



Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre

” Les droits des LGBT
sont des droits de l'homme

Frédéric Edel

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre

” Les droits des LGBT
sont des droits
de l'homme

Frédéric Edel
Chercheur à l'École nationale d'administration,
Chargé d'enseignements en droit public à l'Université de Strasbourg

Édition anglaise

*Case Law of the European Court
of Human Rights relating to
discrimination on grounds of sexual
orientation or gender identity*

*Les vues exprimées dans cet ouvrage
sont de la responsabilité de l'auteur
et ne reflètent pas nécessairement
la ligne officielle du Conseil de l'Europe.*

Toute demande de reproduction
ou de traduction de tout ou d'une
partie de ce document doit être
adressée à la Direction de la
communication (F-67075 Strasbourg
ou publishing@coe.int). Toute
autre correspondance relative à ce
document doit être adressée à la
Direction générale de la démocratie.

Couverture : SPDP, Conseil de l'Europe
Photo : Conseil de l'Europe
Mise en pages : Jouve, Paris

© Conseil de l'Europe, mars 2015
Imprimé dans les ateliers
du Conseil de l'Europe

Table des matières

INTRODUCTION	7
Quelques définitions	7
LGBT	7
Orientation sexuelle	7
Identité de genre	8
Orientation sexuelle, identité de genre et droit international et européen des droits de l'homme	9
Objectifs de l'ouvrage	9
Plan de l'ouvrage	9
Première partie : Quels sont les droits invocables et comment s'apprécie leur respect ? Les principes généraux	9
<i>Les principes généraux de l'examen de l'applicabilité des droits, article par article</i>	9
<i>Les principes généraux de l'examen de conformité aux exigences d'un droit</i>	10
Deuxième partie : Quelle est la protection offerte par la Convention ? Les solutions circonstanciées	10
<i>Thème par thème</i>	10
<i>Droit commun européen, droit non commun</i>	10
PARTIE I – LES MOYENS D'INVOCATION DE LA CEDH EN MATIÈRE D'ORIENTATION SEXUELLE ET D'IDENTITÉ DE GENRE : LES PRINCIPES GÉNÉRAUX	11
TITRE I – L'INVOCATION DU RESPECT DES LIBERTÉS : LES ARTICLES 8, 6, 11, 13, 1P1... DE LA CONVENTION	13
SECTION 1 – QUELLES SONT LES PRINCIPALES LIBERTÉS INVOQUÉES ?	13
§ 1 – Article 8 : le droit au respect de la vie privée familiale et du domicile	13
A – Article 8 : vie privée	14
Vie privée et orientation sexuelle	14
<i>Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02</i>	14
<i>Antonio Mata Estevez c. Espagne, 10 mai 2001, n° 56501/00</i>	14
<i>Fernando dos Santos Couto c. Portugal, 21 septembre 2010, n° 31874/07</i>	14
<i>Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, n° 7525/76</i>	15
<i>A.D.T. c. Royaume-Uni, 31 juillet 2000, n° 35765/97</i>	15
Vie privée et identité de genre	15
<i>Schlumpf c. Suisse, 9 janvier 2009, n° 29002/06</i>	15
B – Article 8 : vie familiale	16
Le droit au respect de la vie de famille protège la relation stable entre personnes de même sexe	16
<i>Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04</i>	16
Le droit au respect de la vie de famille protège la relation parentale préexistante	17
<i>Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96</i>	18
Le droit au respect de la vie de famille protège la relation qui unit, au sein du même foyer, les membres d'un couple de même sexe et l'enfant de l'un d'eux	18
<i>X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07</i>	18
Le droit au respect de la vie de famille protège une personne transgenre dans sa relation de couple avec sa compagne et dans la relation parentale avec l'enfant de sa compagne	18
<i>X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, n° 21830/93</i>	18
Le droit au respect de la vie de famille ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter	19
<i>E.B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02</i>	19
C – Article 8 : domicile	20
<i>Karner c. Autriche, 24 juillet 2003, n° 40016/98</i>	20
<i>Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02</i>	20

§ 2 – Article 1 du Protocole n° 1 : le droit à la protection de la propriété	21
<i>J. M. c. Royaume-Uni, 28 septembre 2010, n° 37060/06</i>	21
§ 3 – Article 11 : le droit à la liberté de réunion et d'association	22
<i>Bączkowski et autres c. Pologne du 3 mai 2007, n° 1543/06 et Alexeïev c. Russie du 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09</i>	23
§ 4 – Articles 6 et 13 : le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif	23
A – Article 6 : le droit à un procès équitable	23
<i>Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, n° 35968/97</i>	25
B – Article 13 : le droit à un recours effectif (et autres articles connexes)	25
<i>H. G. et G. B. c. Autriche, 2 juin 2005, n° 11084/02 et 15306/02</i>	26
<i>Wolfmeyer c. Autriche, 26 mai 2005, n° 5263/03</i>	27
§ 5 – Article 3 : le droit à n'être pas soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants	27
<i>X c. Turquie, 9 octobre 2012, n° 24626/09</i>	28
SECTION 2 – COMMENT SE DÉROULE L'EXAMEN DU RESPECT DES LIBERTÉS ?	28
TITRE II – L'INVOCATION DU RESPECT DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION : L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION ET L'ARTICLE 1^{ER} DU DOUZIÈME PROTOCOLE ADDITIONNEL	29
<i>Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96</i>	30
<i>P.V. c. Espagne, 30 novembre 2010, n° 35159/09</i>	30
SECTION 1 – DANS QUELS DOMAINES LE RESPECT DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION PEUT-IL ÊTRE INVOQUÉ ?	31
§ 1 – Le domaine d'application de l'article 14 de la Convention	31
<i>Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04</i>	31
A – L'applicabilité de l'article 14 à l'ensemble des droits sauvegardés par la Convention	32
<i>Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02</i>	32
<i>Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, 30 juillet 1998, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019</i>	33
B – L'applicabilité de l'article 14 à des « droits additionnels » à la Convention	33
<i>E. B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02</i>	33
<i>P.B. et J.S. c. Autriche, 22 juillet 2010, n° 18984/02</i>	34
§ 2 – Le domaine d'application de l'article 1 ^{er} du Protocole n° 12	35
A – L'applicabilité de l'article 1 ^{er} du Protocole n° 12 à tous les actes de la puissance publique	36
B – L'applicabilité de l'article 1 ^{er} du Protocole n° 12 aux seuls actes de la puissance publique ?	36
SECTION 2 – COMMENT SE DÉROULE L'EXAMEN DU RESPECT DU DROIT À LA NON-DISCRIMINATION ?	37
§ 1 – Le contrôle des distinctions : principes généraux	37
<i>L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003, n° 39392/98 et 39829/98</i>	37
§ 2 – Le contrôle des distinctions fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre	37
A – Le contrôle des distinctions fondées sur l'identité de genre	38
<i>P.V. c. Espagne, 30 novembre 2010, n° 35159/09</i>	38
B – Le contrôle des distinctions fondée sur l'orientation sexuelle	39
<i>Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09</i>	39
PARTIE II – LE STANDARD DE PROTECTION DE LA CEDH EN MATIÈRE D'ORIENTATION SEXUELLE ET D'IDENTITÉ DE GENRE : LES SOLUTIONS D'ESPÈCE	41
TITRE I – LE STANDARD DE PROTECTION DES PERSONNES LESBIENNES ET GAYS	43
CHAPITRE I – LES DOMAINES RELEVANT D'UN DROIT COMMUN EUROPÉEN	45
SECTION 1 – LA LIBERTÉ SEXUELLE	46
§ 1 – Le droit à la liberté sexuelle : l'absence de pénalisation des relations homosexuelles	46
A – L'interdiction de la pénalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants	46
Le principe posé par l'arrêt <i>Dudgeon</i>	46
<i>Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, n° 7525/76</i>	46
Les applications jurisprudentielles	49
<i>Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, n° 10581/83</i>	49
<i>Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, n° 15070/89</i>	50
B – L'interdiction de la pénalisation des relations homosexuelles en groupe ou filmées	50
<i>A.D.T. c. Royaume-Uni, 31 juillet 2000, n° 35765/97</i>	50
§ 2 – Le droit à une égale liberté sexuelle : un âge de majorité sexuelle identique pour les relations homosexuelles et hétérosexuelles	51
Le principe posé par l'arrêt <i>L. et V.</i>	51
<i>L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003, n° 39392/98 et 39829/98 et S. L. c. Autriche, 9 janvier 2003 n° 45330/99</i>	51

