerné par cette situation de diversité de genre est appelée **transgenre**, soit une personne « qui ne s'identifie pas complètement au rôle social culturellement assigné à son sexe, sans se croire pour autant atteinte d'un 'trouble d'identité de genre' ou d'un syndrome, et qui se libère de toute croyance en des rôles sexués naturels et intangibles »³⁹. Concrètement, cette notion recouvre tant le travestissement, le transgendérisme que le transsexualisme.

Le **transsexualisme** est probablement la composante de l'identité de genre pour laquelle on trouve le plus de littérature. Chaque article de doctrine consacré à ce sujet propose sa propre définition du transsexualisme et on en trouve également une définition au sein de la loi belge de 2007 qui lui est consacré⁴⁰. Une relative constance ressort de ces différentes définitions : le transsexualisme est le fait pour une personne d'avoir un sentiment, une conviction intime, profonde, irréversible et inébranlable d'appartenir au sexe opposé, c'est-à-dire que son sexe psychologique ne correspond pas à son sexe biologique. De plus, généralement, le transsexuel a le souhait de changer son sexe médicalement et que cette modification soit reconnue juridiquement dans les registres de l'état civil⁴¹. Notons que le terme « dysphorie du genre » est également souvent employé pour désigner cette incompatibilité entre sexe et genre,⁴² bien que lui aussi critiqué comme pathologisant.

Le **travestissement** ne pose pas de problème de définition, il s'agit tout simplement du « désir de porter des vêtements de l'autre sexe »⁴³. Cette transformation peut être provisoire ou permanente⁴⁴, mais fondamentalement, le sexe biologique n'est pas nécessairement différent de l'identité de genre de la personne.

³⁷ *Idem*

³⁸ J. MOTMANS, *op. cit.*, p. 25. Voy. également le site de l'ASBL Genres Pluriels <http://www.genrespluriels.be/-GenreS-fluideS-Transgenres-.html> (20 juill. 2011).

³⁹ J. MOTMANS, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰ Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juill. 2007, p. 37823.

⁴¹ Voy. notamment J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 22. ; art. 62bis, §1 C. Civ. ; G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *La libre disposition de son corps, op. cit.*, 2009, p. 293 et D. BORRILLO, *Le droit des sexualités, op. cit.*, pp. 55-56.

⁴² J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 30 et D. BORRILLO, *Le droit des sexualités, op. cit.*, p. 55-56.

⁴³ J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 31.

Enfin, ce que le domaine médical appelle le **transgendérisme**⁴⁵ est moins connu que le transsexualisme et le travestissement. Il vise en réalité deux significations différentes. D'une part, il s'agit du « sentiment d'être autant homme que femme ou ni homme ni femme [ou] tantôt homme, tantôt femme ». Ce sentiment s'accompagne parfois d'une transformation physique, pouvant être partielle. C'est donc d'une situation, à la différence du transsexualisme, qui est « partiel[le], ambivalent[e] et non permanent[e] ». D'autre part, le transgendérisme vise également le « stade intermédiaire (prolongé) vers la transformation sexuelle complète, [...] sans vouloir (de prime abord) subir un changement complet [du] sexe ». Les raisons pour laquelle ces personnes n'ont pas recours à une transformation complète peuvent être multiples, telle la situation familiale ou professionnelle du transgendériste⁴⁶. Il s'agit donc ainsi notamment des personnes ayant le sentiment d'appartenir à l'autre genre mais sans vouloir subir de conversion sexuelle, estimant que l'élément psychologique et social est déterminant⁴⁷.

Ces personnes que nous appellerons « intergenres » revendiquent une diversité de genres et remettent fondamentalement en cause l'imposition qui leur est faite par la société d'appartenir à l'un ou l'autre sexe⁴⁸. Ils contestent « genre binaire obligatoire » en combinant parfois de manière temporaire « les caractéristiques publiques de la masculinité et de la féminité » sans nécessairement subir une conversion sexuelle⁴⁹.

Pour terminer cette section, une précision s'impose par rapport au terme d' « identité de genre » par rapport à celui, plus connu, d' « identité sexuelle ».

Depuis l'année 2000, le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux* (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM), 4^e édition, a recours au terme de « trouble de l'identité de genre » et non plus d'identité sexuelle⁵⁰, bien que ces termes soient a priori synonymes. Cependant, comme nous le verrons dans la section suivante, certaines personnes envisagent l'identité sexuelle comme englobant l'orientation sexuelle.

Section 2.L'ambivalence du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : un droit cohérent aux fondements multiples

Après avoir défini l'orientation sexuelle et l'identité de genre, il convient de déterminer dans un premier paragraphe ce qui relie ces deux notions, justifiant qu'elles soient étudiées conjointement et qu'on puisse parler d'un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre cohérent. Le second

⁴⁵ A ce terme issu du milieu médical est souvent préféré celui d' « intergenre ».

⁴⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁴⁷ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, pp. 85-86.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 29.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 23.

paragraphe de cette section va préciser le triple fondement juridique de ce droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.

§ 1. La cohérence de droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Parler d'un « droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre » (et non pas de deux droits distincts, le droit à l'orientation sexuelle et le droit à l'identité de genre) induit que ces deux notions, définies séparément dans la précédente section, sont liées entre elles de manière telle qu'il existe bel et bien un seul et unique droit (bien qu'ayant des composantes et des fondements multiples).

Il convient à présent de mettre en avant ce qui relie orientation sexuelle et identité de genre.

Pour Jean-Michel Larralde, la notion d'identité sexuelle est ce qui allie l'identité de genre et, plus largement, la sexualité libre. Ainsi, il estime que la « recherche de protection de l'identité sexuelle [par la Cour européenne des droits de l'homme] emprunte deux voies spécifiques » : la non condamnation des « choix opérés par tout individu dans le domaine de sa sexualité » et la « protection des personnes rassemblées sous le vocable générique des 'transsexuel/les' »⁵¹. Daniel Borrillo semble également comprendre de la même manière la notion d'identité sexuelle lorsqu'il énonce que « l'homophobie apparaît [...] comme un élément constitutif de l'identité sexuelle qui s'attaque non seulement aux gays et lesbiennes, mais également à tout individu qui ne se conforme pas aux normes propres au genre ».

Identité de genre et orientation sexuelle ont en commun tout d'abord de distinguer la sexualité de la fonction de reproduction biologique. Ensuite, ils mettent en avant la construction sociale du genre, le fait qu'à cette division sexuée soit associée une attribution sociale : d'une part un genre, soit une « nature essentiellement masculine ou féminine »⁵² et d'autre part une orientation sexuelle, hétérosexuelle. Pour les défenseurs d'une « diversité de genres », ce faisant les différentialistes « [enracinent] la différence des sexes » non seulement dans le biologique mais aussi dans le culturel⁵³. Ensuite, ils illustrent tous les deux la déconnexion qui s'opère entre la sexualité et la reproduction biologique⁵⁴.

Enfin, dans une certaine mesure, ils en commun d'être des concepts relatifs, ils remettent en question, la « summa divisio », la croyance développée par les différentialistes en « l'existence exclusive de deux sexes »⁵⁵, que ces catégories (homme, femme, mais aussi homosexuel, hétérosexuel) constituent des « groupes étanches »⁵⁶. Il existe en effet, tant pour la distinction entre homme et femme, qu'entre

⁵¹ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. D.H.*, 2006, p. 38

⁵² D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, *op. cit.*, p. 74.

⁵³ *Ibidem*, p. 76.

⁵⁴ *Voy. supra* sur la notion de sexualité.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁶ Fr. RIGAUX, *op. cit.*, p. 138.

hétérosexuel et homosexuel une multiplicité de personnes qui se situent, d'une manière plus ou moins importante sur une échelle située entre les deux pôles⁵⁷.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'identité sexuelle est aussi parfois utilisée comme synonyme d'identité de genre. Il est également parfois fait référence à la notion d'identité sexuelle comme visant à « définir subjectivement la personnalité gay ou lesbienne »⁵⁸. Quant à J.-M. Larralde, que nous citons précédemment, son utilisation du terme d'identité sexuelle semble confuse dans la mesure où il utilise indifféremment les termes, pourtant différents, d' « identité sexuelle », « vie sexuelle » et « liberté sexuelle ».⁵⁹

Face à cette confusion terminologique, le choix de « droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre » semble celui permettant une plus grande clarté. C'est d'ailleurs les termes retenus par les *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre* (c'est-à-dire les *Principes de Jogjakarta*).

Quant au terme d' « identité sexuelle », la compréhension qui semble porter le moins à confusion est celle utilisée par le domaine médical préalablement à l'identité de genre, c'est-à-dire comme visant dans un sens assez strict les hypothèses de dysphorie de genre.

Par conséquent, on peut à présent définir le droit à l'orientation sexuelle et l'identité de genre comme le droit de pouvoir librement choisir son orientation sexuelle, sans que celle-ci ne soit conditionnée par le sexe mais uniquement par le désir affectif qu'on porte à l'autre et d'avoir une identité de genre librement déterminée, quelque soit son sexe biologique. On peut cibler une série de droits précis qui pourraient être revendiqués par ces personnes qu'on qualifie d'homosexuels ou de transsexuels⁶⁰. Ces différents droits sont donc les composantes d'un droit plus général : le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Cela serait l'objet du chapitre 2.

§ 2. Les fondements du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Trois grands droits sont invoqués à l'appui des revendications fondées sur le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, souvent en combinaison les uns avec les autres. Il s'agit du droit au respect de la vie, le droit au respect de la vie familiale et le droit à l'égalité et à la non-discrimination.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 59.

⁵⁹ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *op. cit.*, pp. 35-54.

⁶⁰ Le terme « transsexuel » est de plus en plus critiqué parce qu'il impliquerait un désordre de type pathologique. Son utilisation dans ce mémoire ne signifie pas qu'il est pour l'auteur adapté. Elle est due à son utilisation exclusive encore actuellement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et dans le droit belge, pour parler de la situation très particulière de ces personnes qui désirent changer de sexe. Il en est de même s'agissant des expressions « changement de sexe » ou encore « conversion sexuelle ». Pour plus d'informations sur la différence de vocabulaire et les implications de celui-ci, voy. <http://www.genrespluriels.be/-GenreS-fluideS-Transgenres-.html> (21 juill. 2011).

A. Le droit au respect de la vie privée

Il convient en premier lieu d'examiner le droit au respect de la vie privée qui, grâce à une interprétation dynamique des juridictions internationales, bénéficie d'un large champ d'application.

1. Les sources du droit au respect de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée est protégé par une série de dispositions qui interagissent.

a) Les sources présentes dans le droit interne et dans le droit international

Le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental protégé tant par le droit interne que par un nombre important de dispositions internationales.

Tout d'abord, ce droit est protégé dans la Constitution belge par l'article 22⁶¹.

La Constitution belge n'a néanmoins pas toujours protégé le droit à la vie privée⁶². Ce n'est en effet qu'à partir de 1994 que cette disposition fondamentale a été intégrée via un nouvel article 24^{quater} dans la Constitution⁶³.

Une série de dispositions constitutionnelles protègent également de manière plus spécifique différentes composantes de ce droit, tel le droit à l'inviolabilité du domicile ou au secret des correspondances, déjà présents dans le texte constitutionnel au moment de son élaboration en 1831⁶⁴.

En droit international, la vie privée est protégée dans une série d'instruments internationaux. Parmi ceux-ci, se trouve bien évidemment la Convention européenne des droits de l'Homme⁶⁵ (CEDH) et son article 8⁶⁶.

Ce droit est également protégé par les instruments ONUsiens, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'Homme⁶⁷ (art. 12) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁸ (art. 17), par une disposition par ailleurs identique aux deux textes⁶⁹.

Enfin, le droit au respect de la vie privée est depuis 2000 protégé par le droit européen et plus particulièrement par l'article 7⁷⁰ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷¹.

⁶¹ « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit. »

⁶² M. VAN OVERSTRAETEN, « Article 22 », *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 75-77.

⁶³ M. VERDUSSEN, Ann. NOEL, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1993, pp. 127-143.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁶⁵ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 23 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

⁶⁶ Art. 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

⁶⁷ Déclaration Universelles des droits de l'homme du 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949.

⁶⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New-York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983.

⁶⁹ « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

b) L'interaction entre les sources internes et internationales

La protection du droit au respect de la vie privée est donc présente tant au niveau constitutionnel que dans les instruments internationaux de droits fondamentaux. Il ne s'agit pas pour autant d'un double niveau de protection vu l'importante interaction existant entre ces dispositions.

D'une part, l'article 22 de la Constitution a été adopté par le pouvoir constituant non seulement pour être en conformité avec des différents traités internationaux consacrés aux droits de l'Homme⁷² mais en plus le constituant s'est inspiré du texte de l'article 8 de la CEDH⁷³. D'autre part, la Cour d'arbitrage a rapproché dans une série de ses décisions ces deux sources en énonçant à partir de 2004 que les dispositions de la Constitution et les dispositions conventionnelles constituent un « ensemble indissociable », dans la mesure où, pour interpréter une disposition constitutionnelle « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »⁷⁴. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme doit également être prise en compte pour l'interprétation des droits et libertés protégés par la Constitution belge⁷⁵. Cette méthode est également utilisée par la section d'avis du Conseil d'Etat qui fait référence aux articles de la CEDH et à la jurisprudence de sa Cour dans l'examen de la constitutionnalité des projets de loi⁷⁶.

2. La notion de droit au respect de la vie privée

Définir la vie privée n'est pas chose aisée. Il s'agit d'une notion large, dont les éléments constitutifs peuvent difficilement être listés de manière exhaustive, notamment parce qu'elle est intrinsèquement évolutive, amenée à être appréciée avec les valeurs de la société. Le droit au respect de la vie privée souffre donc d'une certaine indétermination, tant au niveau de l'interprétation qui en est faite par les juridictions de protection des droits fondamentaux, et principalement la Cour européenne des droits de l'Homme, qu'au niveau interne⁷⁷.

a) L'évolution de la notion de droit au respect de la vie privée

A l'origine, le droit au respect de la vie privée tel qu'il était consacré en 1950 par la CEDH visait uniquement la protection de l'intimité de l'individu contre les ingérences dans sa sphère privée.⁷⁸

⁷⁰ « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. »

⁷¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000, *J.O.C.E.*, C. 364/1, 18 déc. 2000.

⁷² M. VAN OVERSTRAETEN, « Article 22 », *op. cit.*, pp. 75-77.

⁷³ M. VERDUSSEN, *Ann. NOEL*, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁴ Voy. e.a. C. Const., 22 juil. 2004, n°136/04, <http://www.const-court.be/> (3 août 2011), B.5.3. à B.5.4. ou C. Const., 20 oct. 2004, n°158/04, <http://www.const-court.be/> (3 août 2011), B.5.2.

⁷⁵ S. DEPRÉ et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 99.

⁷⁶ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, pp. 32-34.

⁷⁷ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 11-12.

⁷⁸ Ol. DE SCHUTTER, « Fonction de juger et nouveaux aspect de la vie privée : la notion de « pleine reconnaissance », *Homosexualités et droit*, Paris, PUF, 1998, p. 64 et Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 12-13.

La portée de cette notion a fortement évolué en soixante ans. D'une part, la protection de cette sphère intime contre les immixtions arbitraires s'est renforcée mais surtout, la conception de la vie privée s'est étendue pour intégrer un pan important du droit des individus : le droit à une autonomie personnelle.

A ce jour, la vie privée vise donc également la manifestation de l'identité profonde de l'individu dans la sphère publique. Cela signifie que le champ de la protection s'est propagé au-delà de la simple sphère privée, permettant de rendre public certains aspects de la personnalité⁷⁹, mais aussi que le contenu-même de la vie privée s'est développé pour inclure ce que Frédéric Sudre appelle la « vie privée sociale », soit le développement de soi dans ses relations avec l'autre, l'accomplissement de sa propre personnalité. Bref, un véritable droit à l'autodétermination⁸⁰.

La vie privée vise donc actuellement à protéger l'individu contre les « immixtions dans sa sphère d'intimité » par les autorités publiques et à garantir le droit de l'individu d'entretenir des relations avec les autres, à son autonomie personnelle⁸¹, c'est-à-dire à s'autodéterminer⁸².

Suite à cette évolution de la notion de vie privée, il existe des importantes interactions entre ce droit et le droit à la vie familiale, protégé au sein des mêmes dispositions. La distinction entre les deux est devenue de moins en moins évidente au point que la Cour européenne des droits de l'Homme semble elle-même s'emmêler les pinceaux et utiliser, pour une même situation soit le droit au respect de la vie privée, soit le droit au respect de la vie familiale, soit purement et simplement le droit à la vie privée et familiale⁸³.

Notons que le droit au respect de la vie privée interagit également avec l'article 14 protégeant le principe de l'interdiction de discrimination en raison du caractère non-autonome de cet article 14. La Cour européenne des droits de l'Homme va ainsi pouvoir appliquer dans certaines hypothèses l'article 14 parce qu'il entre dans le domaine du droit au respect de la vie privée (sans pour autant le violer), ce rattachement est néanmoins actuellement interprété avec beaucoup de souplesse⁸⁴.

b) Les limites du droit au respect de la vie privée

Tous les comportements ne sont pas protégés par le droit au respect de la vie privée, soit parce qu'ils n'entrent pas dans le champ d'application de ce droit, soit parce que, bien que relevant du droit au respect de la vie privée, leur violation est considérée comme justifiée. En effet, le droit au respect de la vie privée n'est pas un droit absolu. Tant la Constitution que les instruments internationaux prévoient dans un second paragraphe que des ingérences sont possibles à condition, donc, d'être justifiées. Pour

⁷⁹ Ol. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁸⁰ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 17-19.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 17-19.

⁸² D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », *La liberté sexuelle, op. cit.*, p. 12.

⁸³ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 17-19.

⁸⁴ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 24-25.

ce qui concerne l'article 8 de la CEDH, le test de la justification en trois étapes est commun aux articles 8 à 11. En premier l'ingérence doit être prévue par la loi, en deuxième elle doit poursuivre un but légitime énuméré dans le paragraphe second de l'article en cause et, enfin, elle doit être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire répondre à l'exigence de proportionnalité au sens large⁸⁵, soit remplir une double exigence de nécessité (répondre à un besoin social impérieux) et de proportionnalité (que les motifs soient pertinents et suffisants)⁸⁶.

Quant au niveau constitutionnel belge, il est également admis que l'on puisse limiter un droit fondamental si cela est fait par une loi ayant un « degré suffisant de précision » et que cela repose sur une « justification raisonnable », ce qui implique le respect du principe de proportionnalité⁸⁷.

Les objectifs invoqués pour appuyer des limitations au droit au respect de la vie privée sont généralement la protection des droits d'autrui. Cependant, l'évolution récente vers un renforcement du droit au respect de la privée a pour conséquence que ces ingérences doivent être le plus réduites possible⁸⁸ et strictement justifiées. Ainsi, tant l'Etat que la juridiction chargée d'évaluer la justification de l'atteinte doit éviter de tomber dans des considérations relevant de la morale sexuelle⁸⁹.

3. Les méthodes interprétatives de la Cour européenne des droits de l'Homme : l'interprétation consensuelle et les obligations positives

Le droit au respect de la vie privée impose à l'Etat l'obligation de respecter ce droit en s'abstenant de s'immiscer dans la vie privée des individus, soit « s'abstenir de commettre des ingérences directes »⁹⁰. Cependant, l'interprétation dynamique des droits opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme a également permis de mettre à jour un certain nombre d'obligations positives à charge de l'Etat membre. L'obligation de reconnaître juridiquement le changement de sexe des transsexuels, telle que dégagée par l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*⁹¹ en est un exemple⁹².

Le recours aux obligations positives vise à garantir l'effectivité du droit au respect de la vie privée. La décision de dégager une telle obligation de l'article 8 de la CEDH relève rarement de la méthode consensuelle d'interprétation de la Convention.

Cette méthode, découlant du principe de subsidiarité, consiste à dégager des droits internes des Etats membres un consensus, d'un « dénominateur commun ». Dans l'hypothèse où un tel consensus ne peut

⁸⁵ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, pp. 568-569.

⁸⁶ Voy. notamment le raisonnement de la Cour dans *Cour eur. D.H.*, 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. R.-U.*, n°33985/96 et 33985/96, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011), §87.

⁸⁷ M. VERDUSSEN, « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista catalana de dret públic*, 2005, p. 191.

⁸⁸ J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *op. cit.*, p. 266.

⁸⁹ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *op. cit.*, p. 49.

⁹⁰ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 569.

⁹¹ A propos de cet arrêt, voy. *infra*

⁹² Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 27-28.

se déduire des systèmes juridiques internes, la Cour va accorder une marge d'appréciation aux Etats membres, plus ou moins importante, pour traiter de la problématique⁹³. Le recours aux obligations positives, au contraire, réduit la marge d'appréciation accordée aux Etats et relève donc plutôt d'un pouvoir discrétionnaire de la Cour⁹⁴.

Concernant le droit au respect de la vie privée comme le droit au respect de la vie familiale, la Cour européenne des droits de l'Homme a généralement recours aux obligations positives au stade de la détermination du champ d'application, tandis que la méthode consensuelle est plutôt réservée à la détermination du caractère « raisonnable » de la violation, c'est-à-dire au stade de la justification ou, selon Frederic Sudre, lorsque la Cour souhaite freiner le développement du droit⁹⁵.

4. Le droit au respect de la vie privée comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Dès 1979, la Commission européenne des droits de l'Homme a considéré dans l'arrêt *Van Oosterwijk c. Belgique*⁹⁶ que le refus de reconnaissance juridique du changement de sexe d'un transsexuel violait les articles 8 et 14 de la CEDH. A l'époque, c'était parce que la requérante devait révéler à des tiers des « éléments considérés comme particulièrement intimes pour expliquer la discordance entre [son] apparence physique et [ses] documents d'identité »⁹⁷. Cependant, il a fallu que la notion de droit au respect de la vie privée s'étende au droit à s'autodéterminer pour que l'orientation sexuelle et l'identité de genre puissent réellement être considérées comme entrant dans le champ d'application de l'article 8 de la CEDH.

Actuellement, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a plus de problème à considérer⁹⁸ que l'orientation sexuelle est non seulement une composante mais même « un aspect des plus intimes de la vie privée »⁹⁹. Il en est de même pour l'identité de genre. Le transsexualisme étant fondé sur la notion d'autonomie personnelle¹⁰⁰, tant le traitement de réassignation sexuelle que la reconnaissance juridique entrent dans la notion d'autonomie personnelle et ainsi dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée¹⁰¹.

⁹³ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 569-570.

⁹⁴ *Idem*, p. 25.

⁹⁵ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 37-45.

⁹⁶ Comm. eur. D.H., 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijk c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

⁹⁷ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 10-11.

⁹⁸ J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011), §52.

¹⁰⁰ G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *op. cit.*, p. 304.

¹⁰¹ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *De rechtspositie van de transseksueel : commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 38-40; 46-47

B. Le droit au respect de la vie familiale

Il existe une série de revendications liées au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre qui se fondent sur le droit au respect de la vie familiale, même si elles sont moins nombreuses que celles liées au droit au respect de la vie privée. Ce droit au respect de la vie familiale a plusieurs points communs avec le droit au respect de la vie privée : leur champ d'application s'est fortement élargi ces dernières décennies et ils sont de plus en plus des sources d'obligations positives à charge des Etats.

1. Les sources du droit au respect de la vie familiale

Le droit au respect de la vie familiale est protégé au sein des mêmes dispositions que celles protégeant le droit au respect de la vie privée. Il s'agit ainsi de l'article 22 de la Constitution, de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ou encore de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il existe néanmoins une série de dispositions protégeant certains aspects spécifiques de la vie familiale. D'une part, il s'agit de la protection de la vie familiale par des instruments internationaux ou communautaires vis-à-vis de certaines personnes particulières¹⁰², telle de la vie familiale du travailleur migrant¹⁰³, du demandeur d'asile¹⁰⁴ ou encore celle de l'enfant¹⁰⁵.

D'autre part, une série de dispositions protègent un aspect particulier de la vie familiale : le droit au mariage. Il s'agit notamment au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme de l'article 12¹⁰⁶. Dans les instruments ONUsiens, ce droit au mariage est également spécifiquement protégé, notamment par l'article 23, §2¹⁰⁷ du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Il est également inscrit à l'article 9¹⁰⁸ de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Notons qu'à la différence de l'article 12 de la CEDH ou de l'article 23 du PIDCP, le texte de l'Union européenne ne fait pas référence à une altérité de sexe. Cependant, tous renvoient aux lois nationales le soin de réglementer ce droit au mariage¹⁰⁹.

En plus du droit au mariage, il existe des dispositions protégeant l'égalité entre époux, tel l'article 5 du Protocole 7 de la CEDH ou l'article 23, §4 du PIDCP.

¹⁰² H. LABAYLE, « La diversité des sources du droit à une vie familiale », *Le droit à une vie familiale*, Paris, Deloz, 2007, pp. 3-8.