Les applications jurisprudentielles	52
<i>B. B. c. Royaume-Uni, 10 février 2004, n° 53760/00</i>	52
<i>Fernando dos Santos Couto c. Portugal, 21 septembre 2010, n° 31874/07</i>	53
<i>Wolfmeyer c. Autriche, 26 mai 2005 ; H. G. et G. B. c. Autriche, 2 juin 2005</i>	53
SECTION 2 – LA PROTECTION CONTRE DIFFÉRENTES FORMES DE VIOLENCE	53
§ 1 – La protection à l'encontre des violences physiques et psychiques	53
A – La protection à l'encontre des placements en détention dans des conditions contraires à la dignité humaine	54
<i>X c. Turquie, 9 octobre 2012, n° 24626/09</i>	54
B – La protection à l'encontre des mauvais traitements de la part des codétenus	55
<i>Stasi c. France, 20 octobre 2011, n° 25001/07</i>	55
§ 2 – La protection à l'encontre des violences verbales	58
<i>Vejdeland c. Suède, 9 février 2012, n° 1813/07</i>	58
SECTION 3 – L'ACCÈS À L'EMPLOI	59
Le droit d'accès des lesbiennes et des gays au corps des forces armées	60
Le principe posé par l'arrêt <i>Lustig-Prean et Beckett</i>	60
<i>Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96</i>	60
Les applications jurisprudentielles	63
<i>Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999</i>	63
<i>Perkins et R. c. Royaume Uni, 22 octobre 2002, n° 43208/98 et 44875/98 ; Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni, 22 octobre 2002 n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99</i>	63
SECTION 4 – L'ACCÈS AU LOGEMENT	64
Le droit à la transmission d'un contrat de bail entre partenaires d'un couple de même sexe après le décès de l'un d'eux	64
Le principe posé par l'arrêt <i>Karner</i>	64
<i>Karner c. Autriche, 24 juillet 2003, n° 40016/98</i>	64
Les applications jurisprudentielles	66
<i>Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02</i>	66
SECTION 5 – L'ACCÈS AUX SERVICES	68
§ 1 – Le droit à bénéficier d'une extension de couverture d'une assurance maladie entre partenaires d'un couple de même sexe	68
<i>P.B. et J.S. c. Autriche, 22 juillet 2010, n° 18984/02</i>	68
§ 2 – La protection à l'encontre du refus de la part d'autrui de délivrer un service à un couple de même sexe	70
<i>Ladele c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 51671/10 (arrêt rendu dans l'affaire dite Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10)</i>	70
<i>McFarlane c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 36516/10 (arrêt rendu dans l'affaire dite Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10)</i>	71
SECTION 6 – LA LIBERTÉ DE MANIFESTER	72
Le droit de revendiquer ouvertement son orientation sexuelle au travers de manifestations	72
Le principe posé par l'arrêt <i>Bączkowski</i>	72
<i>Bączkowski et autres c. Pologne, 3 mai 2007, n° 1543/06</i>	72
Les applications jurisprudentielles	74
<i>Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09</i>	74
<i>Genderdoc-M c. République de Moldova, 12 juin 2004, n° 9106/06</i>	76
SECTION 7 – L'ACCÈS À LA JUSTICE	76
§ 1 – Le droit à un redressement effectif de la discrimination, fondée sur l'orientation sexuelle, dans l'exercice des libertés	77
Le principe posé par l'arrêt <i>Wolfmeyer</i>	77
<i>Wolfmeyer c. Autriche, 26 mai 2005, n° 5263/03</i>	77
Les applications jurisprudentielles	78
<i>H.G. et G.B. c. Autriche, 2 juin 2005, nos 11084/02 et 15306/02</i>	78
§ 2 – Le droit à un recours effectif contre les violations du droit d'accès des personnes gays et lesbiennes au corps des forces armées	78
Le principe posé par l'arrêt <i>Smith et Grady</i>	78
<i>Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96</i>	78
Les applications jurisprudentielles	79
<i>Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni, 22 octobre 2002, n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99</i>	79
§ 3 – Le droit à un recours effectif contre les violations du droit de revendiquer ouvertement son orientation sexuelle au travers de manifestations	79
Le principe posé par l'arrêt <i>Bączkowski</i>	79
<i>Bączkowski et autres c. Pologne, 3 mai 2007, n° 1543/06</i>	79

Les applications jurisprudentielles	80
<i>Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09</i>	80
<i>Genderdoc-M c. République de Moldova, 12 juin 2004, n° 9106/06</i>	80
SECTION 8 – L’EXERCICE DES DROITS PARENTAUX	81
§ 1 – Un droit identique, pour tous les parents indépendamment de leur orientation sexuelle, à se voir attribuer la garde des enfants	81
<i>Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96</i>	81
§ 2 – Une obligation identique de pension alimentaire pour tous les parents indépendamment de leur orientation sexuelle	83
<i>J. M. c. Royaume-Uni, 28 septembre 2010, n° 37060/06</i>	83
CHAPITRE II – LES DOMAINES RELEVANT, PARTIELLEMENT OU PLEINEMENT, DE LA MARGE NATIONALE D’APPRÉCIATION	85
SECTION 1 – L’ADOPTION : UN DOMAINE PARTIELLEMENT À L’APPRÉCIATION DES ETATS : UN DROIT À UN RÉGIME D’ADOPTION HORS MARIAGE IDENTIQUE POUR TOUS LES ADOPTANTS, INDÉPENDamment DE LEUR ORIENTATION SEXUELLE	85
§ 1 – L’adoption monoparentale : le droit à un traitement identique des adoptants célibataires, indépendamment de leur orientation sexuelle	86
<i>E.B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02</i>	86
§ 2 – L’adoption coparentale : le droit à un traitement identique des adoptants en couple hors mariage, indépendamment de leur orientation sexuelle	89
<i>X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07</i>	90
SECTION 2 – LE MARIAGE : UN DOMAINE PLEINEMENT À L’APPRÉCIATION DES ETATS : L’ABSENCE D’UN DROIT AU MARIAGE HOMOSEXUEL	92
§ 1 – La possibilité étatique de reconnaître, ou non, le droit au mariage homosexuel	92
<i>Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04</i>	92
§ 2 – La possibilité étatique d’établir, ou non, certaines différences de traitement entre les couples mariés et les unions civiles	96
<i>Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n° 25951/07</i>	97
<i>X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07</i>	97
<i>Sabine Boeckel et Anja Gessner-Boeckel c. Allemagne, 7 mai 2013, n° 8017/11</i>	98
TITRE II – LE STANDARD DE PROTECTION DES PERSONNES TRANSGENRES	99
CHAPITRE I – LES DOMAINES RELEVANT D’UN DROIT COMMUN EUROPÉEN	101
SECTION 1 – LE DROIT À LA RECONNAISSANCE DE LA CONVERSION SEXUELLE	102
§ 1 – Le principe posé par l’arrêt <i>Goodwin</i>	102
<i>Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95</i>	102
§ 2 – Les corollaires du principe de reconnaissance de la conversion sexuelle	107
A – L’adoption d’une réglementation permettant une conversion et une reconnaissance complètes	107
<i>L. c. Lituanie, 11 septembre 2007, n° 27527/03</i>	107
B – La modification de l’état civil à la suite d’une conversion sexuelle	108
<i>B. c. France, 25 mars 1992, n° 13343/87</i>	108
C – L’admission des preuves médicales de transsexualité devant les tribunaux	112
<i>Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, n° 35968/97</i>	112
<i>Schlumpf c. Suisse, 9 janvier 2009, n° 29002/06</i>	116
D – La publicité des audiences relatives à la détermination de la nécessité d’une opération de conversion sexuelle	119
<i>Schlumpf c. Suisse, 9 janvier 2009, n° 29002/06</i>	119
SECTION 2 – LE DROIT DE SE MARIER À UNE PERSONNE DU SEXE OPPOSÉ (AU NOUVEAU SEXE APRÈS CONVERSION)	120
<i>Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95</i>	120
CHAPITRE II – LES DOMAINES RELEVANT, PARTIELLEMENT OU PLEINEMENT, DE LA MARGE NATIONALE D’APPRÉCIATION	123
SECTION 1 – LA POSSIBILITÉ DE REFUSER LE DROIT À LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA CONVERSION SEXUELLE AUX PERSONNES DÉJÀ MARIÉES	123
Le principe posé par l’arrêt <i>Wena et Anita Parry</i>	124
<i>Wena et Anita Parry c. Royaume-Uni, 28 novembre 2006, n° 42971/05 ; R. et F. c. Royaume-Uni, 28 novembre 2006, n° 35748/05</i>	124
Les applications jurisprudentielles	125
<i>H. c. Finlande (ou Hamalainen c. Finlande), 13 novembre 2012, n° 37359/09</i>	125
SECTION 2 – LA POSSIBILITÉ DE REFUSER L’ÉTABLISSEMENT D’UNE FILIATION À L’ÉGARD DE L’ENFANT DU PARTENAIRE ?	126
<i>X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, n° 21830/93</i>	127

Introduction

Les personnes lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres (LGBT) sont, plus que d'autres, exposées à des violations des droits de l'homme. Elles sont souvent victimes de réactions hostiles et de différentes formes de discrimination et d'intolérance en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre. Si elles sont aussi vulnérables, c'est notamment parce qu'elles sont souvent l'objet de préjugés liés au fait qu'elles incarnent une humanité qui n'est pas celle de la majorité de la population et, par là-même, brouillent les repères traditionnels d'une société quant à la question du sexe dans ses diverses acceptions : celle de l'appartenance sexuelle (homme ou femme), et celle de l'attraction sexuelle (pour un homme ou pour une femme).

Quelques définitions

Dans ces conditions, une clarification sommaire des termes les plus souvent mobilisés sur ces questions semble nécessaire.

LGBT

- ▶ LGBT est un acronyme qui permet de désigner, tout à la fois, les personnes « Lesbiennes, Gays, Bisexuelles ou Transgenres »¹.

Le terme « LGBT » désigne ainsi, tout à la fois, un groupe de personnes en fonction de leur orientation sexuelle (soit lesbienne, soit gay, soit bisexuelle) et un groupe de personnes en fonction de leur identité de genre (comprise comme différente du sexe physique à la naissance).

Orientation sexuelle

- ▶ L'orientation sexuelle a été définie comme « se référ[ant] 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 »².
- ▶ Lorsque l'attraction se tourne vers une personne du sexe opposé, on parle d'hétérosexualité.
- ▶ Lorsque l'attraction se porte en direction d'une personne du même sexe, on parle d'homosexualité. Il peut s'agir d'une homosexualité masculine, ou d'une homosexualité féminine, ou bien, pour le dire d'une manière plus contemporaine, d'une relation gay dans le premier cas, ou d'une relation lesbienne dans le second.

La lutte des personnes LGBT contre certains préjugés et certaines discriminations à leur rencontre les a poussées à mener ce combat aussi sur le terrain du vocabulaire. Voilà pourquoi, par exemple, les termes de « gay » et de « lesbienne » tendent parfois à supplanter ceux de « homosexuel » ou de « homosexuelle » perçus par certains comme réducteurs ou inadéquats. Par ailleurs, l'acronyme LGBT manifeste la volonté d'une lutte commune des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles ou transgenres pour la reconnaissance de leurs droits fondamentaux.

-
1. Les significations de ces différents termes sont les suivantes : le terme « Lesbiennes » identifie les personnes de sexe féminin dont l'attraction les porte vers d'autres personnes de sexe féminin ; le terme « Gays » identifie les personnes de sexe masculin dont l'attraction les porte vers d'autres personnes de sexe masculin (ce terme peut également être utilisé comme adjectif épïcène c'est-à-dire qu'il prend la même forme au masculin et au féminin) ; le terme « Bisexuels » identifie les personnes de sexe masculin ou féminin dont l'attraction les porte vers les deux sexes, féminin et masculin ; le terme « Transgenres » identifie les personnes qui se sentent profondément d'un sexe différent de celui dont ils ont les caractéristiques physiques à la naissance (ce terme peut également être utilisé comme adjectif épïcène c'est-à-dire qu'il prend la même forme au masculin et au féminin).
 2. Préambule des principes de Jogjakarta du 26 mars 2007 sur l'application de la législation internationale des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

L'intitulé et le contenu des textes de *soft law* adoptés par le Conseil de l'Europe depuis le début des années 1980 illustrent de manière caractéristique ce double mouvement de glissement du vocable utilisé et de regroupement des droits reconnus. C'est ainsi que l'Assemblée parlementaire a notamment adopté – dans les années 1980 – la Recommandation 924 (1981) relative à la discrimination à l'égard des *homosexuels*, la Recommandation 1117 (1989) relative à la condition des *transsexuels*, puis – dans les années 2000 – la Recommandation 1474 (2000) sur la situation des *lesbiennes* et des *gays*, et enfin – à partir des années 2010 – la Recommandation 1915 (2010) relative à la discrimination fondée sur l'*orientation sexuelle* et de l'*identité de genre* et dans laquelle apparaît l'expression *LGBT*³. Les textes du Comité des ministres sur la même période suivent cette même évolution⁴ et dont le dernier en date est la Recommandation CM/Rec(2010)5 de 2010 du Comité des ministres aux Etats membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

Identité de genre

- ▶ L'identité de genre est la perception innée qu'une personne a d'elle-même d'être un homme ou une femme, les deux ou aucun de ces genres. L'« identité de genre » a aussi été définie comme « se référ[ant] à l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire »⁵.
- ▶ Une personne transgenre est une personne qui éprouve une appartenance à un autre sexe que le sexe biologique constaté à la naissance et qui souhaite présenter son identité de genre de manière différente de celle du genre qui lui a été attribué à la naissance.