¹⁰³ Il s'agit notamment de la Charte Sociale Européenne ou encore la Convention européenne de 1977 relative au statut juridique du travailleur migrant ou de manière plus générale par les règles relatives au regroupement familial

¹⁰⁴ Via la Convention internationale relative au Statut des Réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, approuvée par la loi du 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953 (Convention de Genève).

¹⁰⁵ Via la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, adoptée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.

¹⁰⁶ « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

¹⁰⁷ « Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. »

¹⁰⁸ « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice. »

¹⁰⁹ H. LABAYLE, « La diversité des sources du droit à une vie familiale », *op. cit.*, pp. 8-9.

Concernant le rapport entre les articles 8 et 12 de la CEDH et l'article 5 du Protocole 7, le premier est a priori considéré comme une *lex generalis* alors que les deux autres sont une *lex specialis*. Pour Frédéric Sudre, cette classification est néanmoins devenue incertaine au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹⁰.

2. La notion de droit au respect de la vie familiale

Si le fait de considérer l'article 12 de la CEDH comme une *lex specialis* ne suffit plus à le différencier avec suffisamment de clarté de l'article 8, leur contenu est néanmoins différent. Cela se vérifie particulièrement avec l'évolution qu'a connue la notion de droit au respect de la vie familiale. Nous allons à présent présenter cette notion et son évolution. Nous ne reviendrons pas sur la manière par laquelle l'Etat peut s'ingérer dans ce droit, les différentes étapes du test de justification étant identiques que pour le respect du droit à la vie privée.

Tout comme pour la notion de « sexe », il n'existe pas de définition de la famille au sein des lois ou conventions internationales, d'autant qu'il est difficile de cerner les contours de cette notion¹¹¹.

Au moment de l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'Homme en 1950, la notion de droit au respect de la vie familiale tel qu'inscrit dans l'article 8 devait être interprétée au regard de l'article 12 protégeant le droit de se marier et de fonder une famille. La famille était donc entendue au sens traditionnel, fondée sur le mariage¹¹², bien que l'article 8 n'avait pas vocation à protéger l'institution de la famille en tant que telle mais un droit individuel à ce que sa propre vie familiale soit protégée, comme élément de la sphère d'intimité. C'est pourquoi vie privée et vie familiale sont encore actuellement protégées au sein des mêmes dispositions¹¹³.

La notion de vie familiale a elle aussi fortement évolué depuis 1950. Cette évolution est double.

D'une part, elle s'est distancée de l'article 12 pour ne plus être exclusivement fondée sur le mariage. La vie familiale recouvre ainsi toute une série de situations de fait diverses¹¹⁴, prenant également en compte des liens sentimentaux et affectifs¹¹⁵. D'autre part, alors qu'ils sont protégés au sein d'un même article 12, le droit au mariage et le droit de fonder une famille sont devenus deux droits distincts.¹¹⁶

¹¹⁰ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 31-32.

¹¹¹ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, pp. 503-504.

¹¹² A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 505.

¹¹³ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 11-13.

¹¹⁴ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 570.

¹¹⁵ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 505.

¹¹⁶ T. GROUPI, « La nouvelle famille », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, p. 551.

Cette évolution est le fruit d'une interprétation dynamique et évolutive opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme de la CEDH comme « instrument vivant ». Celle-ci n'a pas été réalisée via une interprétation consensuelle, fondée sur l'évolution des droits internes, mais plutôt en raison de la volonté de la Cour de donner une effectivité au droit à la vie familiale¹¹⁷.

Par conséquent, la vie familiale est à présent un concept large¹¹⁸, qui recouvre une grande diversité de situations. Anne Leborgne définit ainsi la famille comme un « regroupement de personnes unies ou non par des liens de filiations et d'alliance et qui partage (une communauté de vie et) des intérêts communs »¹¹⁹.

Actuellement, pour déterminer s'il existe une vie familiale, deux conditions semblent requises : il faut une « relation de fait de nature bilatérale caractéristique d'un lien constitutif d'une vie familiale »¹²⁰.

Premièrement, il doit y avoir un lien, une « relation de fait de nature bilatérale ». Cette relation peut viser tant les liens horizontaux (le couple) que verticaux (la relation parent-enfant). Concernant le couple, la vie familiale protège non seulement le couple marié mais également le couple hétérosexuel faisant l'objet d'un partenariat enregistré, voire le couple hétérosexuel de fait. Quant aux relations à l'égard des enfants, la Cour ne fait plus de distinction entre les enfants « légitimes », « naturels » ou « adultérins »¹²¹.

En second, le lien entre les personnes doit être suffisamment intense pour que l'on puisse parler d'une vie familiale. Il s'agit pour la Cour de vérifier l'effectivité de celle-ci¹²². Concernant la vie familiale entre parent et enfant, il convient de noter que l'effectivité semble déterminante¹²³.

Une série de situations vont facilement être présumées remplir cette double exigence. Il s'agit notamment du couple marié, probablement les couples hétérosexuels faisant l'objet d'un partenariat enregistré, les enfants issus de ces couples ainsi que de manière générale la relation mère-enfant. Dans les autres hypothèses, les choses seront moins évidentes et devront faire l'objet d'une évaluation concrète, sur base de la situation factuelle, tel le couple hétérosexuel de fait¹²⁴.

3. Le droit au respect de la vie familiale comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

¹¹⁷ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 15-16.

¹¹⁸ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 570.

¹¹⁹ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 505.

¹²⁰ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 18.

¹²¹ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 19.

¹²² Fr. SUDRE, Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹²³ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, pp. 168-175

¹²⁴ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 570-572.

Le respect du droit à la vie familiale fait l'objet de revendications de la part des couples homosexuels ou des couples dont l'un des partenaires a suivi un traitement de conversion sexuelle concernant tant la reconnaissance et la protection par le droit de leur couple que celle de leur filiation¹²⁵.

Plus particulièrement, trois types de questions en lien avec le droit au respect de la vie familiale interviennent. En premier lieu, il s'agit de savoir si le droit au mariage protège ces couples. En deuxième lieu, ceux-ci ne pouvant a priori pas avoir d'enfants par la voie biologique traditionnelle, il convient de voir si le droit au respect de la vie familiale s'applique lorsqu'il y a néanmoins la présence d'enfants (via le recours à la procréation médicalement assistée par exemple). En dernier lieu, il s'agit de déterminer si le droit au respect de la vie familiale protège le désir de fonder une famille et ouvre ainsi un droit à l'adoption pour ces couples.

Comme nous l'étudierons par la suite, le droit au respect de la vie familiale est de mieux en mieux garanti à l'égard des individus revendiquant un droit à l'identité de genre. Il n'en est cependant pas de même à l'égard des couples homosexuels.

Enfin, il faut souligner que concernant l'interprétation dynamique faite par la Cour européenne des droits de l'Homme du droit à la vie familiale, la thématique de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre semble particulièrement représentative des deux voies possibles qui s'offrent à la Cour : la décision d'avoir recours à l'interprétation consensuelle et celle de dégager des obligations positives à l'égard des Etats membres. S'agissant de la vie familiale de ces personnes, la Cour a souvent utilisé l'interprétation consensuelle dans la détermination du champ d'application de la vie familiale uniquement lorsqu'elle désirait en freiner le développement¹²⁶.

C. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination

A côté du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, un autre droit fondamental considéré comme une source très importante du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre est le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination. Il est rarement invoqué de manière isolée mais avec l'appui des deux premiers droits.

1. Les sources du droit à l'égalité et à la non-discrimination

Tout d'abord, au niveau national, le droit à l'égalité et à la non-discrimination est protégé dans la Constitution belge par les articles 10 et 11. L'article 10, présent depuis toujours dans le texte constitutionnel, protège l'égalité *devant* mais aussi *dans* la loi¹²⁷ tandis que l'article 11 protège les

¹²⁵ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 506. Voy. également J. MOTMANS (dir.), *op. cit.*, p. 25

¹²⁶ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, pp. 37-45.

¹²⁷ Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Article 10 », *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, *op. cit.*, pp. 47-50.

individus contre la discrimination à l'égard de tous les droits et toutes les libertés reconnues aux belges¹²⁸.

Au niveau international, ce droit est protégé dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques par l'article 26¹²⁹. La protection offerte par cet instrument est renforcée par la mise en place d'un organe au niveau des Nations Unis, le Comité des droits de l'homme qui fait une interprétation « très constructive » de cet article 26¹³⁰.

Le droit à l'égalité et à la non-discrimination est également protégé à l'échelon européen.

Au niveau communautaire, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protège ce droit à l'égalité au sein de son chapitre 3. Plus spécifiquement, l'article 20 protège l'égalité en droit¹³¹, l'article 21 prohibe la discrimination¹³² tandis que l'article 23 protège l'égalité entre hommes et femmes¹³³.

Enfin, au niveau du Conseil de l'Europe, la Convention européenne des droits de l'Homme garantit ce droit au sein de son article 14. Cependant, celui-ci n'a pas une portée autonome : pour pouvoir être invoqué, il doit être combiné avec un autre droit protégé par la Convention ou un de ses protocoles additionnels. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait violation de cet autre droit (sous peine de quoi, le recours à l'article 14 serait inutile) mais uniquement que la requête « tombe sous l'emprise de l'une au moins des dispositions de la Convention »¹³⁴, « se rattache à l'exercice d'un droit garanti »¹³⁵.

Ce lien avec les autres dispositions de la Convention est devenu de plus en plus faible au point d'être devenu de l'ordre de la « justification formelle »¹³⁶. Par ailleurs, le droit à l'égalité et à la non-discrimination a acquis une portée autonome à travers l'article 1¹³⁷ du Protocole n°12¹³⁸. A la

¹²⁸ Fr. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Article 11 », *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹²⁹ Art. 26 : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. »

¹³⁰ Fr. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : Un exercice de « jurisprudence fiction »? », *Rev. trim. D.H.*, 2003, p. 769.

¹³¹ Art. 20 : « Toutes les personnes sont égales en droit. »

¹³² Art. 21, §1 : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

¹³³ Art. 23 : « L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté. »

¹³⁴ Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §27.

¹³⁵ Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §31.

¹³⁶ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 24-25.

¹³⁷ Art. 1 : « 1 La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2 Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

¹³⁸ Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé à Rome le 4 novembre 2000, <http://conventions.coe.int/>.

différence de l'article 14, celui-ci énonce une « interdiction générale de discrimination »¹³⁹ qui n'est pas limitée aux droits protégés par la Convention mais s'étend à « [tous les droits] individuel[s] reconnu[s] par la loi »¹⁴⁰. Cependant, ce protocole, entré en vigueur en 2005, n'a été ratifié que par dix-huit Etats membres, dont la Belgique ne fait pas partie¹⁴¹.

2. La notion de droit à l'égalité et à la non discrimination

Le principe d'**égalité** tel qu'il est reconnu tant constitutionnellement que par le droit international protège l'individu aussi bien *devant* la loi (c'est-à-dire au moment de son application par les autorités publiques) que *dans* la loi, soit le principe de « l'égalité de protection de la loi »¹⁴². L'égalité impose donc à ceux qui appliquent et à ceux qui élaborent la loi de le faire sans discrimination vis-à-vis de certaines catégories de personnes.

Pour le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies¹⁴³, est une **discrimination** « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴⁴.

a) Les trois composantes de la définition de la discrimination

Pour déterminer s'il existe une discrimination, trois étapes successives doit être suivies.

Premièrement, il faut une **différence de traitement**. A cet égard, la CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme font référence à une « distinction », mais il peut également s'agir, comme l'énonce le rapport du Comité des droits de l'Homme précédemment cité, d'une « exclusion, restriction ou préférence ».

Rappelons que pour les requêtes déposées devant la Cour européenne des droits de l'Homme, fondées sur l'article 14 de la Convention, il faut par ailleurs que le droit à l'égalité soit invoqué de concert avec un autre droit garanti par la Convention (ou un des ses protocoles), même si le lien opéré avec ce droit doit être interprété avec de plus en plus de souplesse¹⁴⁵. Cette exigence n'est pas requise lorsqu'il

¹³⁹ Fr. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : Un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op. cit.*, p. 757.

¹⁴⁰ Fr. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : Un exercice de « jurisprudence fiction »? », *op. cit.*, p. 770.

¹⁴¹ Pour voir l'état des ratifications de ce Protocole n°12 :

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=18/07/2011&CL=FRE> (18 juill. 2011)

¹⁴² Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Guide Pratique n°4*, 2009, <http://www.icj.org> (3 août 2011), p. 27.

¹⁴³ Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Guide Pratique n°4*, 2009, <http://www.icj.org> (3 août 2011), p. 28.

¹⁴⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 18, *Non-discrimination*, § 7

¹⁴⁵ Voy. *supra*.

s'agit d'examiner la violation du droit à l'égalité et à la non-discrimination tel que protégé par les articles 10 et 11 de la Constitution belge¹⁴⁶.

Deuxièmement, cette différence doit se fonder sur un **motif protégé**. L'article 14 de la CEDH contient une liste de motifs¹⁴⁷, néanmoins celle-ci n'est pas exhaustive. Cela découle du principe même de l'égalité et de la non-discrimination, du texte de l'article 14 (en raison de l'utilisation du terme « notamment ») et du fait que la Convention est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles »¹⁴⁸.

Concernant la protection offerte par la Constitution belge, on ne retrouve pas une telle liste au sein des articles 10 et 11. Ainsi, l'examen des deux premières étapes consiste concrètement à se demander s'il existe « deux catégories [de personnes] se trouvant dans des situations comparables [qui] sont traitées différemment ou [si] deux catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes [sont] traitées de manière comparable »¹⁴⁹.

Enfin, pour que cette différence de traitement soit **discriminatoire**, il faut qu'elle « manque de justification objective et raisonnable », soit parce qu'elle ne poursuit pas un but légitime, soit parce qu'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹⁵⁰.

b) Les obligations des Etats découlant du droit à l'égalité et à la non discrimination

Si le droit à l'égalité et à la non-discrimination impose aux autorités de s'abstenir de discriminer les individus au moment de l'application ou de l'élaboration de la loi en traitant différemment des situations comparables ou en traitant de manière identique des situations différentes, elle impose aussi à l'Etat une obligation positive. Celle-ci vise à garantir aux individus que ceux-ci ne seront pas victimes de discriminations de la part de personnes privées (physiques ou morales), c'est-à-dire dans les relations interindividuelles. Concrètement, cette obligation positive impose à l'Etat d'établir un cadre permettant de prévenir ces violations ou, en cas de violation de « prendre des mesures appropriées » pour sanctionner de tels comportements¹⁵¹, comme l'a notamment fait la Belgique en adoptant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination¹⁵².

¹⁴⁶ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, p. 37.

¹⁴⁷ Ces motifs sont « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

¹⁴⁸ Voy. notamment Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §34.

¹⁴⁹ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, p. 37.

¹⁵⁰ Voy. e.a. la proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, p. 34 et Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §34.

¹⁵¹ Comité des Droits de l'Homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats au Pacte*, 26 mai 2004, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>, § 8.

¹⁵² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

3. Le droit à l'égalité et à la non-discrimination comme fondement du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Le droit à l'égalité et à la non-discrimination est une source très importante du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Il a permis de grandes avancées dans les revendications qui y sont liées, notamment pour ce qui concerne le droit à une vie familiale.

Ainsi, c'est au nom de l'égalité que la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que le refus d'accorder l'agrément à l'adoption à un célibataire en raison de son orientation sexuelle violait la Convention¹⁵³. C'est également l'égalité qui a motivé le législateur belge à intervenir en faveur du droit au mariage puis à l'adoption pour les couples homosexuels¹⁵⁴. C'est toujours ce même droit à l'égalité qui a poussé dans un premier temps les juridictions provinciales, puis le législateur, à ouvrir le mariage aux couples homosexuels au Canada¹⁵⁵.

Cette évolution a été rendu possible par l'intégration (implicitement¹⁵⁶ ou explicitement¹⁵⁷) de l'orientation sexuelle dans les motifs protégés ou de l'assimilation de la distinction fondée sur la transsexualité de l'individu à une distinction fondée sur le sexe¹⁵⁸.

¹⁵³ Cour eur. D.H., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n°43546/02, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).

¹⁵⁴ Voy. *infra*.

¹⁵⁵ Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004], 3 R.C.S., 698.

¹⁵⁶ Par ex. dans l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁵⁷ Par ex. dans l'art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

¹⁵⁸ C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, *Rec. C.J. C.E.*, 1996, I, p. 2145.

CHAPITRE 2 : LA PORTÉE DU DROIT À L'ORIENTATION SEXUELLE ET À L'IDENTITÉ DE GENRE

On peut à présent énumérer les composantes du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre et leur portée.

Tout d'abord, il s'agit du droit au respect de la vie privée. Dans sa dimension passive, cela impose des obligations négatives à l'égard de l'Etat : l'interdiction de s'immiscer dans ce qui relève de la sphère d'intimité, l'autonomie de l'individu. Concrètement, cela consiste en l'interdiction d'ériger des sanctions pénales à l'égard des personnes ayant une orientation sexuelle ou une identité de genre différente de la norme. Ce droit impose également une obligation positive de protéger ces personnes contre les discriminations dont ils peuvent être victimes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Une autre obligation positive découlant du droit à la vie privée recommande plus spécifique que le changement de sexe des transsexuels soit juridiquement reconnu. Il s'agit de la question de la mise en place d'une procédure de modification de l'état civil.

Ensuite, il s'agit de reconnaître et de protéger la vie familiale tant à l'égard de l'homosexuel que du transsexuel. Il s'agit d'une part de protéger un droit à une vie de couple, soit par la mise en place d'un partenariat enregistré, soit en ouvrant le mariage à ces personnes. D'autre part et toujours au niveau de la vie familiale, une dernière composante est celle qui permet aux homosexuels et transsexuels de voir leur vie familiale protégée dans un sens vertical c'est-à-dire à l'égard des enfants. Plusieurs questions doivent à ce moment-là être distinguées selon qu'il s'agisse de protéger une relation familiale déjà existante ou non.

Section 1. La protection du droit au respect de la vie privée

Le droit au respect de la vie privée impose tant des obligations négatives, une interdiction d'ingérence, que des obligations positives : la protection de cette vie privée. Nous allons examiner comment le droit international, dont plus spécifiquement la Convention européenne des droits de l'Homme, et le droit belge ont intégré l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans leur protection du droit au respect de la vie privée ainsi que comment ils garantissent à leurs bénéficiaires la jouissance de ce droit. Dans un second temps, nous examinerons un aspect particulier des obligations positives pesant sur les Etats au nom du droit à l'identité de genre : la reconnaissance juridique du changement de sexe.

§ 1. La dépenalisation ou la fin de l'ingérence dans la vie privée

La première étape dans le processus de reconnaissance du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre consiste à dépenaliser les comportements qui en découlent.

A. La dépénalisation de l'homosexualité

Si l'homosexualité n'a jamais été sanctionnée directement par le droit pénal belge, cela ne signifie pas que les homosexuels n'ont jamais été poursuivis indirectement. La Cour européenne des droits de l'Homme a progressivement mis fin au cours de ces trente dernières années à la pénalisation de l'homosexualité en se fondant sur le droit au respect de la vie privée.

1. L'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et son influence

La Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme ont eu l'occasion de se prononcer sur la conventionalité des différentes législations de ses Etats membres pénalisant les relations homosexuelles, soit purement et simplement (comme en Irlande du Nord), soit via le recours à des majorités sexuelles différentes, comme ce fut le cas en Belgique. Elle s'est également prononcée sur l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée que constituaient les législations interdisant aux homosexuels de servir dans les forces armées, qu'elle a estimé justifiée jusqu'à l'arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*¹⁵⁹ en 1999¹⁶⁰.

a) La dépénalisation des relations homosexuelles

Suite à l'émergence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de son article 8 qui protège le droit au respect de la vie privée, des requêtes ont été introduites devant les instances chargées d'en assurer le respect c'est-à-dire la Commission et la Cour européenne des droits de l'Homme. Celles-ci ont depuis longtemps considéré que les lois pénalisant les relations homosexuelles entraient bien dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée puisque celui-ci protège la sphère de l'intimité, en ce compris la vie sexuelle et la liberté dans les comportements sexuels¹⁶¹. Ces lois consistaient également bien en une ingérence vis-à-vis de ce droit néanmoins les juridictions de Strasbourg ont, jusqu'en 1980, estimé que ces ingérences étaient raisonnablement justifiées eu égard à l'impératif de protection de la morale et de la santé. Pour arriver à une telle conclusion, elles ont eu recours à une interprétation consensuelle du caractère raisonnable de la justification : constatant l'absence de consensus européen en faveur d'une dépénalisation des comportements sexuels, elles accordaient une marge d'appréciation à ses Etats membres sur la manière de traiter la problématique¹⁶².

¹⁵⁹ Cour eur. D.H., 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. R.-U.*, n°33985/96 et 33985/96, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011).

¹⁶⁰ Nous ne développerons pas cet élément et renvoyons le lecteur à E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 145-149.

¹⁶¹ M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *Rev. trim. D.H.*, 2002, p. 345.

¹⁶² E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB*, 2000, n°22, p. 136.

Tout en conservant une interprétation consensuelle de l'article 8 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'Homme a renversé en 1981 sa jurisprudence défavorable à l'égard de la protection de l'orientation sexuelle par le droit au respect de la vie privée.

L'affaire ayant donné lieu à ce changement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme concernait Monsieur Dudgeon, un citoyen du Royaume-Uni ayant été arrêté et interrogé en raison de relations homosexuelles qu'il avait eues dans un cadre purement privé, entre adultes consentants. Il n'avait néanmoins jamais été poursuivi à la suite de cet interrogatoire. A la différence des autres régions du Royaume-Uni, l'Irlande du Nord dont M. Dudgeon était originaire, possédait toujours une législation pénalisant les relations homosexuelles.¹⁶³ Depuis 1976, bien qu'aucune poursuite n'avait été intentée sur base de la législation d'Irlande du Nord, cela était théoriquement toujours possible et aucune volonté des autorités ne semblait se manifester pour abroger ces lois¹⁶⁴.

La Cour s'est donc vue saisie d'une requête fondée sur les articles 8 et 14 (combiné avec l'article 8) de la Convention européenne des droits de l'Homme. Concernant l'examen de la violation de l'article 8, la Cour s'est référée à l'avis de la Commission et a estimé qu'il y avait eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée¹⁶⁵. Concernant l'examen de la justification de cette atteinte, la Cour a constaté que les deux premières conditions étaient remplies : l'ingérence provenait d'une « loi » (§44) et celle-ci poursuivait un but légitime : la protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, ou plus précisément la protection des personnes vulnérables, dont les jeunes (§45 à 47). C'est au niveau de la troisième exigence que la Cour a vu sa jurisprudence évoluer. S'agissant d'évaluer si cette loi pénalisant les relations homosexuelles était « nécessaire dans une société démocratique », c'est-à-dire si elle répondait à une double exigence de nécessité et de proportionnalité, la Cour a estimé que cette dernière condition n'était pas rencontrée puisqu'il n'existait pas de « besoin social impérieux ». Concernant la marge d'appréciation accordée aux Etats pour évaluer cette nécessité, la Cour va estimer que « [son étendue] dépend non seulement du but de la restriction, mais aussi de la nature des activités en jeu. Or la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics »¹⁶⁶.

Pour ce qui concerne l'évaluation de la proportionnalité, la Cour a examiné si la restriction reposait sur des motifs « pertinents et suffisants » eu égard au paragraphe 2 de l'article 8 (§54). Pour les autorités nord-irlandaises, le maintien de ces restrictions se justifiait par l'existence d'un climat moral d'hostilité en matière sexuelle (§57). Cette justification, bien que pertinente aux yeux de la Cour, a néanmoins été

¹⁶³ L'Angleterre, le Pays de Galles et l'Ecosse ayant aboli de telles lois, bien que maintenant une majorité sexuelle différente pour les rapports homosexuels, fixée à 21 ans.

¹⁶⁴ Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011), §§13-33.

¹⁶⁵ §41 : « Par son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 par. 1[...]. Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci ».

¹⁶⁶ Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011), §52.

considérée comme insuffisante (§60) vu l'évolution de la morale constatée dans les autres Etats membres au Conseil de l'Europe¹⁶⁷ et l'importance des conséquences sur la situation des homosexuels¹⁶⁸.

Par conséquent, la Cour a conclu en 1981 que les atteintes au droit respect de la vie privée par la mise en place de sanctions pénales à l'égard d'adultes consentants n'étaient plus justifiées. La balance des intérêts qu'elle a réalisée est intervenue à partir de cette décision non plus au profit d'un prétendu intérêt public mais en faveur des intérêts particuliers des homosexuels. Une série de décisions¹⁶⁹ ont par la suite confirmé les conclusions de l'arrêt *Dudgeon*¹⁷⁰. Cette interdiction de pénalisation n'a donc plus jamais été remise en question.