Il importe de souligner que la terminologie sur ces questions n'est pas fixée et semble évoluer assez rapidement. Des nuances sont parfois introduites.

On tend globalement à considérer que le qualificatif de « transsexuel » est plus étroit que celui de « transgenre », lequel comprend aussi les personnes travesties et les personnes ne souhaitant pas s'identifier comme homme ou femme⁶.

Plus encore, certains distinguent les personnes transgenres et les personnes transsexuelles de la façon suivante : « Une personne transgenre est quelqu'un qui se sent profondément d'un sexe différent de ses caractéristiques physiques à la naissance ». « Une personne transsexuelle est quelqu'un qui a subi des modifications physiques ou hormonales par des moyens chirurgicaux ou thérapeutiques, afin d'assumer de nouvelles caractéristiques sexuelles physiques »⁷.

Enfin, le vocable de « transgenre » tend parfois à remplacer ceux de « transsexualité », perçu par certains comme réducteur (comme cela vient d'être exposé), et surtout de « transsexualisme », perçu par certains comme péjoratif (en ce qu'il pourrait, à tort, laisser entendre qu'il s'agirait d'un choix 'idéologique', à l'instar de nombreux mots se terminant par ce suffixe).

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a recours à un vocable qui n'est pas figé dans une terminologie déterminée, mais celle-ci demeure dans l'ensemble assez traditionnelle. Le mot « transgenre » apparaît ainsi pour la première fois uniquement dans un arrêt rendu à la fin de l'année 2012 mais il semble utilisé comme un synonyme de « transsexuel »⁸. Son statut de juridiction, appelée à trancher des litiges concrets portant sur l'application de droits essentiellement individuels, ne l'autorise que difficilement à user d'une terminologie à la fois vaste et imprécise comme celle des personnes LGBT.

3. L'italique est de notre fait.

4. Cf ; Réponse à la Recommandation 1117 (1989) relative à la condition des transsexuels ; Réponse à la Recommandation 1470 (2000) relative à la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration ; Réponse à la Recommandation 1474 (2000) relative à la situation des lesbiennes et des gays ; Réponse à la Recommandation 1635 (2003) sur les lesbiennes et les gays dans le sport ; Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ; Message aux comités directeurs et autres comités œuvrant dans le cadre de la coopération intergouvernementale au Conseil de l'Europe sur l'égalité des droits et de la dignité des lesbiennes, gays, bisexuels et transsexuels ; Recommandation CM/Rec(2010)5 sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre.

5. *Ibidem*.

6. Commissaire aux Droits de l'Homme, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, 2^{ème} édition, Conseil de l'Europe, 2011, p.142

7. Commission internationale de juristes, *Orientation sexuelle, identité de genre et droit international des droits de l'homme*, Guide pratique n° 4, publication de la Commission internationale de juristes, Genève, Suisse, p. 24.

8. *H. c. Finlande* (ou *Hamalainen c. Finlande*), 13 novembre 2012, requête n° 37359/09, § 37.

Orientation sexuelle, identité de genre et droit international et européen des droits de l'homme

La protection des personnes LGBT par le droit international des droits de l'homme est assez récente.

Le Conseil de l'Europe a adopté une série de textes visant à lutter contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et, dans une moindre mesure, l'identité de genre. Il importe, au premier chef, de mentionner la Recommandation de 2010 du Comité des ministres aux Etats membres sur « des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre »⁹. Cette recommandation se situe dans la continuité d'une série de textes adoptés principalement par l'Assemblée parlementaire¹⁰.

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 occupe une place centrale dans la définition des droits dont bénéficient les personnes lesbiennes, gays et transgenres au niveau européen. Ces droits ont été dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme au travers de la jurisprudence appliquant la Convention. La Cour a joué un rôle à la fois essentiel et d'avant-garde au niveau international et européen sur ces questions puisqu'elle a été à l'origine de changements importants de législation sur certaines questions touchant à l'orientation sexuelle à partir de 1981, et à l'identité de genre à partir de 1997.

Objectifs de l'ouvrage

Cet ouvrage propose tout à la fois une présentation analytique des aspects essentiels de cette jurisprudence relative à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, ainsi que la reproduction des passages pertinents des décisions et des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires ayant trait à ces questions.

Il s'inscrit dans la lignée des documents du Conseil de l'Europe qui participent à « combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre » pour reprendre l'énoncé de la Recommandation de 2010 du Comité des ministres ou celui de divers textes – recommandations, résolutions et rapports – de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Cette filiation justifie le titre du présent ouvrage. Tout comme dans ces différents documents, le terme de « discriminations » doit être compris dans un sens commun et assez large qui renvoie à l'ensemble des violations de droits de l'homme dont les personnes LGBT sont victimes et non dans un sens étroit de technique juridique qui ferait référence uniquement aux violations fondées explicitement sur le droit à ne pas subir de discrimination. De fait, toute personne qui est la victime d'une violation d'une liberté subit, dans le même temps, une discrimination par comparaison avec celles dont la liberté n'a pas été violée. C'est ainsi qu'il faut comprendre le titre de la présente publication : *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre*.

Dans le détail néanmoins, cet ouvrage sera très explicite sur le fondement juridique exact de la violation, ou non, de la Convention.

Plan de l'ouvrage

L'ouvrage se décompose en deux parties.

Première partie : Quels sont les droits invocables et comment s'apprécie leur respect ? Les principes généraux

La première partie a pour objet de présenter quels sont les moyens d'invocation de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

Les principes généraux de l'examen de l'applicabilité des droits, article par article

Précisément, il s'agit d'étudier quels sont les droits de la Convention qui, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, ont été invoqués dans les affaires ayant trait à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre : ils peuvent être regroupés en deux grandes catégories : les droits garantissant une liberté, et ceux garantissant l'égalité ou la non-discrimination.

9. CM/Rec(2010)5.

10. Particulièrement, il s'agit des recommandations de l'Assemblée Parlementaire au Comité des Ministres ci-dessous: Recommandation 1915 (2010) de l'Assemblée parlementaire – Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, Recommandation 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, Recommandation 1117 (1989) de l'Assemblée parlementaire relative à la condition des transsexuels, Recommandation 1470 (2000) – Situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Recommandation 1474 (2000) de l'Assemblée parlementaire – Situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et Recommandation 1635 (2003) de l'Assemblée parlementaire – Les lesbiennes et les gays dans le sport.

Cette partie a pour principale caractéristique d'offrir au lecteur une entrée en fonction du fondement juridique : « droit par droit » (le droit à la liberté de la vie privée, le droit à la liberté de manifester, le droit à ne pas subir de discrimination...), c'est-à-dire « article par article » (article 8, article 11, article 14...).

Il s'agit, à ce stade, de présenter quels sont les principes généraux qui président au contrôle opéré par la Cour lorsqu'un requérant allègue avoir subi une violation d'un droit de l'homme.

Deux questions majeures se posent invariablement, quel que soit le droit en cause. Premièrement, le droit invoqué tombe-t-il, ou non, dans le champ d'application ? Et, deuxièmement, dans l'affirmative, le droit invoqué est-il, ou non, enfreint ?