Ce changement dans la jurisprudence s'opère concomitamment à l'élaboration, toujours au sein du Conseil de l'Europe, d'une recommandation, non-obligatoire, de son Assemblée Parlementaire relative à la discrimination à l'égard des homosexuels. Dans cette recommandation, l'Assemblée constate qu'il existe encore des législations pénalisant les relations homosexuelles alors qu'elle estime que tous les individus devraient « jouir du droit à l'autodétermination sexuelle », elle recommande au Comité des ministres de prendre une recommandation visant, entre autre, à « exhorter les Etats membres où les actes homosexuels entre adultes consentants sont passibles de poursuites pénales, à abolir ces lois et pratiques »¹⁷¹. Il est à cet égard frappant de constater que cette recommandation a été adoptée le même mois (octobre 1981) que celui de l'arrêt *Dudgeon* de la Cour, bien que la Commission s'était déjà prononcée dès le mois de mars en faveur de l'abolition de ces législations pénales¹⁷².

b) La fin des différences de majorité sexuelle en fonction de l'orientation sexuelle

L'arrêt *Dudgeon* n'a pas mis fin aux nombreuses législations qui pénalisaient les relations homosexuelles entre un majeur et une personne âgée de moins de 18 ou 21 ans tout en ayant atteint la majorité sexuelle requise pour avoir des rapports hétérosexuels. Comme nous venons de le voir, la Cour est restée sensible à la protection des personnes vulnérables. Ainsi, dans ses avis, la Commission va rejeter pendant tout un temps les demandes fondées sur le droit au respect de la vie privée et/ou

¹⁶⁷ §60 : « On comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui: dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici appellent par elles-mêmes une répression pénale; la législation interne y a subi sur ce point une nette évolution que la Cour ne peut négliger ».

¹⁶⁸ §60 : « Du point de vue de la proportionnalité, les conséquences dommageables que l'existence même des dispositions législatives en cause peut entraîner sur la vie d'une personne aux penchants homosexuels, comme le requérant, prédominent aux yeux de la Cour sur les arguments plaidant contre tout amendement au droit en vigueur. L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants. »

¹⁶⁹ Voy. notamment Cour eur. D.H., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 8225/78, <http://echr.coe.int> (3 août 2011) ; Cour eur. D.H., 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, <http://echr.coe.int> (3 août 2011).

¹⁷⁰ M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *op. cit.*, p. 346.

¹⁷¹ Recommandation n°924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, adoptée le 1 oct. 1981, <http://assembly.coe.int> (3 août 2011).

¹⁷² M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *op. cit.*, p. 346.

invoquant une différence de traitement. La Commission estimait en effet que cette violation des articles 8 ou 14 présentaient un « caractère objectif et raisonnable eu égard à l'existence d'un danger social spécifique »¹⁷³. Par conséquent, tant la Commission que la Cour européenne des droits de l'Homme ont accordé aux Etats membres une marge d'appréciation pour prendre les mesures nécessaires afin de protéger ces personnes vulnérables.¹⁷⁴

De 1981 à 1997, les Etats vont pouvoir maintenir des majorités sexuelles différentes malgré la recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui souhaitait déjà en 1981 que son Comité des Ministres « [exhorte] les Etats membres à appliquer le même âge minimal de consentement pour les actes homosexuels et hétérosexuels »¹⁷⁵.

Cette jurisprudence a tenu jusqu'en 1997 et l'avis de la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni*¹⁷⁶. De la même manière qu'elle l'avait fait dans l'affaire *Dudgeon*, la Commission a constaté que les ingérences dans les articles 8 et 14 n'étaient plus justifiées. Certes, elles remplissaient bien les deux premières conditions du test de justification : elles étaient prévues par une loi et poursuivaient un « but légitime de protection des intérêts d'autrui et de la morale ». Mais concernant l'exigence de « nécessité dans une société démocratique », celle-ci n'était plus rencontrée : bien que les Etats bénéficient en ce qui concerne la morale d'une grande marge d'appréciation, la Commission a constaté qu'en 1997 le consensus européen en la matière avait évolué faisant que cette marge devait être réduite. Pour évaluer la proportionnalité de la mesure, elle a soulevé à nouveau la nature particulière du droit en cause, l'orientation sexuelle, qui concerne un des aspects les plus intimes de la vie privée¹⁷⁷.

L'affaire, portée devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme, a été radiée du rôle, les autorités du Royaume-Uni ayant finalement adapté leur législation suite aux conclusions de la Commission¹⁷⁸.

c) L'analyse de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au droit respect de la vie privée concernant l'orientation sexuelle

Les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme et les avis rendus par la Commission sont pertinents à plusieurs égards.

En raison de leur fondement d'abord, dans la mesure où la Cour va utiliser la notion de droit au respect de la vie privée. En énonçant dans l'arrêt *Dudgeon*, et par la suite dans l'arrêt *Smith et Grady*¹⁷⁹, que

¹⁷³ *Ibid.*, p. 355.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 352-355.

¹⁷⁵ Recommandation n°924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, adoptée le 1 oct. 1981, <http://assembly.coe.int> (3 août 2011), art. 7, ii.

¹⁷⁶ Comm. eur. D.H., 1^{er} juill. 1997, *Sutherland c. R.-U.*, n°25186/94, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011).

¹⁷⁷ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB*, 2000, n°22, pp. 143-144.

¹⁷⁸ Cour eur. D.H. (radiation), 27 mars 2001, *Sutherland c. R.-U.*, n°25186/94, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011).

¹⁷⁹ Cour eur. D.H., 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. R.-U.*, n°33985/96 et 33985/96, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011), §§89-90 ; Cour eur. D.H., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 8225/78, <http://echr.coe.int> (3 août 2011), §46.

les relations homosexuelles concernent un des « aspects les plus intimes » de la vie privée, ces décisions sont conformes à l'interprétation traditionnelle du droit au respect de la vie privée, limité à la sphère intime de l'individu et ne visent pas à consacrer un droit à une autodétermination fondée sur l'orientation sexuelle.

Pour ce qui concerne leur méthode d'interprétation ensuite puisque les arrêts *Dudgeon, Sutherland* ou encore *Smith et Grady* sont une parfaite illustration de l'interprétation consensuelle. Cette méthode n'a pas été utilisée pour déterminer le champ d'application des droits mais au stade du test de la justification. La Cour, constatant une évolution au sein des droits internes de ses Etats membres faisant qu'il existe un consensus, un « dénominateur commun », va par conséquent réduire la marge d'appréciation accordée aux Etats membres. Pour Frédéric Sudre, dans cette hypothèse, l'utilisation faite par la Cour de l'interprétation consensuelle agit en faveur d'une interprétation évolutive de la Convention¹⁸⁰. C'est donc l'évolution au sein des Etats membres et non un choix discrétionnaire de la Cour qui l'amène à renverser sa jurisprudence en faveur d'un droit à l'orientation sexuelle.

Par conséquent, on peut conclure que les décisions de la Cour ne visent pas une totale reconnaissance du droit au respect de la vie privée fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour n'a pas consacré les relations homosexuelles comme relevant de la « normalité », d'ailleurs selon ses propres dires, le rôle de la Cour « ne consiste pas à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles masculines entre adultes »¹⁸¹. Elle ne fait qu'interdire l'incrimination pénale des rapports homosexuels car celle-ci ne satisfait pas l'exigence de proportionnalité¹⁸². Par ailleurs, la Cour maintient, parfois implicitement¹⁸³, dans plusieurs de ses d'arrêts (dont *Dudgeon*), une série de restrictions à l'égard des personnes ayant des rapports homosexuels visant à limiter ce droit au respect de la vie privée dans les hypothèses de sadomasochisme, de dommages corporels ou lorsque des « personnes vulnérables » sont en cause¹⁸⁴.

2. L'évolution au sein du droit interne de la protection du droit au respect de la vie privée

La problématique de l'interdiction pure et simple des relations homosexuelles ne s'est posée ni en Belgique ni en France puisque cette incrimination a été retirée au moment de l'adoption du Code pénal napoléonien¹⁸⁵. Ainsi, le Code pénal belge n'a pas abrité de dispositions spécifiques à l'égard des relations homosexuelles, du moins pas jusqu'en 1965¹⁸⁶. Cela ne signifie pas pour autant que les relations homosexuelles n'étaient pas condamnées. En effet, rien n'empêchait les juges chargés

¹⁸⁰ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, 49-54

¹⁸¹ Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011), §54.

¹⁸² M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *op. cit.*, pp. 348-350.

¹⁸³ Implicitement lorsqu'elle insistait notamment sur le fait que les rapports homosexuels ont eu lieu entre adultes consentants, sans violence,...

¹⁸⁴ M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *op. cit.*, pp. 350-352

¹⁸⁵ En effet, le crime d'homosexualité n'a plus été repris dans le Code pénal français de 1791.

¹⁸⁶ Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/1, p. 2.

d'appliquer le Code pénal d'intégrer les relations homosexuelles dans la large notion « d'outrage public aux mœurs »¹⁸⁷ ou de « débauche »¹⁸⁸.

En Belgique, la loi du 8 avril 1965 de protection de la jeunesse a inséré une majorité sexuelle différente selon l'orientation sexuelle¹⁸⁹. Alors que l'article 372 du Code pénal fixait la majorité sexuelle à 16 ans, celle-ci a été portée à 18 ans par l'article 372bis du Code pénal¹⁹⁰ pour les relations avec les personnes du même sexe. Cet ajout du législateur reposait sur l'idée que l'homosexualité était « une forme de comportements et de sentiments moins souhaitables que l'hétérosexualité ». Or selon la « théorie de la séduction » existante à l'époque, le fait d'avoir eu des rapports homosexuels dans sa jeunesse faisant que la personne « [risquait] d'afficher plus tard une préférence pour de tels rapports »¹⁹¹.

En France, la même différence de majorité sexuelle a été introduite déjà en 1942, soit pendant l'occupation allemande. L'ancien article 331 du Code pénal¹⁹² pénalisant les relations homosexuelles avec les mineurs de moins de 21 ans a été confirmé après la libération, le 8 février 1945¹⁹³.

Parallèlement à l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Belgique et la France ont vu dans les années 80 leur droit évoluer pour supprimer de leur législation les atteintes directes au droit au respect de la vie privée des homosexuels.

En Belgique, cette différence a été abrogée vingt ans après l'insertion en 1965 de l'article 372bis par la loi du 18 juin 1985¹⁹⁴. Cette loi a abouti trois ans après le dépôt par M. Van den Bossche d'une proposition de loi visant à supprimer cet article 372bis.

Les raisons invoquées à l'appui de cette demande de suppression par son auteur étaient triples.

Il s'agissait d'abord de constater que cette disposition était dénuée de fondement scientifique puisque la méthodologie à la base de la « théorie de la séduction » avait été critiquée dans une série d'études montrant l'existence d'une multiplicité de styles de vie dans laquelle « hétérosexualité et homosexualité sont donc plutôt considérées comme deux variantes d'un même comportement et de même sentiments »¹⁹⁵. La théorie de la séduction n'étant plus adéquate, le maintien de cet article

¹⁸⁷ Fr. TULKENS, « Egalité et discrimination en droit pénal belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1986, p. 73.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 77-78.

¹⁸⁹ Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, *M.B.*, 15 avril 1965, art. 87.

¹⁹⁰ Cet article 372bis énonçait que « Sans préjudice de l'application de l'article 372, tout attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces par une personne ayant atteint l'âge de 18 ans accomplis, sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur de même sexe âgé de moins de 18 ans accomplis sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 26 F à 1000 F ».

¹⁹¹ Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/1, p. 2.

¹⁹² Anc. art. 331, al. 3 C.P. français : « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 60 FF à 15000 FF quiconque aura commis un acte impudique ou contre nature avec un individu de son sexe mineur de vingt et un ans ».

¹⁹³ J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *op. cit.*, p. 274.

¹⁹⁴ Loi du 18 juin 1985 abrogeant les articles 372bis et 377, troisième alinéa du Code pénal, *M.B.*, 8 août 1985, p. 11457.

¹⁹⁵ Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/1, pp. 3-5.

n'aurait été justifié que par la volonté de pénaliser purement et simplement l'homosexualité¹⁹⁶, ce qui n'était plus concevable.

Il soulevait ensuite l'application faite de cet article par les cours et tribunaux, que celle-ci avait des effets néfastes, traumatisants, à l'égard du jeune et de l'adulte. Pour l'auteur, cette disposition avait donc un résultat contraire au but escompté : la protection de la jeunesse¹⁹⁷.

Enfin, au niveau juridique, M. Van den Bossche considérait l'article 372bis contraire au droit à l'égalité dans la mesure où il créait une discrimination qui n'était ni claire ni justifiable¹⁹⁸.

La France a connu la même évolution à une époque identique. Suite à l'arrivée à la Présidence de la République de François Mitterrand, le législateur français a fini par adopter le 4 août 1982 une loi abrogeant les dispositions controversées, inscrite dans une dynamique générale visant à supprimer ou du moins à réduire les nombreuses inégalités auxquelles les homosexuels devaient faire face¹⁹⁹, subissant ainsi dans une certaine mesure l'influence de l'arrêt *Dudgeon*.²⁰⁰

B. La fin de l'interdiction du traitement de réassignation sexuelle

Concernant le droit à l'identité de genre, le droit au respect de la vie privée intervient principalement au niveau des obligations positives des Etats puisqu'il s'agit de déterminer si une personne peut voir son changement de sexe reconnu juridiquement. La question des obligations négatives des Etats vis-à-vis des Etats membres, soit celle de l'interdiction du traitement de réassignation sexuelle, n'est donc pas au cœur du débat. Elle est d'ailleurs très peu traitée tant par la doctrine que la jurisprudence. Il convient toutefois de se pencher brièvement sur cette question.

1. La jurisprudence européenne

La Cour européenne des droits de l'Homme n'a jamais eu à connaître d'une affaire dans laquelle un Etat interdisait, d'une manière ou d'une autre, à un individu de subir un traitement de réassignation sexuelle²⁰¹. Il n'y a néanmoins pas de doute quant à l'état du droit sur une telle question.

Tout d'abord, la Cour reconnaît des obligations positives à charge des Etats découlant du droit au respect de la vie privée.²⁰² La protection de l'obligation négative de ne pas s'ingérer dans le droit au changement de sexe semble donc peu problématique. D'autre part, la Cour a également précisé au sujet de l'identité sexuelle que « la liberté [...] de définir son appartenance sexuelle [...] s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination », protégé par l'article 8²⁰³.

¹⁹⁶ Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Rapport de la commission de la justice par M. Suykerbuyk, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/5, p. 3.

¹⁹⁷ Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/1, pp. 3-5.

¹⁹⁸ *Idem*.

¹⁹⁹ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, *op. cit.*, pp. 96-97.

²⁰⁰ J.-M. LARRALDE « Libre disposition de son corps et préférences sexuelles », *op. cit.*, pp. 274-75.

²⁰¹ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, p. 38.

²⁰² Tel l'arrêt *Goodwin contre Royaume-Uni* concernant la reconnaissance juridique de cette conversion. A ce sujet, voy. *infra*.

²⁰³ Cour eur. D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011), §73

Il convient également de noter que la Lituanie a été condamnée par la Cour²⁰⁴ au nom de la violation d'obligations positives découlant de l'article 8 parce qu'une lacune dans son droit interne n'avait pas permis à un transsexuel de pouvoir suivre l'intégralité de la conversion sexuelle²⁰⁵.

Un Etat interdisant ce type de traitement pourrait donc très certainement se voir condamner sur base de l'article 8 de la CEDH dans la mesure où ce dernier garantit « la dignité humaine et la qualité de vie » des transsexuels ainsi qu'il « protège tant l'intégrité physique et psychologique que le droit au développement personnel et le droit de poursuivre et de développer des relations sociales »²⁰⁶. On peut cependant s'interroger si cette interdiction pourrait entrer dans le champ d'application de l'article 3 prohibant la torture et les traitements inhumains et dégradants dans la mesure où en interdisant le traitement de réassignation sexuelle, on laisse l'individu face à sa dysphorie de genre qui peut créer une « grave tension psychique » pouvant aller jusqu'à l'automutilation ou au suicide²⁰⁷.

Au-delà de l'interdiction pure et simple, on peut se demander si l'Etat pourrait assortir la possibilité de suivre un traitement de réassignation sexuelle à certaines conditions. Pour répondre à cette interrogation, il convient de suivre les étapes habituelles du test de justification de l'article 8, §2. Pour Kristof Uytterhoeven, les deux premières conditions – le recours à une loi et le but légitime – ainsi que l'exigence de nécessité de la troisième condition (être nécessaire dans une société démocratique) ne semblent pas poser de problèmes étant donné l'importance de l'opération en cause. L'exigence de proportionnalité devra par contre être appréciée concrètement en fonction de l'état des connaissances médicales²⁰⁸. Notons que l'exigence que l'opération de conversion soit une nécessité médicale et ait un effet thérapeutique ne peut pas pour la Cour européenne des droits de l'Homme être requise comme condition pour la reconnaissance de changement de sexe. Par conséquent, elle ne pourrait pas non plus être imposée comme condition de licéité de l'opération de conversion sexuelle²⁰⁹.

Au niveau du droit de l'Union européenne, le Parlement européen a eu l'occasion dès 1989 d'intervenir via une résolution en faveur du droit à cette opération de réassignation sexuelle. En effet, estimant que « la dignité de l'homme et la protection de la personnalité humaine impliquent nécessairement le droit de mener une vie conforme à son identité sexuelle », il invite ses Etats membres « à arrêter des dispositions reconnaissant aux transsexuels le droit de changer de sexe »²¹⁰.

²⁰⁴ Cour eur. D.H., 11 sept. 2007, *L. c. Lituanie*, n°27527/03, <http://www.echr.coe.int> (21 juill. 2011).

²⁰⁵ S'il avait pu suivre le traitement hormonal, il n'aurait pu subir l'opération chirurgicale ni voir son nouveau sexe totalement reconnu au niveau juridique.

²⁰⁶ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, p. 38 (traduction libre).

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 39 (traduction libre).

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 40-42.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 42.

²¹⁰ Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *J.O.C.E.*, C-256, 9 octobre 1989, p. 34.

Quant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), celle-ci n'est pas intervenue sur le champ du droit au respect de la vie privée mais via le droit à l'égalité. En étendant la protection contre les discriminations fondées sur le sexe à celle fondées sur la conversion sexuelle, elle reconnaît ainsi « le respect de la dignité et de la liberté auquel [le transsexuel] a droit et que la Cour doit protéger »²¹¹.

2. L'évolution au sein du droit interne

En Belgique, il était habituellement considéré au nom du principe de la non-disponibilité du corps humain qu'une opération chirurgicale modifiant le sexe de l'individu ne pouvait être opérée, malgré le consentement du patient²¹².

La licéité d'une telle opération a pour la première fois été reconnue par une juridiction belge en 1969. Le Tribunal correctionnel de Bruxelles devait se prononcer²¹³ sur des accusations de coups et blessures volontaires à l'égard d'un médecin ayant mené une opération chirurgicale de changement de sexe sur un patient qui lui en avait fait la demande. Suite à des complications intervenues après l'opération, le patient était décédé.

Le Tribunal s'est successivement penché sur quatre fondements possibles d'une immunité pénale pour ce médecin et en a rejeté trois, l'intention doloise, le consentement et l'état de nécessité²¹⁴. C'est finalement via l'autorisation de la loi que le Tribunal va acquitter le médecin. En effet, celle-ci accorde au médecin une immunité pour les actes médicaux, le Tribunal a estimé qu'elle offre une grande liberté au médecin dans l'accomplissement de cet acte et qu'il convient de tenir compte de l'évolution de la médecine. L'opération de conversion sexuelle a donc été considérée comme un acte médical et le médecin l'ayant pratiquée a reçu une immunité dans la mesure où il respectait certaines conditions²¹⁵.

Ainsi, de telles opérations ont été considérées à partir de 1969 comme légales dans la mesure où elles poursuivaient un but thérapeutique. Par la suite, cette exigence a été remise en cause²¹⁶.

En 2007, le législateur a voulu adopter une loi fournissant un cadre pour les demandes de rectification d'état civil. Initialement, la proposition de loi contenait un chapitre sur les « conditions minimales à respecter pour le traitement des transsexuels » qui imposait notamment que l'opération « constitue sans nul doute la meilleure thérapie » pour le transsexuel²¹⁷.

²¹¹ C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, *Rec. C.J. C.E.*, 1996, I, p. 2145.

²¹² M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *R.G.D.C.*, 1989, p. 6.

²¹³ *Corr. Bruxelles*, 27 sept. 1969, *J.T.*, 1969, pp. 635-642.

²¹⁴ S'agissant du consentement du patient, le Tribunal a estimé qu'il ne permettait pas de déroger aux lois d'ordre public ni aux bonnes mœurs. Quant à l'état de nécessité, celui-ci était interprété de manière qu'il fallait qu'il y ait un état de « danger grave et imminent », ce qui n'était pas le cas en l'espèce pour le Tribunal.

²¹⁵ Premièrement, elle doit poursuivre un but curatif. Deuxièmement, il doit y avoir un consentement du patient. Finalement, il faut une absence de faute du médecin. Le Tribunal a exclu qu'une quatrième condition imposerait une nécessité suffisante.

²¹⁶ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *op. cit.*, pp. 7-8.

²¹⁷ Proposition de loi relative à la transsexualité, Proposition de loi, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/1, pp. 9-10.

S'agissant d'une immixtion trop importante dans la sphère médicale, ce chapitre a finalement été abandonné afin de laisser une grande liberté aux médecins²¹⁸. La loi belge ne règlemente donc a priori pas le traitement médical des transsexuels.

En France, c'est également la jurisprudence qui s'est prononcée sur la licéité de telles opérations. Elle a assorti celle-ci de différentes conditions. Il s'agit d'une part de répondre à la définition du transsexualisme de l'Académie de médecine²¹⁹ et d'autre part de suivre une procédure stricte en quatre étapes : introduire une demande et la réitérer un an plus tard, être diagnostiqué comme transsexuel par trois experts, subir un traitement hormonal et enfin un traitement chirurgical²²⁰.

§ 2. L'obligation positive de protéger le droit au respect de la vie privée des individus et leur droit à la non discrimination en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre

Les autorités étatiques n'ont pas uniquement une obligation de respecter la vie privée, elles doivent également la garantir, la protéger contre les ingérences opérées par des acteurs non-étatiques. Il s'agit là d'une obligation positive qui pèse sur les Etats et non pas d'un « effet horizontal » des dispositions conventionnelles²²¹.

A. La protection de l'orientation sexuelle

Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'égalité impose aux Etats qu'ils protègent les individus contre les discriminations dont ils pourraient être victimes en raison de leur homosexualité. Cette obligation est assez bien respectée, tant au niveau international que dans le droit interne de la Belgique.

1. Les obligations positives au sein du droit international

Tout d'abord, précisons la frontière entre les requêtes fondées sur l'article 8 et celle fondées sur l'article 14, combiné avec l'article 8, de la CEDH.

Le droit à une vie privée sexuelle impose de fournir un « statut juridique non-discriminatoire » en ce qui concerne l'orientation sexuelle. Lorsqu'elle doit se prononcer sur une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la Cour est habituellement saisie sur base des articles 8 et 14. Elle va commencer par examiner la requête sur base de l'article 8 et va ensuite se pencher sur une éventuelle violation de l'article 14 mais uniquement dans l'hypothèse où il n'y a pas d'atteinte injustifiée à l'article 8. Par conséquent, lorsqu'il y a des atteintes importantes au droit au respect de la vie privée via des procédés discriminatoires, la Cour aura plutôt tendance à les examiner sous l'angle de l'article 8. Les violations

²¹⁸ Proposition de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Verherstraeten, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/3.

²¹⁹ « Le transsexualisme se caractérise par le sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé [...] accompagné du besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil. »

²²⁰ G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *op. cit.*, pp. 293-294.

²²¹ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 30-32.

majeures de l'égalité fondées sur la vie privée sexuelle seront ainsi traitées par l'article 8 tandis que l'article 14 va plutôt servir à « affiner [...] la recherche d'une égalité de traitement » entre les différentes formes de vie privée sexuelle²²².

L'article 8 est donc la source d'une obligation positive pour les Etats membres de protéger l'orientation sexuelle des individus.

Pour le Comité des droits de l'Homme²²³, l'article 17 du Pacte international relatif au droits civils et politiques impose aux Etats d'adopter des « mesures, d'ordre législati[ves] ou autres, destinées à rendre effective l'interdiction d'immixtions et d'atteintes à la protection de ce droit »²²⁴.

Le même raisonnement se retrouve au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, d'une part, on a déjà pu observer que l'article 8 pouvait créer des obligations positives à charge des Etats et d'autre part, la Cour a à plusieurs reprises précisé l'importance accordée à la protection de l'orientation sexuelle, qui est un des aspects les plus intimes de la vie privée.²²⁵ Ainsi, si le motif de l'orientation sexuelle n'est pas expressément inscrit dans l'article 14, une série de décisions, tel l'arrêt *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal*²²⁶, rappellent qu'il n'en est pas moins protégé.²²⁷

Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté en 1981 une première recommandation relative à la discrimination à l'égard des homosexuels²²⁸ puis, en 2000 sur la « situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe »²²⁹ dans laquelle elle invite les Etats membres à inclure l'orientation sexuelle dans les motifs protégés et de mettre en place des mesures visant à combattre l'homophobie.

C'est probablement au sein de l'Union Européenne que l'on retrouve le plus grand nombre d'instruments protégeant les citoyens contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. D'une part, on retrouve l'orientation sexuelle dans les motifs protégés par des dispositions plus générales, tel l'ancien article 13 du Traité CE²³⁰ et l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. D'autre part, une série d'instruments spécifiques protègent les droits des homosexuels, telle la directive

²²² G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, pp. 164-165.

²²³ Comité des Droits de l'Homme, Observation générale no. 16, Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (article 17), 8 avril 1988, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

²²⁴ Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Guide Pratique n°4*, 2009, <http://www.icj.org> (3 août 2011), p. 53

²²⁵ Voy. *supra*.

²²⁶ Cour eur. D.H., 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal*, n°33290/96, <http://echr.coe.int> (21 juill. 2011), §28.

²²⁷ Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Guide Pratique n°4*, 2009, <http://www.icj.org> (3 août 2011), pp. 39-40.

²²⁸ Recommandation n°924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, adoptée le 1 oct. 1981, <http://assembly.coe.int> (3 août 2011).

²²⁹ Recommandation n°1474 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, adoptée le 26 septembre 2000, <http://assembly.coe.int> (3 août 2011).

²³⁰ Actuellement art. 19 TFUE.

du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail²³¹.

Il convient néanmoins de signaler que cette consécration de l'égalité des orientations sexuelles au sein des instances communautaires est récente. En effet, peu de temps avant l'adoption de ces textes, la Cour de justice des Communautés européennes avait estimé dans deux arrêts que « le droit communautaire ne couvre pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle » et avait refusé d'assimiler à une discrimination fondée sur le sexe les discriminations fondées sur les préférences sexuelles²³².

2. La mise en œuvre des obligations positives dans le droit interne

La Belgique a mis en œuvre les textes européens en adoptant le 10 mai 2007 une loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination²³³. Celle-ci protège le droit au respect de la vie privée des homosexuels par trois séries de dispositions.

Premièrement, elle insère deux articles pénalisant l'homophobie en considérant comme un délit le fait d'inciter à la haine ou à la discrimination en raison notamment de l'orientation sexuelle²³⁴. De plus, l'article 28 de la loi prévoit également un renversement de la charge de la preuve en faveur de la personne victime d'une telle discrimination.

Deuxièmement, elle fait des « crimes de haine », c'est-à-dire le fait qu'un des mobiles d'un crime ou d'un délit soit l'orientation sexuelle (réelle ou supposée) de la victime²³⁵, une circonstance aggravante. Enfin, la loi contient une prohibition générale de discrimination fondée sur une série de motifs protégés, dont l'orientation sexuelle, s'appliquant dans toute une série de domaines, en ce compris les relations de travail²³⁶.

B. La protection de l'identité de genre

Pour protéger la vie privée des personnes revendiquant un droit à l'identité de genre, l'article 8 impose certaines obligations positives à charge de l'Etat. La plus importante, la reconnaissance juridique du changement de sexe, fera l'objet d'un paragraphe à part. Il convient maintenant de dresser rapidement l'autre obligation pesant sur l'Etat : mettre en place un cadre permettant le recours à l'opération de changement de sexe. Nous examinerons ensuite comment est protégé le droit à la non-discrimination sur base de l'identité de genre.

1. La protection du droit à recourir à une opération de changement de sexe

²³¹ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L-303, 2 déc. 2000, pp. 16-22.

²³² E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 152-154.

²³³ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.

²³⁴ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016, art. 21 à 26.

²³⁵ Art. 377bis, 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis et 534quater du Code pénal.

²³⁶ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016, art. 3 ; 4 et 8.

L'article 8 de la CEDH, dans la mesure où il protège le droit des transsexuels à leur « développement personnel et à une sécurité physique et morale », contient sans doute également une obligation positive imposant aux Etats de prévoir une procédure de changement de sexe.²³⁷ La reconnaissance de ce droit a pour conséquence la protection de deux autres droits dérivés²³⁸.

Tout d'abord, le droit à « obtenir l'accomplissement jusqu'à son terme d'un traitement chirurgical commencé ». En effet, comme nous l'avons vu précédemment, la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà sanctionné un Etat qui, pour des raisons budgétaires, n'avait pas encore mis en œuvre les dispositions légales permettant à un transsexuel de mener la conversion sexuelle à son terme.²³⁹ La Cour avait notamment condamné la « situation d'incertitude pénible » (§59) dans laquelle se trouvait le requérant.

Ensuite, elle a également estimé que consistait en une violation de l'article 8 de la CEDH le fait pour un Etat de ne pas prévoir le remboursement, éventuellement partiel, des frais médicaux découlant de cette opération sexuelle²⁴⁰.

En droit belge, un cadre juridique a été mis en place par loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité²⁴¹ afin de remplir cette obligation.

2. La protection contre la discrimination fondée sur l'identité de genre

Tout comme il le fait pour l'orientation sexuelle, le droit protège les individus contre les discriminations fondées sur leur identité de genre.

Au niveau de l'Union européenne, il existe depuis 1989 une résolution du Parlement européen contenant une série d'invitations à l'égard des Etats membres mais aussi du Conseil de l'Europe, concernant la discrimination dont sont victimes les transsexuels²⁴². La Cour de justice des Communautés européennes a également reconnu l'identité de genre comme motif protégé de discriminations et pour une série de raisons, plus rapidement que l'orientation sexuelle²⁴³.

La Cour de justice a en effet estimé en 1996 dans l'arrêt *P. c. S. et Cornwall County Council*²⁴⁴ qu'une discrimination fondée sur la conversion sexuelle équivalait à une discrimination fondée sur le sexe, jurisprudence confirmée dans l'arrêt *K.B. contre National Health Service Pensions Agency*²⁴⁵ puis

²³⁷ UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op.cit.*, p. 42.

²³⁸ G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *op. cit.*, p. 294.

²³⁹ Cour eur. D.H., 11 sept. 2007, *L. c. Lituanie*, n°27527/03, <http://www.echr.coe.int> (21 juill. 2011).

²⁴⁰ Cour eur. D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011).

²⁴¹ Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juill. 2007, p. 37823.

²⁴² Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *J.O.C.E.*, C-256, 9 octobre 1989, p. 34.

²⁴³ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 156-158.

²⁴⁴ C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, *Rec. C.J. C.E.*, 1996, I, p. 2145.

²⁴⁵ C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency*, C-117/01, *Rec. C.J. C.E.*, 2004, I, p. 541.

intégrée en 2006 dans une directive²⁴⁶ visant à consolider les précédentes directives ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice²⁴⁷.

Pour ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour a souvent été amenée à se prononcer sur des violations des articles 8 et 14 de la CEDH, néanmoins les différences de traitement ont principalement été réglées au stade de l'article 8.²⁴⁸ Et lorsque la Cour a dû se pencher sur une violation de l'article 14, c'était souvent pour considérer que la différence de traitement était « objective et raisonnable »²⁴⁹.

Notons qu'également au niveau du Conseil de l'Europe, l'Assemblée Parlementaire a adopté une recommandation relative à la condition des transsexuels dont l'article 11, d) demande au Comité des Ministres d'élaborer une recommandation à l'égard des Etats membres d'interdisant notamment toute discrimination en cas de « transsexualisme irréversible »²⁵⁰.

Enfin, parallèlement à ce qui a été fait pour l'orientation sexuelle, le droit belge a dans une (autre) loi du 10 mai 2007 - cette fois-ci spécifiquement consacrée à la discrimination entre les hommes et les femmes²⁵¹, adopté des dispositions protégeant les individus contre les discriminations fondées sur le sexe (art. 3 et 5) et des dispositions pénales sanctionnant les incitations à la discrimination ou à la haine fondée sur le sexe (art. 27 et 28). Cette loi précise qu' « une distinction directe fondée sur le changement de sexe est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe » (art. 4, §2).

§ 3. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre

S'agissant de la protection de l'identité de genre par le droit au respect de la vie privée, la plus importante obligation positive consiste à imposer aux Etats de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'individu.

A. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

La demande de certains individus que l'Etat rectifie leur sexe juridique afin qu'il corresponde à leur sexe psychologique a fait l'objet de nombreuses décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce n'est cependant qu'il y a dix ans que la Cour a réellement fait droit à cette demande.

²⁴⁶ Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, J.O.U.E., L-204, 26 juill. 2006, pp. 23-36.

²⁴⁷ J. MOTMANS, *op. cit.*, pp. 61-62.

²⁴⁸ G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, pp. 164-165.

²⁴⁹ Cour eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011), §§71-77.

²⁵⁰ Recommandation n°117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la condition des transsexuels, adoptée le 29 sept. 1989, <http://assembly.coe.int> (3 août 2011).

²⁵¹ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.

1. Le refus de reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre comme entrant dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

La première étape du contrôle de la Cour européenne à l'égard des requêtes concernant le refus de changement d'état consiste à déterminer si ces demandes entrent dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée. Cette étape ne pose pas de problème mais c'est, comme nous le verrons dans le point suivant, concernant la violation que s'est centrée le cœur de l'analyse de la Cour.

La reconnaissance juridique du changement de sexe entre dans les deux aspects de la vie privée. Tout d'abord, la différence entre le sexe juridique et le nouveau sexe morphologique oblige le transsexuel à dévoiler des éléments relevant de sa vie privée. Cela s'insère donc dans la notion de vie privée au sens traditionnel, c'est-à-dire de la protection de sa sphère d'intimité. Ensuite, la non-reconnaissance de l'identité de genre relève également de la vie privée « sociale » de l'individu, en ce qu'elle a des conséquences sur ses relations avec les autres et sur son développement personnel²⁵².

Par ailleurs, la Commission s'est également déjà prononcée pour savoir si ce refus entrait dans le champ d'application de l'article 3 mais a estimé que si cette situation posait pour les requérant des « difficultés », le degré de gravité n'était pas suffisant pour entrer dans le champ d'application de l'article 3. Kristof Uytterhoeven n'exclut néanmoins pas que dans certaines hypothèses, la Cour puisse estimer que les circonstances particulières d'une affaire fassent que celle-ci atteigne le niveau de gravité requis par l'article 3²⁵³.

2. Le refus de reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre comme violant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas toujours considéré que ses Etats membres devaient permettre aux personnes ayant suivi une conversion sexuelle de voir leur sexe juridique adapté. En effet, ce n'est qu'en 2002 que la Cour a reconnu une telle obligation à charge des Etats. Nous allons à présent examiner l'évolution de la jurisprudence de ces trente dernières années, soit avant et après l'important arrêt de la Cour *Goodwin contre Royaume-Uni*.

a) La jurisprudence de la Cour avant l'arrêt *Goodwin*

Concernant l'identité de genre, la jurisprudence de la Commission et de la Cour a respecté strictement le principe de subsidiarité : elle s'est adaptée ces trente dernières années parallèlement à l'évolution du droit dans ses Etats membres.

1) La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Van Oosterwijk contre Belgique et Rees*.

²⁵² *Ibid.*, p. 46-47.

²⁵³ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 43-44.

Dès 1980 et l'affaire *Van Oosterwijk*²⁵⁴ concernant un transsexuel belge souhaitant obtenir une rectification de son état civil, la Commission a conclu que la Belgique avait violé l'article 8 de la CEDH en refusant cette rectification. Rappelons qu'à l'époque ce n'est pas au nom du droit à l'autodétermination mais bien pour la protection de la sphère d'intimité que la Commission a agi²⁵⁵. La Commission n'y consacrait donc pas un « droit de disposer librement de son propre sexe »²⁵⁶ mais un droit à ce que les documents d'identité correspondent à l'apparence, droit non-absolu puisqu'il était encadré par une série de conditions²⁵⁷.

2) La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de l'arrêt *Rees* à l'arrêt *Sheffield et Horsham*

Ce n'est seulement qu'à partir de l'arrêt *Rees* que la Cour européenne des droits de l'Homme va se prononcer sur le fond quant à la violation de l'article 8 de la CEDH. En effet la Cour a conclu dans l'affaire *Van Oosterwijk*²⁵⁸ à la non-recevabilité de la requête en raison du non-épuisement des voies de recours internes, ce qui constitue pour certains une « stratégie d'évitement » de la Cour afin d'éviter de trancher une « question délicate »²⁵⁹.

Dans l'arrêt *Rees*, la Cour a été confrontée à la demande d'un citoyen britannique, originairement de sexe féminin, qui à la suite d'une opération de conversion sexuelle avait pu modifier son prénom et la mention de son sexe sur ses documents officiels. Cependant, le droit britannique ne permettait pas que son sexe tel que mentionné dans le registre des naissances puisse être rectifié²⁶⁰.

La Cour a du évaluer s'il existait une obligation positive pour les Etats visant à rendre effectif le droit au respect de la vie privée en obligeant les Etats membres à rectifier l'état civil du transsexuel. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, la Cour opère traditionnellement une balance entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. Dans cet exercice, la Cour a tenu compte du fait que concernant cette problématique, il n'y avait « guère de communauté de vues », le droit paraissant « traverser une phrase de transition ». Par conséquent, les Etats membres bénéficiaient d'une grande marge d'appréciation.²⁶¹

Ce principe de balance des intérêts interprété de manière telle qu'une grande marge d'appréciation est accordée aux Etats va constituer la « doctrine *Rees* » et faire l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour jusqu'en 2002, bien qu'appliquée différemment selon les Etats en cause²⁶². Cette doctrine est également une rare hypothèse où la Cour européenne des droits de l'Homme a refusé de dégager d'autorité des obligations positives à charge des Etats et préféré utiliser l'interprétation consensuelle au

²⁵⁴ Ainsi que dans l'affaire *Rees*, étudiée ci-après.

²⁵⁵ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁶ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *op. cit.*, pp. 10-11.

²⁵⁷ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 47-52.

²⁵⁸ Cour eur. D.H., 6 nov. 1980, *Van Oosterwijk c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).

²⁵⁹ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 115-116.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 117.

²⁶¹ Cour eur. D.H., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011), §37.

²⁶² Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 52-55.

stade de l'examen de l'ingérence²⁶³ (et non celui de la justification comme cela lui avait été suggéré)²⁶⁴.

Appliqué aux faits de l'affaire *Rees*, ce principe a mené la Cour à conclure à l'absence d'obligation positive à charge du Royaume-Uni. La Cour a tenu compte de la particularité du système britannique d'inscription qui ne donne pas l'état civil actuel de la personne via un seul registre mais plutôt son historique à travers une série de registres relatifs à la naissance, le mariage,...²⁶⁵ Ainsi, pour la Cour, permettre une rectification de l'état civil au profit des transsexuels imposait au Royaume-Uni une « modification radicale », entraînant des « résultats inattendus considérables »,...²⁶⁶ qui n'était pas souhaitable. L'intérêt particulier étant jugé trop faible comparé à l'importance des nuisances pour l'intérêt général, la Cour a refusé à une majorité de douze voix contre trois de dégager des obligations positives²⁶⁷.

Cette conclusion a été confirmée²⁶⁸ quatre ans plus tard dans l'arrêt *Cossey contre Royaume-Uni*²⁶⁹, bien que la Cour ait constaté une certaine évolution de la société depuis l'arrêt *Rees*²⁷⁰.

Deux ans plus tard, la même situation s'est présentée devant la Cour mais cette fois concernant la France²⁷¹. Là-bas, le système d'état civil est comparable au nôtre et différent de celui du Royaume-Uni puisqu'il donne l'état civil actuel de la personne. Ainsi permettre une modification du sexe dans l'acte de naissance posait moins de difficultés que pour le système anglais²⁷². La balance des intérêts est donc ici intervenue en faveur de l'intérêt particulier²⁷³.

Bien qu'il pouvait dans une certaine mesure montrer que « la Cour n'avait [...] pas totalement écarté la possibilité que la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle puisse, un jour, être exigée des Etats »²⁷⁴, l'arrêt *B. c. France* ne constituait pas encore pour autant un renversement de la jurisprudence de la Cour. La différence entre les deux dispositifs s'explique par le fait que la situation

²⁶³ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 29-30.

²⁶⁴ Cour eur. D.H., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011), §36.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 57.

²⁶⁶ Cour eur. D.H., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011), §43.

²⁶⁷ §43 : « Si l'on tient compte de la grande marge d'appréciation à laisser ici aux États et de la nécessité de protéger les intérêts d'autrui pour atteindre à l'équilibre voulu, on ne saurait considérer que les obligations positives découlant de l'article 8 (art. 8) vont jusque-là. »

²⁶⁸ Avec une majorité plus serrée de dix voix contre huit.

²⁶⁹ Cour eur. D.H., 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n°10843/84, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).

²⁷⁰ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 120-121.

²⁷¹ Cour eur. D.H., 25 mai 1992, *B. c. France*, n°13343/87, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).

²⁷² Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 59-60.

²⁷³ §63 : « La Cour en arrive ainsi à conclure, sur la base des éléments susmentionnés qui distinguent le présent litige des affaires *Rees* et *Cossey*, et sans avoir besoin d'examiner les autres arguments de la requérante, que celle-ci se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu [...], donc infraction à l'article 8 (art. 8). »

²⁷⁴ J.-M. LARRALDE, « L'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *op. cit.*, p. 45.

de la France et celle du Royaume-Uni n'étaient pas comparables²⁷⁵. Ainsi, si la Cour ne pouvait nier que les « mentalités [avaient] évolués, que la science [avait] progressé », elle a néanmoins estimé qu'« il ne [régnait] pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour à des conclusions opposées à celles de ses arrêts *Rees* et *Cossey* »²⁷⁶.

L'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*²⁷⁷ de 1998 confirme²⁷⁸ a posteriori que l'arrêt *B. c. France* n'opérait pas un changement de cap de la Cour²⁷⁹. La Cour a constaté qu'il n'y avait toujours pas une évolution suffisante dans le domaine médical et juridique depuis ses précédents arrêts pour que l'importante marge d'appréciation des Etats puisse être remise en question (§§55-58). Par conséquent, elle a estimé qu'il n'existait toujours pas d'obligation positive à charge des Etats membres (§61). La Cour a néanmoins semblé avertir les Etats quant au fait que cette jurisprudence n'allait pas perdurer et les a invités à se préparer à un renversement de celle-ci²⁸⁰.

b) La reconnaissance d'une obligation positive des Etats dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*

Dans deux décisions prononcées simultanément le 11 juillet 2002, les arrêts *Goodwin*²⁸¹ et *I contre Royaume-Uni*²⁸², la Cour a fini par renverser sa jurisprudence en faveur d'une reconnaissance juridique du changement de sexe.

Les faits de l'arrêt *Goodwin* concernent un homme ayant subi une conversion sexuelle pour devenir une femme. Bien qu'ayant pu indiquer le nom, prénom et sexe de son choix sur ses documents officiels, son état civil n'avait pas été modifié. Ainsi, la requérante ne pouvait voir son sexe rectifié sur son acte de naissance et continuait à avoir le même numéro de sécurité sociale. De plus, elle était supposée partir à la retraite à 65 ans (et non soixante, comme c'est habituellement le cas pour les femmes au Royaume-Uni). Christine Goodwin estimait que, via son numéro de sécurité sociale, son employeur avait découvert son identité d'origine et que cela lui avait empêché d'avoir une promotion²⁸³.

²⁷⁵ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 121-122.

²⁷⁶ Cour eur. D.H., 25 mai 1992, *B. c. France*, n°13343/87, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011), §48.

²⁷⁷ Cour eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n°31-32/1997/815-816/1018-1019, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).

²⁷⁸ Cette fois-ci à une majorité de 11 voix contre 9.

²⁷⁹ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, p. 122.

²⁸⁰ §60 : « S'il ne s'est pas produit depuis l'arrêt *Cossey* une évolution scientifique significative permettant d'aboutir à une conclusion ferme sur l'étiologie du transsexualisme, il n'en reste pas moins que l'on constate une augmentation de l'acceptation sociale du phénomène et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés. Même si elle ne constate aucune violation de l'article 8 en l'espèce, la Cour réaffirme que cette question doit donner lieu à un examen permanent de la part des Etats contractants ».

²⁸¹ Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011).

²⁸² Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n°25680/94, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011).

²⁸³ Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011), §§60-63.

En 2002, la Cour va donc reconsidérer la marge d'appréciation accordée aux Etats. Elle rappelle d'abord que la Convention européenne des droits de l'Homme doit être interprétée selon une « approche dynamique et évolutive » afin de rendre sa protection effective (§74). Elle va ensuite évaluer s'il existe un nouveau consensus au sein des Etats membres. Même si elle estime que l'état des connaissances médicales sur le transsexualisme n'a pas réellement évolué (§§81-83), s'agissant de la situation juridique dans ses Etats membres, elle constate « l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés » (§85). Par conséquent, la Cour va estimer que le Royaume-Uni ne peut plus invoquer de marge d'appréciation quant au principe-même²⁸⁴ de la reconnaissance juridique du changement de sexe (§93).

Eu égard à cette première constatation, l'exercice de balance des intérêts utilisé pour déterminer s'il existe une obligation positive à charge des Etats membres s'en trouve modifié. Concernant l'intérêt particulier, la Cour note que l'absence de reconnaissance juridique pour ce qui constitue « un aspect important de l'identité personnelle » (§77) est une grande source de souffrance pour la requérante²⁸⁵ alors que l'intérêt général ne se trouverait pas réellement affecté par la mise en place d'une telle procédure, d'autant que le système historique d'enregistrement des naissances connaît déjà une série d'exceptions (§§86-88). Elle va donc faire primer les intérêts de la requérante en consacrant une obligation positive de reconnaissance juridique de la conversion sexuelle et constate une violation de l'article 8 de la CEDH²⁸⁶.

L'arrêt *Goodwin* est donc fondamental dans la mesure où, au-delà de simplement dégager un droit subjectif pour l'individu de voir son sexe psychologique et social correspondre à son apparence et à son état civil²⁸⁷, il consacre un droit de l'individu à déterminer par lui-même certains éléments de son identité²⁸⁸, soit un droit des individus à l'autodétermination²⁸⁹.

Ce doit n'est bien évidemment, pas absolu. Ainsi, concernant la manière de mettre en œuvre cette nouvelle obligation positive, la Cour laisse toujours une marge d'appréciation importante aux Etats membres. Ceux-ci ne doivent pas nécessairement organiser une procédure judiciaire ou administrative, ni intégrer celle-ci dans une loi,... L'important est que cette procédure offre des garanties suffisantes.

²⁸⁴ Il existe néanmoins toujours une marge d'appréciation quant aux moyens utilisés pour mettre en œuvre cette reconnaissance.

²⁸⁵ §77 : « Le stress et l'aliénation qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée par le droit qui refuse de consacrer la conversion sexuelle ne sauraient, de l'avis de la Cour, être considérés comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. »

²⁸⁶ §93 : « Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention. Aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle, la Cour conclut que la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante. »

²⁸⁷ D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, *op. cit.*, pp. 86-87.

²⁸⁸ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, p. 75.

²⁸⁹ G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, pp. 172-174.

De plus, les Etats peuvent assortir la reconnaissance au respect de certaines conditions. La formule est connue : une ingérence est toujours possible dans la mesure où elle respecte le paragraphe 2 de l'article 8²⁹⁰.

Cependant, la Cour a par la suite estimé dans l'arrêt *Van Kück contre Allemagne*²⁹¹ que la condition imposée par certains Etats que la conversion sexuelle soit « médicalement nécessaire » ne remplissait pas l'exigence de proportionnalité²⁹² et par conséquent n'était pas justifiée. En considérant cela, la Cour semble s'écarter d'une explication du transsexualisme comme étant une maladie pour laquelle la conversion sexuelle constitue un traitement médical²⁹³. Elle consacre ainsi l'autonomie personnelle comme fondement du droit à l'identité de genre, « l'autodétermination comme faisant partie intégrante de la vie privée sexuelle »²⁹⁴ et écarte une explication relevant du déterminisme²⁹⁵.

La Cour sera également amenée prochainement à se prononcer sur la stérilité irréversible imposée par certains Etats, dont la Belgique, comme condition à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre²⁹⁶.

B. Le droit à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité de genre en droit belge

Parallèlement à la jurisprudence de Strasbourg, le droit belge a également évolué vers une reconnaissance d'un droit à rectifier l'état civil. Dans un premier temps, selon une construction jurisprudentielle incertaine et par la suite par l'adoption d'une loi organisant la procédure de changement de sexe.

1. La situation avant la loi de 2007 : la rectification de l'état civil par les juridictions de l'ordre judiciaire

En absence d'une loi organisant le changement de sexe, ce sont donc les juridictions de l'ordre judiciaire, et plus particulièrement les juridictions civiles, qui ont du traiter les demandes de rectification de l'état civil introduites par les personnes ayant eu recours à un traitement de réassignation sexuelle. Dans un premier temps, les juridictions ont rejeté les différentes demandes au nom du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. La seule hypothèse qui pouvait alors mener à une rectification de l'état civil était l'erreur s'étant produite au moment où l'acte de naissance avait été rédigé.²⁹⁷ Dans un second temps, les juridictions ont fini par accorder une rectification suite à

²⁹⁰ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 76-78.

²⁹¹ Cour eur. D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011).