Les principes généraux de l'examen de conformité aux exigences d'un droit

Cette partie a donc pour autre caractéristique de proposer au lecteur une sous-entrée en fonction de la nature du contrôle juridique : celui de « l'applicabilité » et celui de « la conformité ». Autrement dit, y sont présentés, d'un côté, les principes généraux de l'examen de l'applicabilité des droits concernés (protégeant une liberté, d'abord, et la non-discrimination, ensuite) et, de l'autre, les principes généraux de l'examen de conformité (en matières de liberté puis de non-discrimination). Il est donné, dans chaque hypothèse, une illustration jurisprudentielle de la mise en œuvre de ces principes généraux dans des affaires ayant trait à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre. Le détail des affaires (les faits précis de l'espèce et la solution circonstanciée rendue par la Cour) est abordé uniquement dans la seconde partie.

Deuxième partie : Quelle est la protection offerte par la Convention ? Les solutions circonstanciées

La seconde partie a pour objet de présenter quel est le standard de protection de la CEDH en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre tel qu'il résulte des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

Thème par thème

Même si elles peuvent connaître des points d'intersection, les questions que posent l'orientation sexuelle et l'identité de genre ne sont pas exactement les mêmes. Les solutions d'espèce rendues dans ces deux domaines seront donc examinées séparément.

Cette partie a pour principale caractéristique d'offrir au lecteur une entrée par thèmes, « thème par thème », ou « domaine d'activité » par « domaine d'activité » (la liberté sexuelle, l'accès à l'emploi, à la justice, à l'adoption, au mariage...). Pour chaque domaine, il est indiqué quel est l'arrêt de principe qui fixe la jurisprudence ainsi que les éventuelles applications jurisprudentielles qui en découlent.

Pour chaque arrêt : le lecteur trouvera un exposé des principaux faits de l'espèce et la reproduction des extraits pertinents du jugement rendu par la Cour.

Droit commun européen, droit non commun

Le niveau de protection offert par la Convention varie selon les domaines. Cette variation dépend principalement de la question de savoir si elle accorde aux Etats membres de la Convention une faible marge nationale d'appréciation ou bien une large marge nationale d'appréciation. Plus celle-ci est large, plus la Cour tend à admettre que la solution retenue relève de l'appréciation discrétionnaire des Etats ; moins elle est large, moins les Etats sont libres de choisir la solution qu'ils souhaitent. En d'autres termes, certaines questions font l'objet d'une uniformisation au niveau européen (lequel fournit un standard minimal) ; d'autres sont abandonnées à la diversité des solutions nationales (lesquelles peuvent se situer en-deçà ou au-dessus du standard de la Convention).

Cette partie a ainsi pour autre caractéristique de proposer au lecteur une sous-entrée en fonction de l'étendue de la marge étatique qu'elle accorde aux Etats dans chaque domaine.

Partie I

Les moyens d'invocation de la CEDH en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre : les principes généraux

On peut distinguer deux principaux types de fondement à l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Il s'agit des droits garantissant le respect d'une liberté, d'une part, et des droits garantissant le respect de la non-discrimination de l'autre.

De fait, il est toujours possible de regarder une situation individuelle soit du point de vue de l'impératif de liberté, soit de celui de l'exigence d'égalité. En effet, lorsqu'un individu est empêché d'exercer pleinement une liberté, le juge européen saisi d'une telle question peut presque toujours examiner cette situation suivant deux angles de perspective, qu'il est possible de cumuler le cas échéant : soit en elle-même, de manière isolée, afin d'évaluer si l'État n'opère pas une restriction de la liberté qui serait en soi excessive et violerait la liberté en question garantie par la Convention, indépendamment de la situation des autres individus ; soit par comparaison avec d'autres situations individuelles, de manière relative, afin d'évaluer si l'État ne crée pas un écart de liberté qui serait comparativement injustifié et contreviendrait de la sorte à l'interdiction de la discrimination que garantit aussi cette même Convention ; soit les deux puisque toute réduction arbitraire de liberté à l'encontre d'un individu constitue, dans le même temps, une réduction de liberté discriminatoire par comparaison avec tous les autres individus qui ne la subissent pas. La jurisprudence européenne touchant aux questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre illustre parfaitement le choix possible entre ces deux types de griefs.

La logique qui préside au contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle des libertés, d'une part, et de la non-discrimination, de l'autre, n'est donc pas exactement la même. Les questions d'applicabilité et de conformité se posent dans des termes différents dans l'un et l'autre cas. Les principes généraux de l'invocation du respect des libertés et du respect de la non-discrimination seront donc examinés successivement, de façon à permettre une bonne compréhension de l'articulation entre les principes généraux et leur application particulière en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

Titre I

L'invocation du respect des libertés : les articles 8, 6, 11, 13, 1P1... de la Convention

Il est proposé d'examiner, dans un premier temps, quelles sont les principales libertés invoquées dans les affaires touchant à l'orientation sexuelle et d'identité de genre. Il s'agira de présenter, de manière schématique, le champ d'application de chacun des droits concernés et d'étudier, de façon plus spécifique, dans quelle mesure les libertés énoncées par la Convention sont applicables à ces questions.

Toujours dans un souci de bonne compréhension des extraits des arrêts reproduits, il conviendra, dans un second temps, d'exposer, dans ses grandes lignes, comment se déroule, en général, le contrôle de conformité à l'égard des libertés par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹.

Section 1. – Quelles sont les principales libertés invoquées ?

En matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, la principale liberté invoquée par les requérants est, d'abord et avant tout, l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile. Au fil du temps, la Cour a appréhendé ces questions sur le fondement d'autres libertés, et notamment le droit au respect de ses biens (article 1 Protocole n° 1), le droit à la liberté de réunion et d'association (article 11), le droit à un procès équitable (article 6) et le droit à un recours effectif (article 13), et le droit à n'être pas soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants (article 3), etc.¹²

§ 1 – Article 8 : le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile

L'article 8 de la Convention est ainsi libellé :

- « 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. »

Préciser le champ d'application de l'article 8 revient à examiner successivement les différentes notions employées par cette disposition et notamment celles de vie privée, de vie familiale et de domicile.

11. Les solutions spécifiques aux questions touchant à l'homosexualité et à la transsexualité seront quant à elles abordées ultérieurement dans la deuxième partie.

12. L'article 3 interdisant les actes de tortures et les traitements inhumains et dégradants peut également être cité (cf. *Stasi c. France*, 20 octobre 2011, requête ° 25001/07).

A – Article 8 : vie privée

Il n'existe pas de définition exhaustive de la notion de vie privée (*Niemietz c. Allemagne*, § 29), mais il s'agit d'une notion large¹³.

D'une manière générale, depuis une décision de la Commission, *X c. Irlande* du 13 mai 1976¹⁴, il est établi que le droit au respect de la vie privée inclut :

« le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains, notamment dans le domaine affectif pour le développement et l'accomplissement de sa propre personnalité ».

La vie privée comprend par exemple le droit d'établir et de nouer des relations avec ses semblables et le monde extérieur¹⁵ ; l'intégrité physique et psychologique ou morale d'une personne¹⁶, y compris le traitement médical et les examens psychiatriques¹⁷ ainsi que la santé mentale¹⁸, des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (par exemple, le droit à obtenir des informations pour découvrir ses origines et l'identité de ses géniteurs)¹⁹ ; en ce qui concerne la saisie de documents nécessaires pour prouver son identité²⁰ ; le nom et le prénom des personnes physiques²¹ ; le statut marital d'une personne en tant que partie intégrante de l'identité personnelle et sociale de celle-ci²², etc.

De manière plus spécifique, en ce qui concerne les affaires portant sur les questions d'orientation sexuelle et d'identité de genre, la Cour a été amenée à juger que le droit au respect de la vie privée englobe notamment la vie sexuelle et qu'elle en constitue l'un de ses aspects les plus intimes.

Vie privée et orientation sexuelle

Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02

Comme la Cour le dit explicitement dans l'affaire *Kozak c. Pologne* :

« Undoubtedly, sexual orientation, one of most intimate parts of an individual's private life, is protected by Article 8 of the Convention »²³

Autrement dit, la relation affective et sexuelle qui unit un couple gay ou lesbien tombe sans discussion dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée, comme la Cour a notamment pu le juger dans les affaires suivantes²⁴.

Antonio Mata Estevez c. Espagne, 10 mai 2001, n° 56501/00, décision sur la recevabilité

Dans cette affaire, le requérant cohabita durant plus de dix ans avec un autre homme et ils gèrent ensemble leur ménage, utilisant en commun leurs revenus et partageant leurs dépenses.

« S'agissant de la vie privée, la Cour reconnaît que la relation affective et sexuelle maintenue par le requérant relève de sa vie privée au sens de l'article 8 § 1 de la Convention. »

Fernando dos Santos Couto c. Portugal, 21 septembre 2010, n° 31874/07

Dans cette affaire, le requérant fut condamné à une peine d'un an et six mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir commis deux infractions d'actes homosexuels avec adolescents. Avant de se prononcer sur la question de la conformité à la Convention de la condamnation dont le requérant avait fait l'objet, la Cour s'est prononcée sur la question de l'applicabilité de l'article 8 dans les termes généraux suivants.

13. *Peck c. Royaume-Uni*, § 57 ; *Pretty c. Royaume-Uni*, § 61.

14. *D & R* n°5, p. 86.

15. *Niemietz c. Allemagne*, § 29.

16. *X et Y c. Pays-Bas*, § 22.

17. *Glass c. Royaume-Uni*, § 70-72 ; *Y.F. c. Turquie*, § 33, s'agissant d'un examen gynécologique forcé ; *Matter c. Slovaquie*, § 64 ; *Worwa c. Pologne*, § 80.

18. *Bensaid c. Royaume-Uni*, § 47.

19. *Mikulić c. Croatie*, § 53, et *Odièvre c. France*, § 29.

20. *Smirnova c. Russie*, § 95-97.

21. *Mentzen c. Lettonie* (déc.) ; *Burghartz c. Suisse*, § 24 ; *Guillot c. France*, §§ 21-22 ; *Güzel Erdagöz c. Turquie*, § 43 ; *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, § 26

22. *Dadouch c. Malte*, § 48.

23. Indubitablement, l'orientation sexuelle, qui constitue un des aspects les plus intimes de la vie privée d'une personne, est protégée par l'Article 8 de la Convention.

24. Cf. aussi : *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, § 36

« 32. La Cour souligne d'emblée qu'il ne prête pas à controverse que la présente affaire tombe sous l'empire de l'article 8 de la Convention, puisqu'elle concerne un aspect des plus intimes de la vie privée du requérant. L'article 14 est donc applicable (*L. et V. c. Autriche*, précité, § 36). Elle relève que les parties sont en revanche en désaccord sur l'existence d'un traitement discriminatoire. »

De manière plus large, la Commission européenne des droits de l'homme estime que « les relations lesbiennes ou homosexuelles durables » ressortissent au premier chef de la vie privée (décision de la Commission, 10 février 1990, *B. c. Royaume-Uni*, D & R n° 64, p. 278).

***Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76**

Dans son célèbre arrêt *Dudgeon* de 1981, la Cour a été amenée à examiner la législation qui en Irlande du nord incriminait les actes homosexuels entre majeurs consentants. La Cour y pose le principe selon lequel la répression pénale de l'homosexualité forme en soi, indépendamment de toute condamnation, une ingérence dans le droit au respect de la vie privée.

« 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 (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 13, par. 27) : ou il la respecte et s'abstient de se livrer – même en privé et avec des hommes consentants – à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales. »

La Cour a eu l'occasion d'appliquer le principe posé par l'arrêt *Dudgeon* à plusieurs reprises et notamment dans l'affaire *A.D.T.* par exemple, laquelle concernait aussi une personne condamnée pénalement pour s'être livrée à des relations sexuelles avec plusieurs hommes dans un cadre privé.

***A.D.T. c. Royaume-Uni*, 31 juillet 2000, n° 35765/97**

« 23. La Cour rappelle que la simple existence d'une législation prohibant les pratiques homosexuelles masculines accomplies en privé est de nature à atteindre en permanence et directement une personne dans sa vie privée (pour la jurisprudence la plus récente de la Cour, voir l'arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, série A n° 259, p. 11, § 24). [...] »

La Cour estime donc recevable une requête présentée par une simple victime potentielle, indépendamment de toute poursuite.

Vie privée et identité de genre

***Schlumpf c. Suisse*, 9 janvier 2009, n° 29002/06**

Dans son arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 9 janvier 2009, la Cour résume les principes généraux qu'elle a établis en la matière de la façon suivante.

« 100. Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 22), mais peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (*Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41, *B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C, pp. 53 et suiv., § 63, *Burghartz*, précité, p. 28, § 24, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 131, § 36, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n°s 33985/96 et 33986/96, § 71, CEDH 1999-VI). Comme la Cour a déjà remarqué [...], cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III).

101. La dignité et la liberté de l'homme relevant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti (*I. c. Royaume-Uni* [GC], n° 25680/94, § 70, 11 juillet 2002, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également, quant aux affaires ayant trait à la situation des transsexuels, *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106, *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1990, série A

n° 184, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil 1998-V*, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, CEDH 2006-..., et, indirectement, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, *Recueil 1997-II*).

102. La Cour réaffirme par ailleurs que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêts *X et Y c. Pays-Bas*, précité, p. 11, § 23, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil 1998-I*, p. 422, § 33, et *Mikulic*, précité, § 57).

103. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, mais les principes applicables dans le cas des premières sont comparables à ceux valables pour les secondes. Pour déterminer si une obligation - positive ou négative - existe, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ; dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, les arrêts *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290, p. 19, § 49, *B. c. France*, précité, p. 47, § 44, *Sheffield et Horsham*, précité, p. 2026, § 52, *Mikulic*, précité, § 57, et *Cossey*, précité, p. 15, § 37).

104. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit la définition sexuelle d'une personne (voir, *mutatis mutandis*, pour des affaires ayant trait aux personnes homosexuelles, *Dudgeon*, précité, p. 21, § 52, et *Smith et Grady*, § 89, précités). »

B – Article 8 : vie familiale

D'une manière générale, il importe de souligner que la notion de vie familiale a été définie de façon autonome²⁵ : la question de l'existence ou non d'une « vie familiale » est essentiellement une question de fait qui résulte de la réalité et de l'étroitesse de liens personnels entre les intéressés²⁶. La Cour peut ainsi prendre en compte des éléments comme la vie commune, en l'absence de toute reconnaissance légale d'une vie familiale²⁷, ou bien la durée de la relation. La notion de « famille » visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, mais peut englober d'autres « liens familiaux » de fait, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital²⁸. Même en l'absence de cohabitation, il peut encore y avoir suffisamment de liens pour constituer une vie familiale²⁹.

De manière spécifique, en ce qui concerne les personnes LGBT, il est aujourd'hui admis que le droit au respect de la vie de famille de l'article 8 protège la relation stable entre des personnes de même sexe ou avec une personne transgenre. Il s'agit là d'une reconnaissance récente et qui marque une évolution notable.