²⁹² §56: « [...] l'évolution récente [...] fait de l'identité sexuelle l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu. Il apparaît dès lors disproportionné d'exiger d'une personne placée dans pareille situation qu'elle prouve la nécessité médicale d'un traitement, dût-il s'agir d'une intervention chirurgicale irréversible. »

²⁹³ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, p. 42.

²⁹⁴ G. GONZALEZ, « La liberté sexuelle », *op. cit.*, pp. 175-176.

²⁹⁵ Pour la différence entre ces deux fondements, voy. G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *op. cit.*, pp. 304-307.

²⁹⁶ Cour eur. D.H., *Y. Y. c. Turquie*, n°14793/08, <http://echr.coe.int> (3 août 2011).

²⁹⁷ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *op. cit.*, p. 8.

une opération dite « révélatrice » du sexe génétique d'origine de la personne, soit concernant les hypothèses d'hermaphrodisme²⁹⁸.

Le 1^{er} mars 1979, la Commission européenne des droits de l'Homme s'est prononcée dans l'affaire *Van Oosterwijck*²⁹⁹ sur une requête introduite par un transsexuel belge n'ayant pu obtenir des juridictions belges la modification de son état civil. Celle-ci a estimé la requête fondée et a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si, comme nous venons de le voir, la Cour n'a pas suivi la Commission et a préféré conclure à l'irrecevabilité de la demande en raison du non-épuisement des voies de recours internes, le rapport de la Commission va néanmoins ouvrir la voie à une reconnaissance par les juridictions belges du nouveau sexe³⁰⁰. En effet, à partir des années 1980, une série de jugements ont été rendus accordant la modification de l'état civil dans l'hypothèse d'opérations « créatrices ».

Deux remarques peuvent être faites sur la jurisprudence qui s'est développée à partir des années 1980. D'une part, dans leurs dispositifs, les cours et tribunaux ne se référaient pas à un droit au respect de la vie privée ou une autre disposition protectrice des droits fondamentaux des individus. De manière assez laconique, les cours et tribunaux se bornaient à constater que la personne n'est plus un homme ou une femme mais de l'autre sexe et qu'il faut par conséquent adapter son état civil.³⁰¹ Ainsi, les premières décisions accordant une modification vont ramener la distinction entre les sexes et la problématique du transsexualisme au domaine médical et estimer que le rôle du droit est de « constater une situation de fait »³⁰². Ils vont observer que le sexe, les caractères sexuels secondaires et le sexe psychologique correspondent au nouveau sexe ; qu'il est préférable que l'état civil corresponde « à la réalité »³⁰³ et donc décider que l'homme est devenu femme et inversement.

D'autre part, la manière dont sont traitées ces demandes n'était pas identique d'une juridiction à l'autre. Les cours et tribunaux avaient concrètement recours à deux voies différentes pour consacrer le nouveau sexe. Une partie de ces juridictions utilisaient l'action en rectification de l'acte de l'état civil conformément à la procédure prévue par les articles 99 à 101 du Code civil. Il s'agit d'une procédure mise en place pour rectifier des erreurs matérielles au moment de l'élaboration de l'acte et, s'agissant d'un jugement déclaratif et non constitutif d'état, celui-ci opérerait a priori *ex tunc*³⁰⁴. L'autre voie utilisée était le recours à une action *sui generis* : l'action d'état en (constatation de) changement de

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 9-10.

²⁹⁹ Comm. eur. D.H., 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³⁰⁰ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *op. cit.*, pp. 10-11.

³⁰¹ *Ibid.*, pp. 11-12.

³⁰² Civ. Bruxelles (9e ch.), 16 avril 1986, *R.T.D.F.*, p. 291.

³⁰³ Civ. Namur, 28 avril 1982, *R.R.D.*, 1982, p. 311, note X. DIJON.

³⁰⁴ Néanmoins, certaines décisions ont dérogé à cette rétroactivité.

sexe. Celle-ci recevait les faveurs de la doctrine car correspondait mieux à la situation particulière des transsexuels et opérait, a priori, *ex nunc*³⁰⁵.

Quant au changement de prénom, celui-ci se faisait soit au sein de la décision judiciaire de rectification de l'état civil, soit selon la procédure normale auprès du ministre de la justice³⁰⁶. Or théoriquement, le changement de prénom est une faveur et non un droit des individus³⁰⁷.

2. La procédure introduite par la loi du 10 mai 2007

En déposant une proposition de loi relative à la transsexualité, leurs auteurs ont souhaité se mettre en conformité avec les textes européens et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, bien que laissant une marge de manœuvre quant aux moyens, imposait aux Etats de reconnaître juridiquement le changement de sexe. Si la jurisprudence avait jusqu'en 2007 comblé l'absence de loi, il y avait d'importantes différences dans les dispositifs des cours et tribunaux. La jurisprudence intervenait donc au détriment de la sécurité juridique, via une procédure judiciaire demeurant incertaine, parfois longue et souvent coûteuse³⁰⁸.

Initialement la loi prévoyait un chapitre consacré aux « conditions minimales à respecter pour le traitement des transsexuels », celui-ci a été fortement remis en cause par les experts invités en commission³⁰⁹ et également par le Conseil d'état³¹⁰ car cela n'était pas conforme à l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Par conséquent les députés ont préféré supprimer cette partie lors des travaux en commission³¹¹.

Ainsi adoptée, la loi du 10 mai 2007³¹² relative à la transsexualité³¹³ insère dans le Code civil une procédure permettant à « tout Belge ou tout étranger inscrit aux registres de la population qui a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical » de « déclarer cette conviction à l'officier d'état civil »³¹⁴.

La loi fait ainsi le choix d'une procédure administrative auprès de l'officier de l'état civil,³¹⁵ moyennant le respect de trois conditions de fond³¹⁶ : la personne doit avoir une « conviction intime,

³⁰⁵ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 66-67.

³⁰⁶ *Ibid.*, pp. 69-70.

³⁰⁷ Proposition de loi relative à la transsexualité, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/1, p. 6.

³⁰⁸ Proposition de loi relative à la transsexualité, Développements, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/1, pp. 4-7.

³⁰⁹ Proposition de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Verherstraeten, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/3.

³¹⁰ Projet de loi relative à la transsexualité, Avis du Conseil d'état, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n°3-1794/3, p. 4.

³¹¹ Proposition de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Verherstraeten, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/3, p. 10.

³¹² La loi a donc été proclamée simultanément aux deux lois relatives à la discrimination vues *supra*.

³¹³ Loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité, *M.B.*, 11 juill. 2007, p. 37823.

³¹⁴ C. civ., art. 62bis, §1.

³¹⁵ C. jud., art. 1385*duodecies*, §1.

³¹⁶ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 75-90.

constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé », avoir subi une adaptation de son corps « dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical » et enfin avoir fait l'objet d'une stérilisation irréversible³¹⁷. La loi confie la tâche de vérifier que ces conditions sont réunies aux médecins³¹⁸, ceux-ci conservent donc une importante marge d'appréciation. Cependant, la loi, en exigeant l'adaptation corporelle, n'offre pas une latitude telle qu'elle pourrait concerner les personnes transgenres ne souhaitant pas recourir à une transformation complète de leur corps³¹⁹. Quant au rôle de l'officier de l'état civil, il ne consiste qu'à faire un contrôle formel et non d'opportunité. L'intervention des médecins est donc déterminante³²⁰.

Une fois ces conditions respectées, l'officier de l'état civil établit un « acte portant mention du nouveau sexe »³²¹ et mentionne ce nouveau sexe en marge de l'acte de naissance.³²² S'agissant d'un nouvel acte, ses effets³²³ opèrent *ex nunc*³²⁴.

Section 2. La protection du droit au respect de la vie familiale

Si reconnaître et protéger l'orientation sexuelle et l'identité de genre des individus comme éléments de leur vie privée a été une première étape importante, aller jusqu'à leur ouvrir un droit à une vie familiale en a été une autre, plus difficile à franchir. Il faut à présent examiner dans quelle mesure la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit belge protègent la vie de couple (§1) et « l'accès aux enfants » (§2) des individus invoquant un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.

§ 1. La protection du droit au respect de la vie familiale dans sa dimension horizontale : le droit au mariage

Alors que dans les parties précédemment étudiées, les situations fondées sur l'orientation sexuelle et celles fondées sur l'identité de genre posaient des questions relativement différentes, concernant le droit au mariage, il existe des liens importants entre ces deux situations. La question fondamentale examinée dans ce paragraphe est relative à l'altérité sexuelle comme condition du droit au mariage. Elle relève donc a priori de la question de l'orientation sexuelle. Néanmoins, l'identité de genre interroge, à l'intérieur de cette condition d'altérité sexuelle, sur la manière de déterminer le sexe qui est utilisée. C'est pourquoi, une série de décisions présentées devant la Cour européenne des droits de l'Homme ont soulevé des interrogations relevant à la fois de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

³¹⁷ C. civ., art. 62bis, §2, 3°.

³¹⁸ C. civ., art. 62bis, §2.

³¹⁹ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 84-86.

³²⁰ *Ibid.*, pp. 90-92.

³²¹ C. civ., art. 62bis, §3.

³²² C. civ., art. 62bis, §5.

³²³ Pour un examen plus approfondi des effets de la loi, nous renvoyons le lecteur à S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 109-115.

³²⁴ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 102-103.

A. Le droit au mariage pour les couples de même sexe

La protection de la dimension horizontale de la vie familiale soulève de nombreuses questions liée à l'orientation sexuelle, notamment concernant les partenariats enregistrés, le regroupement familial pour les migrants,... Nous ciblerons ici un aspect particulier du droit à la vie familiale : le droit au mariage.

1. L'absence de protection du droit au mariage par la Cour européenne des droits de l'Homme

Le droit au mariage relève a priori de l'article 12 de la CEDH, toutefois il fait également intervenir le droit à la vie familiale et le droit à l'égalité protégés respectivement par les articles 8 et 14 de la Convention.

a) La reconnaissance d'une vie familiale au sens de l'article 8 de la CEDH pour les couples de même sexe

Il est certain depuis 1980 et l'arrêt *Dudgeon* que l'orientation sexuelle est protégée par le droit au respect de la vie privée. Cependant, la Cour n'a pas pour autant estimé à l'époque que les couples de même sexe étaient protégés par le droit au respect de la vie familiale³²⁵. C'est d'abord la Commission qui a déclaré cette absence de protection en 1983 dans sa décision sur la recevabilité de l'affaire *X. et Y. contre Royaume-Uni*³²⁶. Elle a été confirmée par la suite par la Cour en 1996³²⁷ et encore en 2001³²⁸, dans des décisions sur la recevabilité dans lesquelles elle a estimé que malgré une évolution des mentalités, il n'y avait pas encore un consensus et que par conséquent les Etats bénéficiaient d'une large marge d'appréciation dans ce domaine³²⁹.

Cette jurisprudence est intervenue malgré l'existence de plusieurs résolutions du Parlement européen (notamment en 1994, 1997 et 2000) recommandant aux Etats membres de reconnaître juridiquement les couples de même sexe, que ce soit via le mariage ou les partenariats enregistrés³³⁰.

Jusqu'il y a peu, la vie familiale ne procédait donc pas à une intégration complète de tous les couples en son sein. Bien qu'élargissant son champ d'application de manière importante à l'égard des couples hétérosexuels, elle en excluait toujours les couples de même sexe³³¹.

Finalement, la Cour a renversé sa jurisprudence en 2010 avec l'arrêt *Schalk et Kopf*³³².

³²⁵ E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG, « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *op. cit.*, pp. 140-142.

³²⁶ Comm. eur. D.H., 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni*, n°9369/91, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), extraits.

³²⁷ Cour eur. D.H. (déc.), 15 mai 1996, *Roosli c. Allemagne*, n°28318/95, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³²⁸ Cour eur. D.H. (déc.), 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne*, n°56501/00, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), p 4.

³²⁹ « S'agissant de déterminer si la décision en question se rapporte au domaine de la « vie familiale » au sens de l'article 8 § 1 de la Convention, la Cour rappelle que, d'après la jurisprudence constante des organes de la Convention, des relations homosexuelles durables entre deux hommes ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention [...]. La Cour estime que malgré l'évolution constatée dans plusieurs Etats européens tendant à la reconnaissance légale et juridique des unions de fait stables entre homosexuels, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence d'un dénominateur commun amplement partagé, jouissent encore d'une grande marge d'appréciation. »

³³⁰ T. GROPPI, « La nouvelle famille », *op. cit.*, p. 556.

³³¹ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 115.

Après avoir rappelé sa jurisprudence précédente, elle constate une « évolution rapide » au niveau des Etats membres ainsi que de l'Union européenne depuis 2001 et l'arrêt *Mata Estevez*. La Cour « considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8 » (§94). Si la requête n'était pas fondée sur l'article 8 mais bien sur l'article 14 combiné avec l'article 8, la formulation de la Cour³³³ semble suffisamment large pour également ouvrir la voie à une protection directement prise de l'article 8.

b) La marge d'appréciation inscrite dans l'article 12 de la CEDH

Au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme se trouve une disposition protégeant un aspect spécifique de la vie familiale : le droit au mariage.³³⁴ Cet article 12, loin de consacrer un droit absolu, contient plusieurs limites. Tout d'abord, en faisant référence à un « âge nubile » il permet une restriction d'âge. Ensuite, les lois nationales peuvent réglementer ce droit et prévoir des empêchements au mariage. Enfin, une troisième condition implicite est liée au sexe des époux³³⁵.

La Cour a eu l'occasion de se prononcer sur cette condition d'altérité de sexe en premier lieu sur des affaires relatives au transsexualisme. Ainsi, elle s'est notamment prononcée à ce sujet en 2006 dans l'affaire *Parry*³³⁶ relative à un transsexuel auquel les autorités britanniques avaient refusé de reconnaître juridiquement son changement de sexe tant que son mariage n'avait pas été dissous sous peine de permettre indirectement un mariage entre personne de même sexe. La Cour a refusé de conclure à la violation de l'article 12 dans la mesure où celui-ci consacre un « concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme »³³⁷.

Elle est récemment arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Schalk et Kopf*³³⁸ concernant un couple homosexuel contestant un refus d'autorisation de mariage. C'était la première fois où la Cour était confrontée à une requête introduite par un couple de même sexe fondée sur l'article 12 (§50). Dans cet arrêt, la Cour constate qu'il ne fait pas de doute que l'intention originale des auteurs de la Convention était de restreindre la protection de l'article 12 aux couples de sexe différent (§55). Malgré le fait que la Convention doit s'interpréter d'une manière dynamique et que la capacité de procréer n'est plus une condition de validité du mariage (§57), « il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel »³³⁹ (§58) laissant ainsi encore une marge d'appréciation aux Etats. La Cour estime cependant que, puisqu'il n'est pas interdit aux Etats qui le souhaitent de permettre le mariage aux couples de même sexe, la requête entre bien dans le champ d'application de l'article 12 (§61). Elle

³³² Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³³³ En effet, au §95, la « Cour conclut [...] que les faits de la cause entrent dans le champ d'application de la notion de « vie privée » ainsi que de celle de « vie familiale » au sens de l'article 8 ».

³³⁴ Sur les liens entre droit à la vie familiale au sens large et droit au mariage, voy. *supra*.

³³⁵ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 508.

³³⁶ Cour eur. D.H. (déc.), 28 nov. 2006, *Parry c. R.-U.*, n°42971/05, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³³⁷ *Idem*, p. 13.

³³⁸ Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³³⁹ « A l'heure actuelle, seuls six Etats contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe ».

n'impose cependant pas une obligation aux Etats de reconnaître ce type de mariages (§63) et conclut qu'il n'y a par conséquent pas de violation de l'article 12.

Cette estimation repose en partie sur l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui, tout en continuant à renvoyer aux lois nationales le soin de réglementer ce droit, n'utilise pas une formulation excluant le mariage pour les couples de même sexe.³⁴⁰ Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 9 de la Charte a une portée plus large que l'article 12 de la CEDH et en renvoyant aux droits internes, elle permet une grande diversité dans les législations nationales (§§60-61).

Notons finalement au sujet de l'article 12 qu'en se fondant sur une interprétation consensuelle, la Cour ouvre dans une certaine mesure la voie à une reconnaissance future du mariage pour les couples de même sexe et à l'abandon de la conception traditionnelle de cette institution dès le moment où elle constatera l'existence d'un consensus suffisant au sein de ses Etats membres³⁴¹.

c) L'absence de violation du principe d'égalité inscrit à l'article 14 de la CEDH

La Cour européenne des droits de l'Homme ayant jusqu'il y a peu toujours refusé de reconnaître l'existence d'une vie familiale à l'égard des couples de même sexe, les précédentes requêtes étaient systématiquement écartées au stade de la recevabilité et la Cour n'avait pas eu à se prononcer sur le fond de l'article 14³⁴². C'est donc pour la première en 2010 avec l'arrêt *Schalk et Kopf* que la Cour s'est prononcée sur l'existence d'une violation de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH.

Tout d'abord, la Cour va estimer que les couples hétérosexuels et homosexuels sont placés dans une situation comparable lorsqu'il s'agit d'examiner quelle protection doit recevoir leur relation (§99). Elle va également rappeler que les « différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves » (§97).

Les requérants invoquent trois différences de traitement comme sources potentielles de violation de l'article 14.

Premièrement, ils estiment être discriminés dans la mesure où la loi allemande leur empêche l'accès au mariage. La Cour refuse d'accorder par l'article 14 ce qu'elle a refusé pour l'article 12 (§101).

Deuxièmement, les requérants interrogent la Cour quant à savoir si l'absence de protection juridique de leur couple ne constitue pas une violation de l'article 14. L'Allemagne ayant, entre l'introduction de la requête et la décision de la Cour, adopté un régime de partenariat enregistré, la Cour va réorienter la question pour examiner si l'Allemagne aurait du offrir une reconnaissance juridique plus tôt (§§102-104). Elle estime qu'à cet égard également, les Etats bénéficient d'une marge d'appréciation.

³⁴⁰ H. LABAYLE, « La diversité des sources du droit à une vie familiale », *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁴¹ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 141.

³⁴² *Ibid.*, pp. 142-148.

Finalement, la Cour doit déterminer s'il y a discrimination vis-à-vis des couples de même sexe en raison des différences existant entre le régime juridique du mariage et celui du partenariat enregistré (§107). Celles-ci sont, pour la Cour, minimales sauf celles concernant les droits parentaux. Cependant, la Cour constate que les requérants ne sont pas concernés par un projet d'adoption ou de procréation médicalement assistée. Enfin, la Cour renvoie, à nouveau, à une marge d'appréciation (§§109-110).

Par conséquent, la Cour conclut à une absence de violation de l'article 14 par l'Allemagne.

Ce dispositif est cependant adopté à une majorité serrée de quatre voix contre trois. Dans une opinion dissidente commune, trois juges de la Première Section de la Cour considère que celle-ci aurait dû conclure à une violation de l'article 14 du fait que l'Allemagne n'avait pas, avant 2009, organisé un régime octroyant un statut juridique équivalent aux couples de même sexe. Les juges dissidents s'étonnent du fait que, malgré l'intégration par la Cour des relations stables des couples de même sexe dans le champ d'application de la vie familiale et son constat que ceux-ci sont dans une situation comparable aux couples hétérosexuels, elle ne dégage pas d'obligations positives à charge des Etats de protéger les relations homosexuelles stables. Si elle avait fait cela, la Cour aurait pu dans un second temps examiner si les différences de traitements étaient justifiées d'une manière objective et raisonnable, cette justification devant être d'autant plus sérieuse concernant une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour aurait éventuellement pu alors avoir égard, pour évaluer ce caractère raisonnable, à une marge d'appréciation des Etats vu l'absence de consensus au sein des Etats membres.

2. La reconnaissance du droit au mariage dans les droits internes

Depuis 2001 et la décision d'un premier pays, les Pays-Bas, de permettre le mariage aux couples homosexuels jusqu'à aujourd'hui, une série d'Etats ont également modifié leur législation pour retirer la condition, implicite ou explicite, d'altérité de sexe des époux. C'est notamment le cas depuis 2003 de la Belgique et depuis 2005 du Canada. Néanmoins, certains pays comme la France continuent toujours à défendre une vision traditionnelle du mariage.

a) L'ouverture du mariage aux couples de même sexe dans le droit interne belge et canadien

Sous la majorité « arc-en-ciel », le gouvernement belge a déposé en mars 2002 un projet de loi pour ouvrir le mariage aux personnes de même sexe³⁴³. Si le projet n'a finalement pas abouti, le texte a été récupéré par des sénateurs de la même majorité et a été redéposé quelques mois plus tard sous la forme d'une proposition de loi³⁴⁴.

La volonté des auteurs du projet, puis de la proposition, reposait sur un constat : l'évolution du mariage comme n'étant plus centré sur la reproduction mais visant à créer une communauté de vie.

³⁴³ Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1692/1.

³⁴⁴ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord., 2001-2002, n°2-1173/1.

Juridiquement, les auteurs ont souhaité anticiper un élargissement du champ d'application de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme par l'interprétation de la Cour aux couples de même sexe. Un autre fondement juridique de leur projet était le droit à l'égalité : ils estimaient que le maintien d'une telle interdiction était contraire à l'égalité entre les couples hétérosexuels et homosexuels³⁴⁵.

Dans son avis, la section de législation du Conseil d'Etat s'était montrée critique à l'égard du projet et avait suggéré au gouvernement de l'abandonner. Ses conclusions reposaient sur un double raisonnement. D'une part, le Conseil d'Etat estimait que le droit à l'égalité n'imposait pas une telle modification. Pour lui, les couples hétérosexuels et homosexuels n'étaient non seulement pas placés dans une situation comparable mais en plus, s'il y avait eu une différence de traitement, celle-ci était raisonnablement et objectivement justifiée dans la mesure où le couple homosexuel n'a pas vocation à fonder une famille. Ainsi, le Conseil d'Etat a estimé que les deux types de couples « présentent des différences objectives liées à la nature des choses », qu'étant données que « seules les unions hétérosexuelles sont de nature à donner naissance à des enfants [elles] ont davantage besoin de stabilité et ont une utilité sociale différente des unions homosexuelles ». D'autre part, le Conseil d'Etat estimait qu'en ayant recours à l'institution du mariage pour protéger les couples homosexuels, les auteurs proposaient une interprétation de celui-ci comme distinct de la procréation et que cela était non-conforme aux textes internationaux consacrant le droit au mariage. Cette nouvelle interprétation dénaturait la figure juridique de l'institution du mariage et était par conséquent non-souhaitable³⁴⁶.

L'interprétation du droit à l'égalité réalisée par le Conseil d'Etat sur base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme des articles 12 et 14 de la CEDH ne serait plus tenable en 2011 suite à l'arrêt *Schalk et Kopf* de la Cour. Le Conseil d'Etat était cependant rejoint dans son avis par le professeur Renchon, intervenu en qualité d'expert lors des travaux de la Commission justice du Sénat³⁴⁷.

Le professeur Olivier De Schutter avait quant à lui estimé que non seulement l'absence d'un cadre juridique équivalent au mariage pour les couples de même sexe était discriminatoire mais qu'également l'impossibilité pour ceux-ci d'accéder au mariage pouvait constituer une violation du droit à l'égalité. En effet, il estimait que si le législateur avait une marge d'appréciation, celle-ci pouvait intervenir dans les deux sens, c'est-à-dire également en faveur du droit à l'égalité. Par ailleurs, il considérait que la conclusion du Conseil d'Etat était vouée à être dépassée dans les cinq ans étant donné l'évolution importante du droit international des droits de l'Homme³⁴⁸.

³⁴⁵ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 2001-2002, n°2-1173/1, pp. 1-3.

³⁴⁶ Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1692/1, pp. 18-19.

³⁴⁷ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme Kaçar, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 2002-2003, n°2-1173/3, pp. 41-45

³⁴⁸ *Idem*, pp. 31-38.

La proposition de loi fondée sur l'égalité des orientations sexuelles a abouti en 2003 au sein d'une loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe³⁴⁹ et supprimant du Code civil les termes faisant référence à une altérité sexuelle (tels « mari et femme ») au profit de mots plus neutres comme celui d'« époux » ainsi qu'en insérant un article 143 énonçant que « deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage ». Cette loi ne va néanmoins pas encore permettre aux couples homosexuels d'adopter. L'adoption sera réservée aux couples mariés de sexe différent par les articles 13 à 16 de la loi qui adaptent les règles du Code civil en conséquence. Le législateur n'avait en effet à l'époque pas voulu permettre l'adoption ou l'établissement de règles de filiation pour les couples de même sexe car cela aurait été « trop faire abstraction de la réalité »³⁵⁰. De plus, les auteurs de la proposition à la base de loi semblaient préférer que cette question fasse l'objet de débats spécifiques, distincts de celui du mariage homosexuel³⁵¹.