Par ailleurs, le droit au respect de la vie de famille protège toute relation parentale existante entre un parent homosexuel ou transgenre et ses éventuels enfants. En revanche, le droit au respect de la vie de famille ne garantit pas le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter.

Le droit au respect de la vie de famille protège la relation stable entre personnes de même sexe

La réponse à la question de savoir si les personnes de même sexe entretenant une relation affective et sexuelle stable pouvaient se prévaloir d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 a évolué.

Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04

Il est désormais acquis au terme de l'arrêt *Schalk et Kopf* de 2010 que la cohabitation de deux personnes de même sexe entretenant une relation stable forme non plus seulement un aspect de la vie privée des intéressés, mais qu'elle est aussi constitutive d'une vie familiale.

Examinant l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 8, le juge européen expose la position qui est désormais la sienne dans les termes suivants.

« 87. La Cour a examiné un certain nombre d'affaires dans le domaine de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Certaines l'ont été sous l'angle du seul article 8 ; il s'agissait d'affaires se rapportant à l'interdiction pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993,

25. *Marckx c. Belgique*, § 31.

26. *K. c. Royaume-Uni* (déc.).

27. *Johnston et autres c. Irlande*, § 56.

28. *Johnston et autres c. Irlande*, § 56.

29. *Kroon et autres c. Pays-Bas*, § 30.

série A n° 259) ou au renvoi d'homosexuels de l'armée (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). D'autres ont été étudiées sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Elles concernaient entre autres les différences dans l'âge du consentement aux relations homosexuelles prévu en droit pénal (*L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX), l'autorisation d'adopter un enfant (*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I, et *E.B. c. France*, précité) et le droit à la transmission d'un bail après le décès du partenaire (*Karner*, précité).

88. En l'espèce, les requérants ont formulé leur grief sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour juge qu'il convient de suivre cette approche.

89. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, par exemple, *E.B. c. France*, précité, § 47, *Karner*, précité, § 32, et *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil* 1998-II).

90. Nul ne conteste en l'espèce que la relation qu'entretiennent deux personnes de même sexe telles que les requérants relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Toutefois, à la lumière des commentaires des parties, la Cour juge approprié de se pencher sur la question de savoir si leur relation est également constitutive d'une « vie familiale ».

91. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante relative aux couples hétérosexuels, la notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » de fait lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. Un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule « familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (*Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290, et *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 56, série A n° 112).

92. Néanmoins, la Cour a seulement admis dans sa jurisprudence que la relation affective et sexuelle qui unit un couple homosexuel relève de la « vie privée », mais non qu'elle se rapporte au domaine de la « vie familiale », même lorsqu'est en jeu une relation entre deux personnes vivant ensemble. Elle est parvenue à cette conclusion après avoir observé 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 (*Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI, et autres références citées). Dans l'arrêt *Karner* (précité, § 33), qui concernait le droit du partenaire survivant d'un couple homosexuel à se voir transmettre le bail dont le défunt était titulaire, et qui relevait de la notion de « domicile », la Cour a expressément laissé ouverte la question de savoir si l'affaire faisait aussi entrer en jeu la « vie privée et familiale » du requérant.

93. La Cour note que depuis 2001, date d'adoption de sa décision dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société envers les couples homosexuels a connu une évolution rapide dans de nombreux Etats membres. Depuis lors, un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels. Certaines dispositions du droit de l'Union européenne reflètent également une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de « famille ».

94. Eu égard à cette évolution, 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. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

95. La Cour conclut donc 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. Partant, l'article 14 combiné avec l'article 8 trouve à s'appliquer. »

Le droit au respect de la vie de famille protège la relation parentale préexistante

Il va de soi que si une personne, quelle que soit son orientation sexuelle (ou son genre), est le parent d'un enfant, qu'elle en soit le père ou la mère, l'article 8 s'applique à cette vie familiale existante. Tel est l'enseignement de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta*.

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96

Dans cette affaire, le juge européen précise que le fait pour une juridiction de retirer à un père le droit de garde partagée au seul motif de son orientation sexuelle est une immixtion dans le droit au respect de la vie de famille. Selon les termes de la Cour, une telle décision...

« 22 [...] s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, de sorte que la situation litigieuse relève de l'article 8. En effet, il ressort de la jurisprudence des organes de la Convention que cette disposition s'applique aux décisions d'attribution de la garde d'un enfant à un des parents après divorce ou séparation (arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 29 ; voir également *Irlén c. Allemagne*, requête n° 12246/86, décision de la Commission du 13 juillet 1987, Décisions et rapports 53, p. 225) ».

Le droit au respect de la vie de famille protège la relation qui unit, au sein du même foyer, les membres d'un couple de même sexe et l'enfant de l'un d'eux

Dans les affaires *Gas et Dubois c. France* du 31 août 2010 (n° 25951/07), et *X. c. Autriche* du 19 février 2013 (n° 19010/07), la Cour européenne retient que la notion de « vie familiale » inclut la relation qui unit, tout à la fois, au sein du même foyer, les membres d'un couple de femmes et l'enfant de l'une d'elles, quelles que soient par ailleurs les circonstances de la naissance de ce dernier, qu'il ait été conçu par procréation médicalement assistée (*Gas et Dubois*), ou qu'il soit né hors mariage d'une relation avec un père qui l'a reconnu puis placé sous l'autorité parentale exclusive de sa mère (*X. c. Autriche*).

X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07

« 95. [...] [D]ans la décision sur la recevabilité qu'elle a rendue dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* (n° 25951/07, 31 août 2010), la Cour a déclaré que la relation entre deux femmes vivant ensemble sous le régime du pacte civil de solidarité (PACS) et l'enfant que la seconde d'entre elles avait conçu par procréation médicalement assistée et qu'elle élevait conjointement avec sa compagne s'analysait en une « vie familiale » aux fins de l'article 8 de la Convention.

96. En l'espèce, [les deux femmes concernées] forment un couple homosexuel stable menant une vie commune depuis de nombreuses années. [Le fils de l'une d'elles], dont elles s'occupent toutes les deux, vit avec elles. Dans ces conditions, la Cour estime que la relation qui unit les trois requérants relève de la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention. »

Le droit au respect de la vie de famille protège une personne transgenre dans sa relation de couple avec sa compagne et dans la relation parentale avec l'enfant de sa compagne

X, Y et Z c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, n° 21830/93

Dans cet arrêt, qui conclut à la non-violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), le juge européen reconnaît néanmoins l'existence d'une vie familiale entre, X, un homme transgenre, Y, sa compagne, et Z, l'enfant né de cette dernière (à la suite d'une insémination artificielle avec donneur). La position de la Cour pour déclarer l'article 8 applicable en l'espèce est la suivante.

« 36. La Cour rappelle que le concept de «vie familiale» visé par l'article 8 (art. 8) ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto (voir les arrêts *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 14, par. 31, *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, série A n° 290, p. 17, par. 44, et *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, série A n° 297-C, pp. 55-56, par. 30). 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 (voir, par exemple, l'arrêt *Kroon et autres* précité, loc. cit.).

37. En l'espèce, la Cour constate que X est un transsexuel ayant subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Il vit avec Y depuis 1979, assumant aux yeux de tous le rôle de partenaire masculin. Le couple a demandé, et obtenu, un traitement IAD devant permettre à Y de concevoir un enfant. X a soutenu Y pendant cette période et se comporte à tous égards comme «le père» de Z depuis la naissance de celle-ci. Dans ces conditions, la Cour estime que des liens familiaux de facto unissent les trois requérants.