Parallèlement à l'adoption de cette loi en Belgique, au Canada c'est suite à une série de décisions des juridictions provinciales condamnant les dispositions du Code civil ou de la common law qui limitaient le mariage aux couples de sexe différent³⁵² que le législateur fédéral a fini par adopter une loi pour ouvrir le mariage aux couples de même sexe³⁵³. Le droit canadien va faire évoluer la notion de « mariage » inscrite dans la Constitution canadienne dans la mesure où celle-ci est, selon la formule consacrée, un « arbre vivant » et donc sujette à une interprétation évolutive³⁵⁴. Cette modification se justifiait principalement au nom du droit à l'égalité protégé par l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés, Charte qui est depuis 1982 un texte à valeur constitutionnelle et qui protège depuis l'arrêt de la Cour Suprême canadienne *Vriend c. Alberta*³⁵⁵ les individus contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (bien que ce motif ne soit pas expressément indiqué dans l'article 15).

b) Le refus d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe dans le droit interne français

Au contraire de ce qui s'est fait en Belgique ou au Canada, la France refuse encore actuellement l'ouverture du mariage aux couples homosexuels. Alors qu'en 2004, le maire de la municipalité de Bègles, Noël Mamère, avait marié deux homosexuels, ce mariage a été annulé par le Tribunal de grande instance puis la Cour d'appel de Bordeaux³⁵⁶ et enfin, en 2007, par la Cour de cassation qui, malgré le fait que le Code civil français n'indique pas expressément que le mariage doit avoir lieu

³⁴⁹ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 févr. 2003, p. 9880.

³⁵⁰ Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Développements, Doc. Parl., Sénat, sess. ord.*, 2001-2002, n°2-1173/1, p. 4.

³⁵¹ *Idem*, p. 7.

³⁵² Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004], 3 R.C.S., 698, §§41-43.

³⁵³ Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil, L.C., 2005, ch. 33.

³⁵⁴ Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004], 3 R.C.S., 698, §§21-30.

³⁵⁵ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

³⁵⁶ Cl. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », *Le droit à une vie familiale*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 64-65.

entre personnes de sexe différent, a estimé que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »³⁵⁷.

Encore très récemment, en janvier 2011, le Conseil constitutionnel français a estimé dans une décision laconique³⁵⁸ que l'interdiction de mariage pour les couples de même sexe n'était pas inconstitutionnelle. Il a ainsi écarté l'argument que cette interdiction était contraire à la liberté de mariage puisque le législateur peut valablement fixer les conditions de cette liberté, au droit à une vie familiale normale dans la mesure où les couples homosexuels peuvent bénéficier d'une protection de leur concubinage notamment par le PACS et enfin au droit à l'égalité puisque cette différence de traitement est justifiée par des règles de droit de la famille relevant de l'appréciation du législateur³⁵⁹.

La France persiste à ne pas ouvrir le mariage aux couples de même sexe, avec le soutien de ses juridictions suprêmes. L'affaire des « mariés de Bègles » a été portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme³⁶⁰. Actuellement, il n'y a encore aucune date fixée devant une section de la Cour pour que cette affaire soit plaidée.

B. Le droit au mariage pour le transsexuel

S'agissant du droit au mariage pour la personne revendiquant un droit à l'identité de genre, dans la mesure où on maintient le principe selon lequel la différence de sexe des individus reste une condition légitime du droit au mariage, la question à laquelle les juridictions internationales et nationales sont confrontées est celle de l'évaluation de l'appartenance à l'un des deux sexes lorsque l'un des conjoints a subi une conversion sexuelle. Cette question a fait l'objet d'une importante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans le droit interne belge, elle n'est plus pertinente depuis que le législateur a fait le choix en 2006 d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe.

Avant d'examiner la jurisprudence de la Cour sur cette thématique, notons que cette question peut intervenir dans deux hypothèses. La première concerne le cas d'une personne mariée avec quelqu'un de l'autre sexe mais qui, souhaitant changer son identité de genre sans mettre fin à son mariage, se voit opposer par le droit interne un refus de modification de son état civil pour éviter que cette union devienne de fait un mariage homosexuel. La seconde vise l'hypothèse plus classique d'une personne qui, à la suite d'une conversion sexuelle, souhaite se marier avec un partenaire au sexe identique à son sexe d'origine mais distinct de son sexe apparent.

1. L'ambiguïté de la jurisprudence avant l'arrêt *Goodwin*

³⁵⁷ Cass. fr. (civ.), 13 mars 2007, n°05-16.627, <http://www.courdecassation.fr/> (27 juill. 2011).

³⁵⁸ En effet, la décision est courte et fait l'objet d'une argumentation succincte.

³⁵⁹ C. Const. fr., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC, <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (27 juill. 2011).

³⁶⁰ Cour eur. D.H., *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07, <http://echr.coe.int> (27 juill. 2011).

Dans les arrêts *Van Oosterwijck*, *Rees*, *Cossey* ou encore *Sheffield et Horsham*, étudiés précédemment, la Cour, saisie d'une demande de reconnaissance juridique du nouveau sexe de l'individu, l'était aussi sur base de l'article 12 de la CEDH. Les requérants souhaitaient en effet pouvoir se marier avec une personne ayant le même sexe génétique qu'eux mais leur droit interne le refusait. Pour eux, leur revendication était distincte de celles des couples de même sexe puisque leur nouveau sexe morphologique était différent de celui de leur partenaire et par conséquent, ils ne se considéraient pas comme « homosexuels »³⁶¹.

La Cour a néanmoins estimé qu'il n'y avait pas de violation de l'article 12 puisque ce dernier vise « le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent »³⁶². C'est-à-dire, pour la Cour, le sexe tel qu'il est déterminé à la naissance, le sexe génétique originel³⁶³.

Pour Kristof Uytterhoeven, ce raisonnement de la Cour est doublement critiquable. Tout d'abord parce qu'il n'y a aucun fondement scientifique au fait de ne pas prendre en considération les autres caractéristiques sexuelles, tant corporelles que psychologiques. Ensuite car il mène à des résultats a priori contraires à l'objectif de défense du mariage traditionnel puisqu'il permet à un transsexuel de se marier avec une personne dont il a de manière apparente le même sexe, soit permettre un mariage homosexuel. Ainsi, selon cet auteur, cette jurisprudence illustre fondamentalement une opposition au mariage des transsexuels et plus largement, en refusant de reconnaître les conséquences du changement de sexe, la Cour indique son refus de faire prévaloir l'identité de genre par rapport au sexe d'origine de l'individu. Elle montre également l'attachement de la Cour au but social du mariage comme visant à la procréation³⁶⁴.

2. La protection partielle du droit au mariage pour les transsexuels par l'arrêt *Goodwin*

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'était plus tenable vu l'évolution de la notion de vie familiale et son détachement du cadre du mariage. La capacité de procréer n'étant déjà plus une condition de validité de cette institution, continuer à interdire à un transsexuel de se marier avec une personne d'un sexe corporel opposé au sien constituait une différence de traitement en comparaison avec les couples hétérosexuels classiques.

Le raisonnement de la Cour européenne dans l'arrêt *Goodwin*³⁶⁵, déjà fondamental par la reconnaissance juridique qu'il offre aux transsexuels, est double. Elle constate que, si le droit de fonder une famille est protégé par la même disposition que le droit au mariage, il n'en est pas pour autant une condition (§98). De plus, elle estime à l'image de ce qu'elle a déjà conclu au sujet de l'article 8, que les « facteurs biologiques » ne devaient plus être les seuls éléments à prendre en compte, qu'il faut

³⁶¹ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 82-83.

³⁶² Cour eur. D.H., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011), §49.

³⁶³ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 83-84.

³⁶⁴ *Ibid.*, pp. 84-88.

³⁶⁵ Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011).

aussi avoir égard au sexe psychologique, social,... (§100). Elle va par conséquent énoncer qu'il ne peut être accordé aux Etats une marge d'appréciation pour réglementer l'exercice du droit au mariage de l'article 12 qui soit à ce point large qu'elle permettrait d'interdire purement et simplement aux transsexuels de se marier (§103).

Le droit ainsi consacré aux transsexuels de se marier est néanmoins conditionné à l'accomplissement d'un traitement de conversion sexuelle complet, c'est-à-dire que la croyance profonde et inébranlable d'appartenir au sexe opposé et l'acceptation sociale de la nouvelle identité de genre ne sont pas suffisantes³⁶⁶.

Enfin, notons à nouveau que cet arrêt ne concerne que l'identité de genre. Il ne constitue en aucun cas une remise en cause de l'altérité sexuelle comme condition du droit au mariage, comme cela été confirmé par la suite dans l'arrêt *Parry*³⁶⁷ étudié précédemment. La Cour ne fait que définir autrement la relation hétérosexuelle comme visant deux personnes ayant un sexe juridique, morphologique et une identité de genre qui sont opposés³⁶⁸.

§ 2. La protection du droit au respect de la vie familiale dans sa dimension verticale : la filiation

Encore plus controversée que la vie privée et la reconnaissance du couple, la protection d'une relation verticale de la vie familiale est pourtant également fondamentale. L'enfant étant « l'accès le plus abouti à la vie familiale »³⁶⁹, protéger un droit de fonder une famille ou reconnaître la filiation d'une personne revendiquant un droit à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre, soulève des enjeux très importants. Cette reconnaissance est néanmoins loin d'être évidente.

A. L'orientation sexuelle et la protection de la vie familiale dans sa dimension verticale

Il s'agit maintenant de déterminer dans quelle mesure il peut être fait droit aux demandes des couples de même sexe, voire aux célibataires, de voir cette dimension de la vie familiale protégée, indépendamment de leur orientation sexuelle.

1. La protection de la Convention européenne des droits de l'Homme

Examinons à présent les différentes hypothèses pouvant se présenter devant la Cour européenne des droits de l'Homme la faisant s'interroger sur une vie familiale en lien avec un droit à l'orientation sexuelle et sur base de quels articles de la Convention ces revendications pourraient être tranchées.

a) Les trois hypothèses de vie familiale

³⁶⁶ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 93-94.

³⁶⁷ Cour eur. D.H. (déc.), 28 nov. 2006, *Parry c. R.-U.*, n°42971/05, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

³⁶⁸ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 97-99.

³⁶⁹ Cl. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », *op. cit.*, p. 67.

Les individus peuvent invoquer un droit à « accéder aux enfants » indépendamment de leur orientation sexuelle dans trois cas de figures³⁷⁰. Le premier est l'hypothèse d'une famille déjà existante, lorsqu'un enfant est né d'une relation hétérosexuelle, que la filiation a été établie à l'égard du père et de la mère biologique de l'enfant et que par la suite l'un des parents fait le choix d'une orientation sexuelle homosexuelle. Il ne fait actuellement plus de doute que cette orientation sexuelle ne peut plus être la source d'une remise en question de la filiation ou de l'autorité parentale d'un parent. L'orientation sexuelle relevant de la vie privée, elle ne peut justifier une remise en question de ses aptitudes parentales³⁷¹. La Cour européenne a notamment eu l'occasion de le préciser à l'égard de l'autorité parentale dans l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*³⁷² faisant suite à une décision d'un tribunal portugais estimant que l'intérêt de l'enfant était d'être élevé dans une famille traditionnelle et non pas auprès de son père qui vivait avec un autre homme³⁷³.

Une deuxième hypothèse est celle de l'accès à la famille, c'est-à-dire dans la mesure où il n'est pas possible pour une personne vivant en couple avec une personne du même sexe de procréer selon la voie classique, d'accéder à la procréation médicalement assistée ou de recourir à l'adoption, que ce soit individuellement ou en tant que couple. Il s'agit du droit à fonder une famille.

Enfin, un troisième cas de figure intervient, suite de la deuxième hypothèse, lorsqu'un enfant est né du projet d'un couple de même sexe, que ce soit en recourant à l'aide d'un tiers ou par la procréation médicalement assistée. Il s'agit alors de déterminer comment le droit peut protéger cette vie familiale existante.

b) Le double fondement conventionnel du droit à la vie familiale dans sa dimension verticale

Si l'article 12 offre une protection importante puisqu'il contient des obligations positives visant à garantir un « droit à fonder une famille », celui-ci se rapporte a priori aux couples mariés. Or, les couples de même sexe n'ayant toujours pas accès à un tel droit, ce n'est pas au sein de l'article 12 qu'ils trouvent une protection de leur droit à fonder une famille. C'est donc vers les articles 8 et 14 de la CEDH qu'ils vont devoir se tourner³⁷⁴.

Pour la Cour européenne des droits de l'Homme, la protection du droit au respect de la vie familiale inscrite dans l'article 8 n'ouvre pas un droit à fonder une famille, il ne protège que la famille déjà existante³⁷⁵. Il n'existe actuellement aucun « droit à adopter »³⁷⁶. Cependant, une question distincte est

³⁷⁰ Nous ne ferons que présenter la première hypothèse. Les deuxième et troisième feront elles l'objet d'un développement plus important.

³⁷¹ A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 510.

³⁷² Cour eur. D.H., 21 déc. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n°33290/99, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).

³⁷³ M. LEVINET, « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *op. cit.*, pp. 360-361.

³⁷⁴ L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 578.

³⁷⁵ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, p. 39.

celle de l'égalité dans l'accès à la procédure d'adoption³⁷⁷. Ainsi, le fait pour le droit interne d'interdire l'accès à la procédure d'adoption à des couples de même sexe ou, alors que le droit permet l'adoption par un célibataire, le fait de refuser l'agrément à un individu en raison de son orientation sexuelle, va pouvoir faire l'objet de revendications fondées sur l'article 14 de la CEDH, combiné avec l'article 8.

La Cour s'est prononcée à deux reprises sur la violation de l'article 14 combiné à l'article 8 dans l'hypothèse d'un refus d'agrément concernant un homosexuel célibataire.

Elle l'a fait d'abord en 2002 dans l'arrêt *Fretté*³⁷⁸. Sans considérer qu'il y avait présence d'une vie familiale ni la violation du droit au respect de la vie privée, la Cour a cependant estimé que l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 8 trouvait à s'appliquer. Pour certains auteurs, cette décision a été l'occasion pour la Cour d'ouvrir la voie pour l'article 14 à une portée autonome³⁷⁹, d'autres soulèvent néanmoins que le lien avec l'article 8 existait et qu'il se trouvait dans la procédure utilisée par les autorités françaises amenées à refuser l'agrément dans la mesure où elles ont basées leur décision sur base de données relevant de la vie privée : l'orientation sexuelle³⁸⁰. Dans l'examen de la violation de l'article 14, la Cour a constaté l'absence de consensus européen s'agissant de déterminer s'il fallait permettre aux homosexuels d'adopter et a ainsi consacré une large marge d'appréciation en faveur des Etats³⁸¹. Par conséquent, elle a conclu à l'absence de discrimination dans la mesure où la différence de traitement était objectivement et raisonnablement justifiée eu égard à l'intérêt des enfants³⁸².

La Cour est revenue sur sa décision en 2008 dans l'arrêt *E.B. c. France*³⁸³, toujours concernant le refus d'agrément en raison de l'orientation sexuelle de la personne. La Cour y rappelle que l'article 8 ne protège pas le droit de fonder une famille ou un droit à l'adoption (§41) mais estime le lien avec l'article 8 suffisant. En effet, si l'Etat n'avait pas l'obligation de prévoir un droit pour les célibataires de demander un agrément en vue d'adopter, dans la mesure où les autorités françaises ont néanmoins prévu cette possibilité, elles devaient le faire de manière non-discriminatoire (§49). La Cour constate qu'il y a à l'égard de la requérante une différence de traitement fondée sur son orientation sexuelle (§§70-89) et elle va estimer que celle-ci ne fait pas l'objet d'une justification objective et raisonnable eu égard à la jurisprudence de la Cour quant aux différences de traitement fondée sur l'orientation sexuelle développée dans l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*. Ainsi, pour la Cour, les « raisons avancées par le Gouvernement ne sauraient être qualifiées de particulièrement graves et convaincantes pour justifier le refus d'agrément opposé à la requérante » (§§90-94).

³⁷⁶ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 193.

³⁷⁷ Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. Perpète, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°664/8, pp. 129-130 ; 167.

³⁷⁸ Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).

³⁷⁹ Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, pp. 24-26.

³⁸⁰ P. MURAT, « Filiation et vie familiale », *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 197-200.

³⁸¹ Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §41.

³⁸² Cl. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », *op. cit.*, p. 69.

³⁸³ Cour eur. D.H., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n°43546/02, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).

Enfin, pour ce qui concerne la situation des familles « de faite », comprenant un ou plusieurs enfants né(s) du projet d'un couple de même sexe, il n'est pas encore certain que celle-ci puisse être considérée par la Cour comme constitutive d'une vie familiale et encore moins qu'elle puisse être source d'obligations positives à charge des Etats³⁸⁴. En effet, si la jurisprudence a subi une importante évolution avec l'arrêt *Schalk et Kopf*, estimant que les relations de couple entre personnes de même sexe relèvent de la vie familiale, il n'empêche qu'en matière de filiation, le principe reste toujours que celle-ci est basée sur une réalité biologique, même si elle est fictive ou apparente.³⁸⁵ Il n'est donc pas acquis que si la Cour était amenée à se prononcer dans les mois à venir sur l'absence de protection juridique des situations familiales « de facto » d'un couple de même sexe, elle abandonnerait la marge d'appréciation concédée aux Etats à cet égard afin de consacrer une obligation positive de reconnaissance. Elle pourrait ainsi, comme elle l'a fait dans l'arrêt *X. Y. et Z. c. Royaume-Uni* à l'égard de la famille d'un transsexuel³⁸⁶, reconnaître l'existence d'une vie familiale sans néanmoins l'assortir des droits et obligations qui en découlent³⁸⁷. Notons qu'une telle hypothèse est actuellement examinée par la Cour : l'affaire *Gas et Dubois*, relative à un couple de lesbiennes françaises, mères d'une fille née par insémination artificielle, a été jugée recevable³⁸⁸, plaidée devant la Cour sur le fond mais n'a pas encore fait l'objet d'une décision.

2. La protection du droit de fonder une famille en droit belge

Pour ce qui concerne la protection de ces couples de même sexe ayant une famille suite au recours à la procréation médicalement assistée, la Cour constitutionnelle belge a déjà pu estimer que le fait que l'enfant de la mère biologique ne pouvait pas bénéficier de l'autorité parentale vis-à-vis de la partenaire de la mère et n'était donc pas protégé en cas de séparation de ses parents, constituait à l'égard de cet enfant une différence de traitement non-justifiée. La Cour a cependant renvoyé au législateur le soin de choisir la voie la plus adaptée pour protéger la vie familiale de ces personnes³⁸⁹.

Le législateur belge a décidé de franchir un pas important en faveur de la protection effective du droit au respect de la vie familiale pour les couples de même sexe en ouvrant, par la loi du 18 mai 2006, le droit d'adopter aux couples de même sexe³⁹⁰.

Si la proposition de loi du député Swennen (SPA) à la base de cette ouverture est très courte³⁹¹ (en plus de développements laconiques, elle contient deux articles, qui suppriment dans le Code civil la

³⁸⁴ Pro M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, p. 143 ; A. LEBORGNE, « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *op. cit.*, p. 506 ; *contra* L. GARLICKI, « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 572.

³⁸⁵ Br PY, *op. cit.*, pp. 44-45.

³⁸⁶ A ce sujet, voy. *infra*.

³⁸⁷ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2, pp. 41-42.

³⁸⁸ Cour eur. D.H. (déc.), 31 août 2010, *Gas et Dubois c. France*, n°25951/07, <http://echr.coe.int> (29 juill. 2011).

³⁸⁹ C. Const., 8 oct. 2003, n°134/03, <http://www.const-court.be/> (29 juill. 2011), B.7.

³⁹⁰ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 30 oct. 2007, p. 55933.

référence au « sexe différent » introduite trois ans plus tôt par la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe), les travaux opérés en commission sur cette thématique ont été conséquents.

La proposition, avant d'être abordée par la commission de la Justice de la Chambre des représentants, avait fait l'objet de débats au sein d'une sous-commission « Droit de la famille ». Dans celle-ci comme en commission de la Justice, les débats avaient tournés autour de la question de la voie la plus appropriée pour reconnaître la vie familiale des couples de même sexe. Certains députés évoquaient notamment la piste d'une « parenté sociale » pour ouvrir des droits au partenaire qui n'a pas de droits parentaux à l'égard de l'enfant. Les députés vont néanmoins faire le choix de traiter ces deux questions de manière distincte et se concentrer sur la problématique de l'adoption³⁹².

Dans son témoignage en sous-commission, Frederiek Swennen avait notamment pu différencier la filiation (biologique) de la parenté sociale et de l'adoption (ou filiation adoptive). Il estimait la parenté sociale inadéquate car la détermination de son contenu en termes de droits et obligations pouvait poser des difficultés. Il s'était donc montré favorable à la fin de l'interdiction faite aux couples de même sexe d'accéder à la procédure d'adoption dans la mesure où il estimait que l'intérêt de l'enfant n'était plus une justification suffisante pour le maintien d'une différence de traitement et que le principe de précaution était à présent dépassé. Il s'appuyait à cet égard sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme allant vers plus d'égalité sur base de l'orientation sexuelle³⁹³.

Quant au professeur Olivier De Schutter, il a rappelé d'une part que la proposition ne visait pas à ouvrir un droit subjectif à l'adoption, seulement une égalité des chances dans l'accès à la procédure, qu'à cet égard le principe devait être l'interdiction de discrimination et non le contraire. Enfin, s'agissant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme issue de l'arrêt *Fretté*, celle-ci estimait que les différences de traitement à l'égard des couples de même sexe étaient justifiées eu égard à la marge d'appréciation des Etats. Le professeur De Schutter estimait cependant que cette jurisprudence allait être modifiée dans l'arrêt *E.B. c. France*, à l'époque encore pendant devant la Cour³⁹⁴.

Quant à la section de législation du Conseil d'Etat, elle a fait œuvre de plus d'ouverture dans son (long) avis relatif à l'adoption qu'elle ne l'avait fait par rapport au mariage homosexuel. Se prononçant simultanément sur une série de propositions de loi relatives la vie familiale des couples de même sexe, la section législation a rappelé l'état des trois grands droits fondamentaux pertinents sur cette matière : le droit à la vie privée, à la vie familiale et l'égalité et la non-discrimination, droits protégés

³⁹¹ Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°664/1.

³⁹² Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. Perpète, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°664/8, pp. 4-18.

³⁹³ Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. Perpète, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°664/8, pp. 121-132.

³⁹⁴ Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. Perpète, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°664/8, pp. 167-170.

constitutionnellement mais aussi au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle a rappelé également que pour interpréter ces droits constitutionnels, il faut avoir égard à leur interprétation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Selon l'état de la jurisprudence au moment où la section de législation a rendu son avis, ces droits n'obligeaient pas l'Etat à prévoir l'adoption pour les couples de même sexe ni ne considéraient comme discriminatoire le fait de limiter l'accès à l'adoption aux couples hétérosexuels. Cependant, la jurisprudence de la Cour consistant avant tout à accorder une marge d'appréciation aux Etats, le Conseil d'Etat n'excluait pas que celle-ci puisse jouer dans l'autre sens et que par conséquent la Belgique puisse faire le choix de permettre une telle adoption³⁹⁵.

C'est le choix qu'a fait le législateur en ouvrant un droit à fonder une famille aux couples de même sexe.

B. L'identité de genre et la protection de la vie familiale dans sa dimension verticale

S'agissant de la filiation des transsexuels, les hypothèses en jeu sont fondamentalement les mêmes que pour l'orientation sexuelle. Il ne pose d'ailleurs également pas de difficultés d'énoncer que la conversion sexuelle est sans incidence sur les filiations antérieures du transsexuel puisque la reconnaissance juridique de ce nouveau sexe vaut a priori *ex nunc*³⁹⁶. C'est donc à nouveau concernant l'éventuelle reconnaissance du droit à une vie familiale et le droit à fonder une famille qu'interviennent les revendications en matière d'identité de genre.

1. La reconnaissance d'une vie familiale des transsexuels par la Convention européenne des droits de l'Homme

Il convient à présent d'examiner si la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'Homme d'une vie familiale ou d'un droit à fonder une famille pose également des problèmes lorsque l'un des partenaires a une identité de genre différente de son sexe d'origine.

a) La protection de la vie familiale

Pour rappel, la Cour européenne intègre dans la notion de vie familiale une série de situations *de facto* établissant que le fait qu'un enfant soit issu d'un mariage ou d'une relation illégitime est sans conséquence³⁹⁷.

La Cour a eu l'occasion en 1997, dans l'arrêt *X. Y. et Z.*³⁹⁸, de se prononcer sur l'existence d'une vie familiale en ayant égard à l'identité de genre d'une des personnes composant la cellule familiale.

³⁹⁵ Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2.

³⁹⁶ G. LEBRETON, « Le changement de sexe, droit de l'individu ? », *op. cit.*, p. 303.

³⁹⁷ Voy. *supra* sur la notion de droit au respect de la vie familiale.

L'affaire concernait X, un homme à l'origine de sexe féminin, vivant en couple depuis plus de 10 ans avec la seconde requérante, Y. Ils avaient ensemble élaboré le projet d'élever un enfant. Ainsi, Y avait eu recours, avec l'accord du comité éthique de l'hôpital, à une insémination artificielle avec donneur anonyme (IAD) à la suite de laquelle était né Z. La Cour notait qu'aux yeux de tous X se comportait vis-à-vis de Z comme son père. Si X avait obtenu une décision de garde conjointe à l'égard de Z et avait pu lui donner son nom, il n'était néanmoins pas juridiquement considéré comme son père (§§12-19).

La Cour, amenée à apprécier l'applicabilité de l'article 8, a reconnu l'existence d'une vie familiale entre X, Y et Z. En effet, bien que constant l'absence de lien biologique ou de parenté quelconque entre X et Z, y compris adoptive, la Cour a estimé que la vie familiale ne se limite pas aux situations nées d'un mariage et doit s'apprécier en fonction des circonstances³⁹⁹. Elle a ainsi constaté l'existence d'une relation de fait entre tous les requérants suffisante pour qu'on puisse la qualifier de vie familiale (§§33-37).

La Cour n'a cependant à l'époque pas considéré que cette reconnaissance impliquait l'existence d'obligations positives à charge de l'Etat. Selon sa méthode habituelle, la Cour a rappelé que pour dégager une obligation positive, elle devait réaliser une balance des intérêts privés et publics et qu'à cet égard les Etats jouissent a priori d'une marge d'appréciation. Ainsi, malgré l'importance que la Cour accorde à la protection de l'intérêt de l'enfant lorsqu'il existe une vie familiale, elle a estimé que tant concernant l'IAD en général que les questions en lien avec l'identité de genre en particulier, il n'y avait pas encore de communautés de vue et que par conséquent il y avait une large marge d'appréciation en faveur de l'Etat (§§41-44). Eu égard à cette importante marge, la Cour a opéré la balance des intérêts et estimé que la modification du régime juridique afin de permettre la reconnaissance de la paternité de X aurait créé une série d'inconvénients plus importants que ceux subis par X du fait de cette non-reconnaissance. Par conséquent, la Cour a refusé de dégager une obligation positive à l'égard du Royaume-Uni lui imposant de reconnaître X comme étant le père de Z (§§45-52).

L'arrêt *X, Y et Z* a fait couler beaucoup d'encre. De nombreux auteurs s'interrogent sur la portée d'un tel arrêt qui consacre l'existence d'une vie familiale sans l'assortir de droits et obligations, donc sans lui fournir une quelconque effectivité⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Cour eur. D.H., 22 avril 1997, *X, Y. et Z. c. Royaume-Uni*, n°21830/93, <http://echr.coe.int> (29 juill. 2011).

³⁹⁹ §36 : « Pour déterminer si une relation s'analyse en une « vie familiale », il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre. »

⁴⁰⁰ M. LEVINET, « Couple et vie familiale », *op. cit.*, pp. 142-147 ; Fr. SUDRE, « Rapport introductif. La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », *op. cit.*, p. 143.

Bien que la Cour ne se soit plus prononcée sur cette question depuis cet arrêt, il serait erroné de penser que cette jurisprudence puisse toujours être considérée comme actuellement valable. Depuis 1997, la Cour a connu une importante transformation de sa jurisprudence avec notamment une évolution fulgurante au sein de l'arrêt *Goodwin*. Depuis 2002, la marge d'appréciation accordée aux Etats pour ce qui concerne les situations en lien de l'identité de genre est fortement réduite⁴⁰¹ et la Cour consacre de plus en plus d'obligations positives à charge des Etats pour ce qui relève de la vie familiale en général. De plus, depuis que l'arrêt *Goodwin* leur a ouvert un droit au mariage, rien n'empêche à ces couples de bénéficier de la large protection de l'article 12 de la CEDH.

b) L'existence d'un droit à fonder une famille

A la différence de l'orientation sexuelle, l'identité de genre n'est pas nécessairement un obstacle au droit à fonder une famille. En effet, dans la mesure où le couple est composé de deux personnes de sexe différent au sens du sexe juridique et morphologique, plus rien ne les empêche depuis l'arrêt *Goodwin* de se marier et, par conséquent, de bénéficier de la protection de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ne pouvant fonder une famille par la procréation, ils auraient ainsi accès la procréation médicalement assistée ou à l'adoption⁴⁰².

2. La protection de la vie familiale des transsexuels en droit belge

En droit belge, le fait que la rectification de l'état civil opère sans effet rétroactif permet également de dire sans que cela pose de difficultés qu'une personne ayant obtenu de rectifier son état civil pourra voir ses liens de filiation établis avant ce changement maintenus⁴⁰³. Cela est d'autant plus évident que le législateur a intégré ce principe dans le Code civil⁴⁰⁴. Il faut donc uniquement examiner si le droit belge offre un droit à fonder une famille et une véritable protection de la vie familiale pour le transsexuel.

a) Le droit de fonder une famille

S'agissant de la possibilité de fonder une famille en ayant recours à la procréation « normale », la loi belge de 2007⁴⁰⁵ introduit une importante ingérence en empêchant la personne souhaitant rectifier son état civil d'avoir des enfants en fonction de son sexe d'origine. En effet, l'article 2 de la loi impose comme condition absolue à la reconnaissance du nouvel état civil, le fait que le requérant ait subi une stérilité irréversible. L'intention du législateur est d'éviter des situations remettant en cause la cohérence du droit belge de la filiation. Cependant, le législateur n'a pas tranché la question pourtant soulevée lors des travaux préparatoires s'agissant d'une personne passant du sexe masculin à féminin,

⁴⁰¹ Kr. UYTTERHOEVEN, « Transseksualiteit en de mensenrechten », *op. cit.*, pp. 106-107.

⁴⁰² Cl. NEIRINCK, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰³ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, p. 110.

⁴⁰⁴ Art. 62bis, §8, al. 1 C. Civ. : « L'acte portant mention du nouveau sexe ne modifie en rien les liens de filiation existants, ni les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent. Toutes les actions concernant ces liens de filiation et les droits, pouvoirs et obligations qui en découlent peuvent encore être intentées après l'établissement de l'acte portant mention du nouveau sexe. »

⁴⁰⁵ Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juill. 2007, p. 37823.

qui vise à déterminer si cette obligation de stérilité concerne également une interdiction de congeler le sperme du transsexuel avant la conversion afin d'éviter qu'il soit utilisé par la suite pour inséminer artificiellement son éventuelle partenaire.⁴⁰⁶

Cette stérilisation forcée pose évidemment question. S'agissant d'une ingérence dans le droit de fonder une famille tel qu'il est protégé par l'article 12, celle-ci peut-elle être considérée comme justifiée ? La Cour européenne des droits de l'Homme, saisie de la question sans s'être encore prononcée⁴⁰⁷, pourra peut-être répondre aux interrogations des associations de défenses des personnes transgenres.

Toujours concernant le droit à fonder une famille, l'identité de genre d'un des requérant ne pose a priori pas de problème par rapport à l'accès à la procédure d'adoption puisque la Belgique a fait le choix en 2006 de permettre l'adoption aux couples mariés, quel que soit le sexe (juridique ou génétique) des partenaires⁴⁰⁸.

Enfin, concernant la procréation médicalement assistée, la Belgique permet aux femmes d'y recourir, sans faire référence à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre de leur compagnon, si elles en ont un. Par ailleurs, la décision de permettre à ces femmes de recourir à une procréation médicalement assistée est confiée aux centres de fécondation⁴⁰⁹.

b) Les différentes interprétations possibles des règles relatives à la filiation

La loi du 10 mai 2007 intègre un article 62bis, §8, al 2, prévoyant une dérogation aux règles relatives à l'établissement de la filiation paternelle à l'égard d' « une personne de sexe masculin qui a fait une déclaration conformément à l'article 62bis et pour laquelle un acte portant mention du nouveau sexe a été établi ». Cette disposition, qui n'a pas fait l'objet de commentaires lors des travaux parlementaires, vise à « protéger le mariage, la filiation et l'ordre dans la société ».⁴¹⁰ Telle qu'interprétée par une partie de la doctrine et par une circulaire ministérielle, cette disposition viserait à ne plus permettre à un transsexuel passant du sexe masculin au sexe féminin de reconnaître l'enfant dont il est pourtant génétiquement le père dès qu'un acte de rectification de l'état civil a été établi, quand bien même il n'aurait pas encore commencé à sortir ses effets.

Pour Tim Wuyts, cette disposition pose plus de problèmes qu'elle ne peut le paraître *prima facies*. Il estime que l'interprétation qui est faite de cette disposition pose des soucis de cohérence juridique mais aussi par rapport au principe de l'égalité et de la non-discrimination. Il soulève ainsi qu'un enfant ne pourrait pas, à cause de ce nouvel article, voir sa filiation établie vis-à-vis d'une personne qui est pourtant génétiquement son père. Ce dernier devrait alors recourir à la procédure d'adoption (avec ses coûts et ses lenteurs) pour être juridiquement reconnue comme la « mère adoptive » de ce dernier.

⁴⁰⁶ S. CAP, « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *op. cit.*, pp. 87-90.

⁴⁰⁷ *Voy. supra.*

⁴⁰⁸ *Voy. supra.*

⁴⁰⁹ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575, art. 2-8.

⁴¹⁰ Projet de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme de Roeck, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n°3-1794/5, p. 18.

Quant à la personne passant du sexe féminin au sexe masculin, il n'y aurait aucun obstacle à ce qu'elle puisse, une fois son sexe rectifié dans l'état civil, demander à ce que la filiation paternelle soit établie vis-à-vis d'un enfant avec lequel elle n'a certainement aucun lien biologique. Cette interprétation semble ainsi, pour Tim Wuyts, ouvrir la voie à une filiation, non-adoptive, s'opérant distinctement de la réalité biologique, voir ouvrir la voie à une filiation aux couples de même sexe, ce qui n'est pourtant a priori pas l'intention du législateur⁴¹¹.

L'auteur invoque ainsi une seconde interprétation possible de l'article 62bis, §8, al. 2 du Code civil plus conforme à l'intention du législateur, c'est-à-dire préserver le droit de la filiation reposant sur la réalité biologique. Ainsi, selon cette interprétation, lorsque la disposition du Code civil fait référence à une « personne de sexe masculin », elle ne vise non pas une personne passée du sexe masculin au sexe féminin mais une personne dont le nouveau sexe, rectifié, est le sexe masculin. Cette disposition viserait donc à éviter qu'une personne dont le sexe génétique est féminin puisse être reconnue juridiquement comme le père de l'enfant⁴¹².

⁴¹¹ T. WUYTS, « De gevolgen van de juridische geslachtsaanpassing op familierechtelijk vlak », *De rechtpositie van de transseksueel*, op. cit., pp. 227-240.

⁴¹² *Ibid.*, pp. 241-266.

CHAPITRE 3 : LES LIMITES DU DROIT À L'ORIENTATION SEXUELLE ET À L'IDENTITÉ DE GENRE

Après avoir dressé l'état actuel du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre pour ce qui relève de la protection de la vie privée et de la vie familiale des individus, nous pouvons en dresser les limites et envisager les évolutions possibles. Tout d'abord, nous allons voir *rationae materiae* et *rationae personae*, quelles sont les situations et personnes qui ne jouissent toujours pas d'une protection de leur droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Dans un second temps, nous nous demanderons si le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre est actuellement un droit fondamental ou s'il devrait l'être et s'il ne l'est pas comment il pourrait le devenir. Nous finirons par nous interroger sur l'intérêt d'encore maintenir dans le droit une distinction entre les deux sexes.

Section 1. Les limites rationae materiae : la reconnaissance partielle de droit à une vie familiale

Tant la Cour européenne des droits de l'Homme que ses Etats membres, dont le Belgique, reconnaissent de plus en plus un droit au respect de la vie privée comme protégeant l'orientation sexuelle et l'identité de genre. C'est particulièrement le cas concernant l'orientation sexuelle. Cet élément de la vie privée est considéré comme un des aspects les plus intimes de la sphère personnelle⁴¹³, pour lequel les ingérences des Etats doivent être particulièrement justifiées. On peut donc dire que la vie privée des homosexuels et des transsexuels est à présent non seulement respectée mais également protégée et garantie par le recours aux obligations positives⁴¹⁴.

Ce constat ne vaut néanmoins pas à l'égard de la vie familiale. Certes, la jurisprudence a récemment évolué mais en se réfugiant derrière la marge d'appréciation des Etats membres, elle est encore très loin de consacrer une vraie protection de la vie familiale.

§ 1. Le droit à une vie familiale « de fait » pour les transsexuels

A l'égard de l'identité de genre, la Cour européenne des droits de l'Homme a commencé à protéger la vie de couple des transsexuels seulement depuis 2002 et d'une manière non-absolue. En effet, l'arrêt *Goodwin* offre toujours une importante marge d'appréciation aux Etats membres pour la mise en œuvre du droit au mariage qu'elle reconnaît. Quant à la situation à l'égard des enfants, le flou est encore de rigueur. Depuis 1997 et l'arrêt *X. Y et Z. c. Royaume-Uni*, la Cour ne s'est plus prononcée sur la vie familiale des transsexuels. Est-elle toujours dénuée d'un quelconque contenu comme elle

⁴¹³ Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011), §52.

⁴¹⁴ Voy. *supra*.

l'avait dit il y a quatorze ans ou peut-on estimer qu'il y a eu une évolution au sein des Etats membres suffisante pour dégager des obligations positives de protéger cette vie familiale ? A ce sujet, c'est toujours l'incertitude.

Ce n'est pas le flou présent dans le droit belge relativement à la filiation des transsexuels qui peut rassurer quant à l'évolution possible de la jurisprudence de la Cour. Il semble qu'une modification du Code civil pour clarifier le contenu de l'article 62bis, §8 soit nécessaire afin de déterminer avec certitude quelles conséquences en matière de filiation à venir la conversion sexuelle emporte. Quant à la stérilité irréversible, celle-ci semble également fortement problématique.

Dans un cas comme dans l'autre, les arguments à l'appui de ces ingérences sont les mêmes : « protéger le droit de la filiation ». Or la protection de la cohérence de ce droit est-elle un argument suffisamment important pour justifier qu'on interdise aux individus de pouvoir concilier leur identité de genre et leur désir de fonder une famille ? S'il devait être fait un examen de la proportionnalité, l'intérêt public serait évalué en tenant compte de la cohérence du droit et de l'intérêt de l'enfant, tandis que l'intérêt particulier concernerait les incidences sur la situation familiale du transsexuel. Or, en permettant l'adoption par des couples de même sexe, on permet déjà concrètement qu'il soit considéré qu'un enfant ait deux pères ou deux mères. Cependant, malgré qu'on permette donc une certaine fiction à l'égard de l'adoption, la filiation biologique repose actuellement toujours sur l'apparence d'une réalité, c'est-à-dire sur l'existence d'une *summa divisio* entre hommes et femmes. L'enfant ne peut avoir qu'un père et une mère, car c'est cela la réalité pour le droit. On accepte de tempérer celle-ci lorsqu'un couple hétérosexuel a recours à l'insémination artificielle avec donneur mais toute fiction est refusée s'agissant d'une personne ayant un genre qui ne correspond pas à son sexe génétique.

A cet égard, il semble très difficile de conclure qu'il existe un droit à la vie familiale en faveur des individus revendiquant leur identité de genre.

§ 2. Le droit à la vie familiale ne protège pas l'orientation sexuelle

Les avancées de ces dernières années, présentes dans les arrêts *E.B. c. France* et *Schalk et Kopf c. Autriche*, sont certes essentielles mais néanmoins très récentes. S'agissant d'*E.B. c. France*, cet arrêt a bien évidemment des conséquences importantes sur la possibilité de la requérante de jouir d'une vie familiale mais cela ne signifie pas pour autant que le droit au respect de la vie familiale en est le fondement. Le raisonnement de la Cour s'appuie en réalité sur le principe d'égalité et de non-discrimination et protège un élément qui relève de la vie privée de la requérante : son orientation sexuelle. La véritable reconnaissance d'une vie familiale en faveur des couples de même sexe est donc intervenue il y a quelques mois à peine grâce à l'arrêt *Schalk et Kopf*.

Cette reconnaissance est néanmoins limitée. Tout d'abord, parce que la Cour a refusé à l'unanimité de remettre en cause son interprétation de l'article 12 comme restreint aux couples de sexe différent. Alors qu'elle estime que les ingérences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être particulièrement

justifiées⁴¹⁵, la Cour accepte encore en 2010 de maintenir cette importante différence de traitement entre les couples en raison de leur orientation sexuelle et continue à se cacher derrière le texte de l'article 12 (« homme et femme ») et une vision traditionnelle du mariage pour justifier cette différence. Si la formulation de l'article 12 posait réellement problème, la Cour aurait éventuellement pu protéger le droit au mariage pour les couples de même sexe via le large champ d'application de l'article 8 de la CEDH (éventuellement combiné avec l'article 14). La Cour a cependant refusé d'avoir recours à cette disposition dans un souci de cohérence de la Convention⁴¹⁶.

Ensuite et au-delà du mariage, la Cour n'a pas non plus accordé une effectivité à la reconnaissance d'une vie familiale pour les couples de même sexe puisqu'elle s'est rangée derrière la marge d'appréciation pour estimer que l'absence d'une protection juridique équivalente au mariage dans la majorité des Etats membres ne viole pas les articles 8 et 14 de la CEDH.

Enfin, si la Cour a connu une importante avancée concernant le droit à fonder une famille en permettant à une personne célibataire de pouvoir accéder à la procédure d'agrément à l'adoption indépendamment de son orientation sexuelle, il ne s'agit pas d'un droit absolu. En effet, cette possibilité n'est ouverte que dans la mesure où l'Etat décide de son propre chef de permettre l'accès à la procédure d'adoption aux célibataires.⁴¹⁷ Ainsi, la Cour ne semble pas s'opposer à ce que les Etats conditionnent l'accès à l'adoption au fait d'être marié, excluant *de facto* les couples de même sexe qui n'ont pas accès au mariage dans toute une série d'Etats.

De plus, il n'existe encore aucune certitude qu'en au fait que la Cour reconnaisse la vie familiale en cas de situation « de fait » comme elle l'a fait pour un couple transsexuel dans l'affaire *X. Y. et Z.* Il est encore plus incertain qu'elle en dégage des obligations positives à charge des Etats. Espérons néanmoins que la Cour aura égard à l'intérêt de l'enfant dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France* qui sera rendu dans les prochains mois, ainsi qu'à l'évolution des mentalités au sein des ses Etats membres pour écarter cette marge d'appréciation et dégager une obligation positive de reconnaître l'homoparentalité. En faisant cela, la Cour ferait un pas important vers une véritable protection de la vie familiale pour les couples de même sexe.

La Belgique n'a pas attendu que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaisse une vie familiale en faveur des homosexuels pour offrir une protection à ces couples qui soit similaire à celle des couples hétérosexuels. L'adoption récente d'une loi⁴¹⁸ relative au congé de parentalité pour la conjointe de la mère au moment de l'accouchement illustre bien la tendance proactive de la Belgique vers toujours plus d'égalité des orientations sexuelles⁴¹⁹. Il faut s'en féliciter.

⁴¹⁵ Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), §97.

⁴¹⁶ Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), §101.

⁴¹⁷ Cour eur. D.H., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n°43546/02, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011), §49.

⁴¹⁸ Loi du 13 avril 2011 modifiant, en ce qui concerne les coparents, la législation afférente au congé de paternité, *M.B.*, 10 mai 2011, p. 27182.

⁴¹⁹ Ce projet permet à la personne qui mariée, en cohabitation légale ou conjointe de fait depuis au moins un an avec la mère de l'enfant de bénéficier du congé de paternité attribuée normalement au père.

Section 2. Les limites rationae personae : la limitation de la protection de l'identité de genre à la situation des transsexuels

Dans le cadre du deuxième chapitre, nous avons présenté la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'état du droit en Belgique concernant l'identité de genre. En réalité, l'examen n'a porté que sur un aspect spécifique du droit à l'identité de genre : la situation des transsexuels. A ce jour, il n'y a pas encore de place dans le droit pour la prise en compte de la situation des personnes transgenres au sens large, tant pour leurs revendications relevant du droit au respect de la vie privée, que familiale ou du droit à l'égalité et à la non-discrimination.

Ainsi, pour la Cour européenne des droits de l'Homme comme pour le législateur belge, la modification de l'état civil d'une personne est conditionnée à l'accomplissement d'un traitement de conversion sexuelle qui doit être le plus complet possible. Bien que la Cour semble prendre ses distances vis-à-vis de l'explication médicale du transsexualisme au profit d'une reconnaissance d'un droit à l'autodétermination⁴²⁰, celle-ci n'est pas suffisamment développée de manière telle que des individus qui ont subi une conversion partielle, notamment dans le désir de pouvoir garder une activité sexuelle normale, puissent obtenir la protection dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Goodwin*. Il existe pourtant un principe de Jogjakarta⁴²¹ qui recommande que cette conversion ne doit pas être nécessaire pour que l'identité de genre soit reconnue⁴²².

A l'égard du droit à l'égalité, les différents outils mis en place pour protéger les individus contre les discriminations en raison de leur conversion sexuelle font à nouveau référence aux discriminations sur base du « changement de sexe »⁴²³ ou de la « conversion sexuelle »⁴²⁴ et non pas sur l'identité de genre au sens large⁴²⁵.

Le droit à l'identité de genre ne protège par conséquent à ce jour qu'une catégorie limitée d'individus.

⁴²⁰ Voy. *supra*.

⁴²¹ Commission International de Juristes (CIJ), Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html> (27 juin 2011).

⁴²² Principe n°3 : « Personne ne sera forcé de subir des procédures médicales, y compris la chirurgie de réassignation de sexe, la stérilisation ou la thérapie hormonale, comme condition à la reconnaissance légale de son identité de genre »

⁴²³ Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031, art. 4, §2.

⁴²⁴ C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, *Rec. C.J. C.E.*, 1996, I, p. 2145.

⁴²⁵ *Contra*, la récente Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011 (non-signée par la Belgique).

Section 3. Les limites relatives au fondement du droit : le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre n'est pas protégé comme un droit fondamental

Il découle des deux précédentes sections que le droit à l'orientation sexuelle souffre de la disparité de ses fondements et du fait que ceux-ci sont généraux et non spécifiques à ce droit. Il n'existe ainsi pas réellement un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre mais une possibilité de jouir du droit à la vie privée, à la vie familiale et à l'égalité sans être discriminé en raison de son orientation sexuelle et de son identité de genre. De plus, on admet tout une série de limitations de la jouissance de ces droits en raison de l'absence de reconnaissance suffisamment généralisée dans les droits internes des Etats.

On peut donc dire que le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre n'est pas protégé comme un droit fondamental.

Il existe pourtant un instrument visant à protéger le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans un nombre important de droits fondamentaux de l'individu. Il s'agit des Principes de Jogjakarta, développés par la CIJ en 2006. Cependant, la valeur juridique de ces principes n'est pas suffisante pour que, tant les juridictions internationales qu'internes, puissent les utiliser comme base pour trancher les revendications qui leur sont soumises. En effet, adoptés par des experts et non par des Etats, ces principes ne constituent manifestement pas un traité. Il ne fait également pas de doute, vu leur absence d'effectivité, qu'ils ne sont pas une codification de règles coutumières. Enfin, si pour ces auteurs, ces principes codifient de manière cohérente « l'ensemble du régime de droit international en matière de droits humains et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre »⁴²⁶, il semble en réalité qu'ils soient tout au plus une codification par la doctrine de principes du droit international que, *de lege feranda*, la Commission souhaiterait voir devenir plus effectifs. Il n'en découle par conséquent aucune obligation à charge des autorités étatiques, tant en droit international qu'en droit interne.

Section 4. Les évolutions possibles du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre

Nous allons à présent envisager les différentes pistes qui permettraient au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre de devenir un réel droit fondamental avant d'examiner si le maintien de la distinction juridique entre les sexes est toujours pertinent.

⁴²⁶ Commission International de Juristes (CIJ), Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html> (27 juin 2011), p. 7.

§ 1. Les différentes pistes permettant au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre de devenir un droit fondamental

Prenant pour acquis qu'il est souhaitable que le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre devienne un droit fondamental protégé indépendamment de la vie privée, la vie familiale et du droit à l'égalité et à la non-discrimination, une seconde question vise à examiner comment cela pourrait être fait, par quelles voies le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre pourrait être protégé sans subir les limitations actuelles liées à sa portée et sans les incertitudes existant concernant son fondement.

Une première piste, déjà envisagée par les parlementaires belges, consiste à intégrer dans l'ordre juridique belge les Principes de Jogjakarta. Ainsi, certains sénateurs et députés ont respectivement introduit une proposition de résolution visant à souscrire à ces principes et « participer activement à leur propagation »⁴²⁷ ou encore « d'en appliquer pleinement les dispositions dans tous les domaines de la vie publique et privée, afin de mettre fin à toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre ».⁴²⁸ Cette solution semble néanmoins être insuffisante : une simple souscription à ces principes ne suffirait pas pour leur offrir une réelle effectivité dans le droit belge. Il pourrait être envisagé que la Cour constitutionnelle examine la conformité des lois par rapport à ces principes de manière indirecte en recourant aux articles 10 et 11 de la Constitution⁴²⁹. Néanmoins, ce contrôle éventuel serait manifestement insuffisant pour offrir une réelle effectivité au droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre puisqu'il ne permettrait que la sanction par la Cour constitutionnelle des atteintes discriminatoires du législateur à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre sans pour autant consacrer un droit subjectif en faveur des individus.

Une seconde piste serait l'intégration d'un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans la Constitution et plus précisément dans son titre II, afin qu'il puisse faire l'objet d'un contrôle direct par la Cour constitutionnelle.

Concrètement, le constituant pourrait choisir d'intégrer un article prévoyant, selon une formulation similaire au droit au respect de la vie privée que « chacun jouit d'un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi ». Une deuxième formulation pourrait faire directement référence aux Principes de Jogjakarta en énonçant que « chacun jouit d'un droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre conformément aux Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ».

⁴²⁷ Proposition de résolution relative à la reconnaissance sociale des halebis et à la mise en œuvre d'une politique d'égalité des chances en leur faveur, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n°4-687/1, p. 10

⁴²⁸ Proposition de résolution sur la reconnaissance des principes de Yogyakarta sur l'application des droits de l'homme relatifs à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n°1240/1, p. 6.

⁴²⁹ S. DEPRÉ et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *op. cit.*, p. 87-88.

Si elles ont en commun de faire une réelle et importante consécration des droits des homosexuels et personnes aux « genres fluides », les deux formulations ont néanmoins des limites. Concernant la première, le constituant ne réglerait pas le problème de la détermination du contenu de ce droit : le risque est que, en l'absence d'une acceptation partagée au niveau international ou européen de ce qu'englobe un tel droit, l'interprétation faite soit restrictive et pas fondamentalement différente de ce qui est actuellement réalisé par la Cour européenne des droits de l'Homme par le recours aux articles 8 et 14 de la CEDH. En effet, même si un article protégeant l'identité de genre était inscrit dans la Constitution, ce n'est pas pour autant que la Cour l'interpréterait de manière à ce qu'il vise également la situation des personnes transgenres. Elle pourrait totalement estimer qu'un tel droit ne concerne que l'hypothèse stricte du transsexualisme. De plus, elle pourrait restreindre l'interprétation du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre comme étant un aspect particulier droit au respect de la vie privée. Ainsi, toutes les revendications liées à la vie familiale n'y seraient pas nécessairement incluses.

La deuxième solution pose également question puisque jusqu'à présent le constituant a toujours refusé d'étendre les droits et libertés des Belges en référence à des instruments internationaux. De plus, cela figerait le contenu de ce droit à ce qui est inscrit dans les Principes du Jogjakarta, alors même que le propre d'une Constitution est d'être rédigée en termes suffisamment larges pour permettre à son texte d'évoluer avec la société.

Le constituant accomplirait par conséquent un acte symboliquement très important en inscrivant au sein du texte constitutionnel un nouveau droit mais cela ne permettrait pas nécessairement de combler les lacunes de la protection du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. De plus, cela devrait se faire au prix d'un choix entre une formulation large, au risque que celle-ci soit interprétée trop restrictivement, et un article de la Constitution enfermant le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans un texte qui ne pourrait pas suffisamment évoluer.

Enfin, une dernière voie possible serait l'adoption au niveau du Conseil de l'Europe, d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme consacrant le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre. Cette solution présente un inconvénient évident : s'agissant d'un protocole additionnel, pour entrer en vigueur il devrait être ratifié par un nombre suffisant d'Etats, ainsi que par la Belgique pour qu'il puisse intervenir dans notre ordre juridique belge. Les avantages sont également importants : si ce protocole devait recevoir un nombre conséquent de ratifications, il serait intégré dans le catalogue des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'Homme et aurait ainsi un effet direct en droit belge. Son effectivité serait donc très importante. Quant à son contenu, il serait fixé au gré des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme dans lesquelles il serait invoqué. Ainsi, le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre aurait une

portée autonome, pourrait être protégé dans toutes ses composantes et pas uniquement comme élément du droit au respect de la vie privée ou de la vie familiale.

§ 2.La pertinence du maintien du sexe comme élément de l'état de la personne

Lorsque nous avons étudié la notion d'identité de genre, nous avons expliqué que celle-ci était étroitement liée à la binarité sexuelle, à la distinction fondamentale qui existe encore actuellement entre l'homme et la femme.

Une revendication présente au sein d'associations défendant la diversité de genres⁴³⁰ vise à remettre en cause le maintien de la référence au sexe. Cela veut dire qu'il s'agit de ne plus accorder juridiquement d'importance au sexe de la personne. Ce dernier serait une caractéristique biologique sans conséquence, comme la couleur des yeux ou la taille de l'individu. Cela aurait des incidences tant à l'égard du droit à l'identité de genre que pour l'orientation sexuelle.

Concernant l'identité de genre d'abord puisqu'il n'y aurait plus besoin de reconnaître juridiquement un changement de sexe, avec tous les problèmes que cela pose pour les personnes qui n'entrent pas dans les conditions actuellement fixées pour cette reconnaissance. Seuls le sexe biologique et l'identité de genre de l'individu existeraient encore, sans que leur éventuelle divergence - complète ou partielle - porte à conséquence. Il n'y aurait plus de sexe juridique.

Vis-à-vis de l'orientation sexuelle ensuite puisque ce changement aurait pour effet la disparition de la référence au sexe dans le droit, par conséquent là où le droit exige encore une altérité sexuelle, celle-ci n'aurait plus lieu d'être.

Concrètement, cette suppression mettrait sur un pied d'égalité complet hommes, femmes et personnes transgenres. Avec des conséquences importantes sur notre système juridique : les dispositions spécifiques à l'un ou l'autre des sexes seraient caduques⁴³¹ et celles visant à protéger par une forme de discrimination positive ou de quotas la représentation des femmes dans la politique ou les entreprises ne seraient plus fondées.

La disparition de la distinction juridique entre les sexes permettrait certainement de rencontrer une série de revendications fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre mais il n'est pas sûr qu'elle soit pour autant souhaitable. Si la balance des intérêts habituellement réalisée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour déterminer s'il existe une obligation positive devait être réalisée, elle amènerait certainement à la conclusion que l'atteinte à l'intérêt général, à savoir la cohérence du droit, est beaucoup trop importante par rapport aux intérêts particuliers.

⁴³⁰ Telle en Belgique l'association « Genres Pluriels ».

⁴³¹ Par exemple, il n'y aurait plus un congé de maternité pour la mère mais « pour la personne qui accouche » ou pour le parent, en général.

Ce n'est pas pour autant qu'il faut conclure que la distinction entre homme et femme doit encore conserver une telle importance. Sans aller jusqu'à sa disparition complète, il serait intéressant d'examiner si la mention du sexe dans les textes juridiques est toujours nécessaire et dans quelle mesure il ne peut pas être fait référence au sein de ceux-ci uniquement à l'état de « personne ».

La mention du sexe sur la carte d'identité en est un exemple. La Belgique ne semble toujours pas prête à envisager le retrait de cette mention malgré que cela constitue pour les personnes ayant une identité de genre distincte de leur sexe juridique une source de souffrance importante. Indépendamment du droit à l'autodétermination, cette mention semble être une atteinte à la sphère de l'intimité de l'individu. On peut faire le parallèle avec le raisonnement de la Commission européenne des droits de l'Homme qui l'avait amené dans l'affaire *Van Oosterwijk*⁴³² à conclure à une violation de l'article 8⁴³³ : cette mention du sexe sur la carte d'identité oblige les personnes transgenres à révéler des données personnelles très intimes. Cette revendication a fait l'objet d'une question parlementaire d'une députée en 2010, s'appuyant notamment sur le fait que la Suisse et l'Allemagne n'en font pas mention. Cependant, pour la ministre de la Justice, Annemie Turtelboom, le sexe est toujours un élément nécessaire à l'identification des individus⁴³⁴. Il serait cependant intéressant de faire une balance des intérêts pour voir dans quelle mesure ce retrait porte atteinte à l'intérêt général comparé aux inconvénients posés aux transgenres par son maintien.

⁴³² Comm. eur. D.H., 1^{er} mars 1979, *Van Oosterwijk c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

⁴³³ §47 : « Il semblerait ainsi peu compatible avec l'obligation de respecter la vie privée d'imposer à une personne qui, sur recommandation médicale et par un traitement licite, a pris l'apparence et dans une large mesure les caractères du sexe opposé à celui qui figure dans son acte de naissance, de porter des documents d'identité en contradiction flagrante avec son apparence. Dans un tel cas, il serait en effet exposé à devoir révéler à quiconque des informations touchant à son intimité et à être écarté, par la suite, de certains emplois, activités, relations, en raison des explications sur son état qu'il aurait été indûment contraint de donner. »

⁴³⁴ Question n°20124 de Mme Zoé Genot à la ministre de l'Intérieur sur « la mention du sexe sur les documents d'identité », Commission de l'Intérieure, des Affaires générales et de la Fonction publique, *C.R.I.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, séance du 17 mars 2010, n°836, p. 50.

CONCLUSION

Le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre est un droit fondamental.

Cela découle de la protection qu'il bénéficie par le droit au respect de la vie privée, de la vie familiale et du droit à l'égalité et à la non-discrimination mais, surtout, par lui-même il constitue un droit fondamental. Il n'est pourtant pas protégé comme tel.

A travers ce mémoire, nous avons pu préciser une série de notions fondamentales pour comprendre ses enjeux, telle que l'orientation sexuelle et d'identité de genre. Nous avons ainsi pu découvrir que ces notions découlent dans une certaine mesure de la distinction qui s'opère entre le sexe, donnée biologique, et le genre, vécu social. Nous avons également pris le temps d'étudier les notions de droit au respect de la vie privée, de vie familiale et d'égalité et non-discrimination. En plus d'en présenter les sources, nous avons pu constater l'importante évolution que ces notions ont connu, principalement pour ce qui concerne leur champ d'application.

Par la suite, nous avons découvert que depuis 1980 et l'arrêt *Dudgeon*, il n'est plus possible de sanctionner pénalement les relations homosexuelles mais que cela ne signifiait par pour autant que les Etats ne pouvaient pas s'ingérer d'une manière ou d'une autre dans la vie privée des homosexuels. Nous avons appris également que ce droit à la vie privée était la source d'obligations positives, visant notamment depuis ces dix dernières années à protéger les individus contre les discriminations dont ils sont victimes par des acteurs non-étatiques. Nous avons étudié avec plus de précision une obligation positive à charge des Etats membres depuis 2002 et l'arrêt *Goodwin* consistant à reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'individu.

Nous avons également pris le temps d'étudier la vie familiale des homosexuels et transsexuels et constaté que si celle-ci commence depuis peu à concerner les couples de même sexe ou dont l'un des partenaires a changé de sexe, cette protection est assez précaire. D'autant que, s'agissant des couples de même sexe, elle ne peut se faire encore actuellement par le mariage. Concernant la protection de la filiation, soit celle d'une famille existante, soit celle d'un droit à fonder une famille, nous avons constaté que celle-ci est floue et manque encore d'effectivité. Nous avons pu néanmoins apporter une nuance concernant la situation en Belgique où le législateur a fait le choix de la proactivité, guidé en grande partie par le principe d'égalité des orientations sexuelles.

Enfin, nous avons conclu que le droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre est encore limité au niveau de la protection qu'il offre de la vie familiale et au niveau des personnes auxquelles il s'applique, qu'il mériterait d'être réellement considéré comme un droit fondamental mais que cela ne devrait pas nécessairement se faire par une disposition constitutionnelle spécifique. Nous avons terminé en envisageant des pistes pour permettre une vraie protection de ce droit.

Une des pistes suggérée était la reconnaissance du droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre au sein d'un Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette protection pourrait être intégrée par la suite dans le droit belge grâce aux articles 10 et 11 de la Constitution. Mais à court terme, comment faire pour que la Cour chargée d'appliquer cette Convention sur base des articles 8 et 14, se préoccupe de protéger les droits de toutes et tous ? Comment faire pour renverser cette jurisprudence qui continue encore et toujours à consacrer une marge d'appréciation à ses Etats membres au détriment d'une protection effective ?

Une première solution serait que cette Cour cesse de se cacher derrière l'excuse de la subsidiarité pour refuser de dégager des obligations positives à charges des Etats. A défaut d'y parvenir, une seconde solution nécessiterait de renverser le consensus, la communauté de vue présente dans les Etats membres en faisant évoluer le droit interne de ceux-ci. Un premier pas dans ce sens serait de convaincre le « Pays des Lumières », nos voisins français de l'absurdité de maintenir une interdiction de se marier aux couples de même sexe. Les députés français ont récemment eu à se prononcer sur une proposition de loi dans ce sens, leur opinion publique semble favorable, et pourtant, selon cette idée du « equal but different », on ne veut encore leur accorder qu'une forme de partenariat enregistré amélioré.

Pour éviter que l'on continue à se retrancher derrière des justifications qui ne tiennent plus, il est temps qu'un geste fort soit fait. Il faut que le droit illustre l'évolution des mentalités qui s'opère et la concrétise au sein d'un véritable droit à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, un droit fondamental et autonome.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation

Droit international

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 23 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.
- Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signé à Rome le 4 novembre 2000, <http://conventions.coe.int/>.
- Déclaration Universelles des droits de l'homme du 10 décembre 1948, *M.B.*, 31 mars 1949.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New-York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983.
- Convention internationale relative au Statut des Réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, approuvée par la loi du 26 juin 1953, *M.B.*, 4 octobre 1953 (Convention de Genève).
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011 (non-signée par la Belgique).
- Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, adoptée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992.

Actes de nature politique

- Recommandation n°924 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, adoptée le 1 oct. 1981, <http://assembly.coe.int> (3 aout 2011).
- Recommandation n°1474 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, adoptée le 26 septembre 2000, <http://assembly.coe.int> (3 aout 2011).
- Recommandation n°117 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de relative à la condition des transsexuels, adoptée le 29 sept. 1989, <http://assembly.coe.int> (3 aout 2011).
- Commission International de Juristes (CIJ), *Principes de Jogjakarta - Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html> (27 juin 2011), p. 8.

Droit de l'Union européenne

Droit primaire

- Art. 16 TFUE
- Art. 13, traité CE (anc.)
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000, *J.O.C.E.*, C. 364/1, 18 déc. 2000.

Droit dérivé

- Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.U.E.*, L-204, 26 juill. 2006, pp. 23-36.
- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L-303, 2 déc. 2000, pp. 16-22.

Acte de nature politique :

- Résolution du Parlement européen du 12 septembre 1989 sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, *J.O.C.E.*, C-256, 9 octobre 1989, p. 34.

Droit belge

- Constitution, art. 10, 11, 22.
- Code civil, art. 62bis, 143, 315-325, 343.
- Code pénal, art. 372bis, 377bis, 405quater, 422quater, 438bis, 442ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis et 534quater.
- C. jud., art. 1385*duodecies*, §1.
- Loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, *M.B.*, 15 avril 1965, art. 87.
- Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 févr. 2003, p. 9880.
- Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 30 oct. 2007, p. 55933.
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29016.
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007, p. 29031.
- Loi du 10 mai 2007 relative à transsexualité, *M.B.*, 11 juill. 2007, p. 37823.

- Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007, p. 38575.
- Loi du 13 avril 2011 modifiant, en ce qui concerne les coparents, la législation afférente au congé de paternité, *M.B.*, 10 mai 2011, p. 27182.

Travaux préparatoires

- Proposition de loi abrogeant les articles 372bis et 377, 3^e alinéa, du Code pénal, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n°349/1.
- Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n°1692/1.
- Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. Parl.*, Sénat., sess. ord., 2001-2002, n°2-1173/1.
- Proposition de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme Kaçar, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 2002-2003, n°2-1173/3.
- Proposition de loi relative à la transsexualité, Proposition de loi, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/1.
- Proposition de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. Verherstraeten, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°903/3.
- Projet de loi relative à la transsexualité, Avis du Conseil d'état, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n°3-1794/3, p. 4.
- Projet de loi relative à la transsexualité, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par Mme de Roeck, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n°3-1794/5, p. 18.
- Proposition de loi complétant le Code civil par des dispositions relatives à la parenté sociale, Avis du Conseil d'Etat, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n°393/2.
- Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n°664/1.
- Proposition de loi modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par des couples homosexuels, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. A. Perpète, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n°664/8.
- Question n°20124 de Mme Zoé Genot à la ministre de l'Intérieur sur « la mention du sexe sur les documents d'identité », Commission de l'Intérieure, des Affaires générales et de la Fonction publique, *C.R.I.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, séance du 17 mars 2010, n°836, p. 50.

Droit étranger

- Code pénal (fr.), art. 331 (abrogé).

- Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil, L.C., 2005, ch. 33 (Canada).
- Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 (Canada).

2. Jurisprudence

Jurisprudence européenne

Commission européenne des droits de l'Homme :

- Comm. eur. D.H., 1^e mars 1979, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).
- Comm. eur. D.H., 3 mai 1983, *X. et Y. c. Royaume-Uni*, n°9369/91, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), extraits.
- Comm. eur. D.H., 1^e juill. 1997, *Sutherland c. R.-U.*, n°25186/94, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011).

Cour européenne des droits de l'Homme :

- Cour eur. D.H., 6 nov. 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, n°7654/76, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 22 oct. 1981, *Dudgeon c. R.-U.*, n°7525/76, <http://echr.coe.int> (20 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, n°9532/81, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, n° 8225/78, <http://echr.coe.int> (3 août 2011).
- Cour eur. D.H., 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n°10843/84, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 25 mai 1992, *B. c. France*, n°13343/87, <http://echr.coe.int> (23 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, <http://echr.coe.int> (3 août 2011).
- Cour eur. D.H. (déc.), 15 mai 1996, *Roosli c. Allemagne*, n°28318/95, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 22 avril 1997, *X., Y. et Z. c. Royaume-Uni*, n°21830/93, <http://echr.coe.int> (29 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 30 juill. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 27 sept. 1999, *Smith et Grady c. R.-U.*, n°33985/96 et 33985/96, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 21 déc. 1999, *Salgueiro Da Silva Mouta contre Portugal*, n°33290/96, <http://echr.coe.int> (21 juill. 2011).
- Cour eur. D.H. (radiation), 27 mars 2001, *Sutherland c. R.-U.*, n°25186/94, <http://www.echr.coe.int> (20 juill. 2011).

- Cour eur. D.H. (déc.), 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne*, n°56501/00, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011), p 4.
- Cour eur. D.H., 26 févr. 2002, *Fretté c. France*, n°36515/97, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n°28957/95, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 11 juill. 2002, *I. c. Royaume-Uni*, n°25680/94, <http://echr.coe.int> (24 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, <http://www.echr.coe.int> (22 juill. 2011).
- Cour eur. D.H. (déc.), 28 nov. 2006, *Parry c. R.-U.*, n°42971/05, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 11 sept. 2007, *L. c. Lituanie*, n°27527/03, <http://www.echr.coe.int> (21 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, n°43546/02, <http://echr.coe.int> (28 juill. 2011).
- Cour eur. D.H., 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n°30141/04, <http://echr.coe.int> (26 juill. 2011).

Affaires pendantes devant la Cour européenne des droits de l'Homme

- Cour eur. D.H., *Y. Y. c. Turquie*, n°14793/08, <http://echr.coe.int> (3 août 2011).
- Cour eur. D.H., *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07, <http://echr.coe.int> (27 juill. 2011).
- Cour eur. D.H. (déc.), 31 août 2010, *Gas et Dubois c. France*, n°25951/07, <http://echr.coe.int> (29 juill. 2011).

Cour de Justice des Communautés Européennes :

- C.J.C.E., 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South West Trains Ltd*, C-249/96, *Rec. C.J. C.E.*, I, p. 621.
- C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. contre S. et Cornwall County Council*, C-16/94, *Rec. C.J. C.E.*, I, p. 2145.
- C.J.C.E., 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency*, C-117/01, *Rec. C.J. C.E.*, I, p. 541.

Juridictions belges

- C. Const., 8 oct. 2003, n°134/03, <http://www.const-court.be/> (29 juill. 2011).
- C. Const., 22 juil. 2004, n°136/04, <http://www.const-court.be/> (3 août 2011).
- C. Const., 20 oct. 2004, n°158/04, <http://www.const-court.be/> (3 août 2011).
- Corr. Bruxelles, 27 sept. 1969, *J.T.*, 1969, pp. 635-642.
- Civ. Namur, 28 avril 1982, *R.R.D.*, 1982, p. 311, note X. DIJON.
- Civ. Bruxelles (9e ch.), 16 avril 1986, *R.T.D.F.*, p. 291.

- Civ. Mons (1^e Ch.), 1^e déc. 1999, *JLMB*, 2000, p. 821.
- Mons (2^e Ch.), 13 juin 2000, *JLMB*, 2000, p. 1736.

Juridictions nationales étrangères

- *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 (Canada).
- *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004], 3 R.C.S., 698.
- Cass. fr. (civ.), 13 mars 2007, n°05-16.627, <http://www.courdecassation.fr/> (27 juill. 2011).
- C. Const. fr., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC, <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (27 juill. 2011).

3. Doctrine

Monographies

- *Le transsexualisme en Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000.
- BON-MARY G., *Liberté des mœurs, égalité des droits*, Paris, Ed. Fondation Jean Jaures, 2011.
- BORRILLO D., *Homosexualités et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, Les voies du droit, 1998.
- BORRILLO D., *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009.
- BORRILLO D., LOCHAK D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.
- FRIGNET H., *Le transsexualisme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2000.
- LARRALDE J.-M. (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- LEMOULAND J.-J. et LUBY M. (dir.), *Le droit à une vie familiale*, Paris, Dalloz, 2007.
- MOTMANS J. (dir.), *Être transgenre en Belgique : un aperçu de la situation sociale et juridique des personnes transgenres*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2009.
- PIERRAT E., *Le sexe et la loi*, Paris, Arléas, 1996.
- PY Br., *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, 1999.
- SENA EVE P., UYTTERHOEVEN Kr., *De rechtspositie van de transseksueel : commentaar op de wetten van 9 en 10 mei 2007 en van 15 mei 2007*, Anvers, Intersentia, 2008.
- SUDRE Fr., *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- SUDRE Fr., *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- VERDUSSEN M. (dir.), *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004.

- WEYEMBERGH A., CARSTOCEA S., *The gays' and lesbians' rights in an enlarged European Union*, Bruxelles, ULB, 2003.
- ZIEGLER A. R., BERTSCHIE M. (e.a.), *Droits des gays et lesbiennes en Suisse : partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'homosexualité*, Berne, Stämpfli, 2007.

Reuves

- BRIBOSIA E. et WEYEMBERG A., « Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention Européenne des Droits de L'homme et des juridictions communautaires », *Rev. dr. ULB*, 2000, n°22, pp. 109-162.
- CAP S., « La loi du 10 mai 2007 relative à la transsexualité », *R.T.D.F.*, 2009, pp. 59-117.
- DEPRÉ S. et OST V., « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 99.
- GARLICKI L., « La nouvelle famille devant de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, pp. 567-582.
- GROPPI T., « La nouvelle famille », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, pp. 549-565.
- HIRATA H., « Sexe et genre » in *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses universitaires de France, 2000.
- LARRALDE J.-M., « L'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et la protection de l'identité sexuelle », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, n°65, pp. 35-54.
- LEBORGNE A., « Droits fondamentaux de la famille Droits fondamentaux dans la famille », *Annuaire international de justice constitutionnel*, Paris, Economica, 2007, pp. 503-520.
- LEVINET M., « La fin du débat sur la conventionnalité de la répression pénale de l'homosexualité ? », *Rev. trim. D.H.*, 2002, pp. 352-355.
- MEULDERS-KLEIN M.-Th., « La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 5-20.
- PIERRAT E., LEMARCHAND C., « État du droit sur le transsexualisme en France et en Europe », *Sexologies*, 2011.
- RIGAUX Fr., « Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées », *Rev. trim. D.H.*, 1998, pp. 130-144.
- SUDRE Fr., « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : Un exercice de « jurisprudence fiction »? », *Rev. trim. D.H.*, 2003, p. 769.
- TULKENS Fr., « Egalité et discrimination en droit pénal belge », *Rev. intern. dr. pén.*, 1986, p. 63-88.

- VERDUSSEN M., NOEL Ann., « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1993, pp. 127-143.
- VERDUSSEN M., « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista catalana de dret públic*, 2005, p. 191.
- WACHSMANN, A., MARIENBURG-WACHSMANN A., « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *Rev. trim. D.H.*, 2003, pp. 1157-1183.

4. Divers

- Commission Internationale de Juristes (CIJ), *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme, Guide Pratique n°4*, 2009, <http://www.icj.org> (3 août 2011).
- Comité des Droits de l'Homme, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats au Pacte*, 26 mai 2004, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.
- Comité des Droits de l'Homme, *Observation générale no. 16, Le droit au respect de la vie privée, de la famille, du domicile et de la correspondance, et le droit d'être protégé contre les atteintes à l'honneur et à la réputation (article 17)*, 8 avril 1988, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.
- <http://www.genrespluriels.be/>