Il s'ensuit que l'article 8 (art. 8) trouve à s'appliquer. »

Le droit au respect de la vie de famille ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter

Il ressort de la jurisprudence que le droit au respect de la vie de famille ne garantit pas le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter³⁰.

E.B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02

Dans cette affaire, il a été demandé à la Cour d'examiner le rejet d'une demande d'agrément préalable à l'adoption d'un enfant par une femme célibataire entretenant une relation stable avec une autre. Sur la question précise de savoir si cette démarche tombe, ou non, sous l'angle du droit au respect d'une « vie familiale » au sens de l'article 8 isolément considéré, la Cour expose de manière synthétique la position de principe qu'elle adopte à propos de l'adoption.

« 41. La Cour, qui constate que la requérante se fonde sur l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, rappelle tout d'abord que les dispositions de ce dernier ne garantissent ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter (*Fretté*, précité, § 32), ce dont les parties conviennent. Le droit au respect d'une « vie familiale » ne protège pas le simple désir de fonder une famille ; il présuppose l'existence d'une famille (*Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, § 31), voire au minimum d'une relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (*Nylund c. Finlande* (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), d'une relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, p. 32, § 62), ou encore d'une relation née d'une adoption légale et non fictive (*Pini et autres c. Roumanie*, nos 78028/01 et 78030/01, § 148, CEDH 2004-V).

42. Le droit d'adopter n'est pas davantage octroyé par le droit interne ou par d'autres instruments internationaux, telle la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 ou la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

43. La Cour a cependant déjà jugé que la notion de « vie privée », au sens de l'article 8 de la Convention, est quant à elle un concept large qui comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables (*Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B, p. 33, § 29), le droit au « développement personnel » (*Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I) ou le droit à l'autodétermination en tant que tel (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III). Elle englobe des éléments comme le nom (*Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, § 24), l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, qui relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voir, par exemple, les arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41 ; *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* du 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 131, § 36), ainsi que le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir (*Evans c. Royaume-Uni* [GC], n° 6339/05, § 71, CEDH 2007-...).

44. Certes, en l'espèce, la procédure litigieuse ne concerne pas l'adoption d'un enfant en tant que telle, mais la demande d'agrément en vue de pouvoir en adopter, le cas échéant, par la suite. La présente affaire pose donc le problème de la procédure d'accès à l'adoption plus que de l'adoption en elle-même. Cependant, il n'est pas contesté par les parties qu'en pratique l'agrément est indispensable pour qui veut adopter un enfant.

45. Par ailleurs, il convient de relever que la requérante prétend avoir été victime d'une discrimination en raison de son homosexualité déclarée, ce qui aurait emporté une violation des dispositions de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8.

46. En conséquence, la Cour n'est pas ici appelée à trancher la question de savoir si le droit d'adopter, compte tenu notamment de l'évolution de la législation en Europe et du fait que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, notamment, *Johnston et autres c. Irlande*, arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53), doit ou non entrer dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention pris isolément. »

30. Il faut toutefois noter que la Cour a jugé dans des affaires concernant des couples hétérosexuels que, la notion de « vie familiale », tout comme d'ailleurs celle de « vie privée », englobe le droit au respect des décisions d'un couple de devenir parents génétiques (*Dickson c. Royaume-Uni*, § 66). Dès lors, le droit d'un couple de recourir à la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'article 8, en tant qu'expression de la vie privée et familiale (*S.H. et autres c. Autriche*, § 60).

C – Article 8 : domicile

D'une manière générale, la notion de domicile se définit, elle aussi, de manière autonome et doit être comprise de manière large : le mot « *home* », qui figure dans la version anglaise de l'article 8, ne doit d'ailleurs pas être entendu de manière stricte étant donné que l'équivalent français « domicile » a une connotation plus large³¹. Cette notion dépend des circonstances de fait, et notamment de l'existence de liens suffisants et continus avec un lieu déterminé³². Elle ne se limite pas aux résidences qui sont établies légalement³³ et un requérant n'a pas forcément besoin d'être propriétaire du « domicile » aux fins de l'article 8.

De manière spécifique, en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, les affaires portées devant la Cour européenne ont touché à la question du droit à la transmission d'un bail après le décès de l'un des membres d'un couple homosexuel.

Karner c. Autriche, 24 juillet 2003, n° 40016/98

Examinant le refus opposé au requérant gay (M. Karner) de lui reconnaître le droit à la transmission d'un bail après le décès de son compagnon (M. W.), la Cour reconnaît sans difficulté l'applicabilité de l'article 8 sous l'angle du droit au respect de son domicile.

« 33. La Cour doit examiner si l'objet de l'affaire relève de l'article 8. Elle n'estime pas nécessaire de définir les notions de « vie privée » ou de « vie familiale » puisque, en tout état de cause, le grief exprimé par le requérant concerne la manière dont la différence de traitement alléguée portait atteinte à la jouissance du droit au respect de son domicile, garanti par l'article 8 de la Convention (*Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, § 28, CEDH 1999-I). Le requérant vivait dans l'appartement loué à M. W. et, si elles n'avaient pas tenu compte de son sexe – plus précisément de son orientation sexuelle –, les juridictions auraient pu lui reconnaître le statut de compagnon de vie aux fins de l'article 14 de la loi sur les loyers, ce qui lui aurait donné droit à la transmission du bail.

Partant, l'article 14 de la Convention s'applique. »

Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02

Dans une autre affaire, exactement similaire, la Cour applique l'article 8 sur le double fondement du respect de la vie privée et celui du domicile. C'est ainsi que le refus de reconnaître à un(e) des partenaires d'un couple de personnes de même sexe le droit à la transmission d'un bail après le décès de son compagnon concerne tout à la fois la vie privée et le domicile des intéressés.

« 83. La Cour note que le grief du requérant a trait à l'interprétation et à l'application qui lui est faite de l'expression juridique « union de fait » par les tribunaux polonais et qui se traduit par une différence de traitement entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels lors de la transmission d'un bail après le décès de l'un des partenaires (voir les §§ 29 à 38, 51 et 55 ci-dessus).

L'orientation sexuelle, l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, est sans conteste protégée par l'article 8 de la Convention (voir *Smith et Grady c. Royaume-Uni* n°s 33985/96 et 33986/96, §§ 71 et 89, CEDH 1999-VI ; *S.L. c. Autriche* n° 45330/99, § 37, CEDH 2003-I ; et *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* n° 33290/96, §§ 23 et 28, CEDH 1999-IX).

84. De plus, sans parler de la question de savoir si, comme il l'affirmait, le requérant vivait dans l'appartement lors du décès de T.B. ou si, comme le gouvernement le soutenait, il résidait ailleurs (voir les §§ 11 à 13 ci-dessus), nul ne contestait qu'il était enregistré par les autorités comme résidant en permanence dans l'appartement depuis au moins mai 1989 et qu'il y vivait au moment de la procédure de transmission (voir les §§ 6, 23 et 38). En conséquence, les faits de l'espèce peuvent aussi concerner le droit au respect du « domicile » au sens de l'article 8 (voir *Karner*, arrêt précité, § 33).

85. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut à l'application de l'article 14 de la Convention en l'espèce et rejette l'exception du gouvernement sur la compatibilité *ratione materiae*.

Elle déclare en conséquence la requête recevable. »

31. *Niemietz c. Allemagne*, § 30.

32. *Prokopovitch c. Russie*, § 36 ; *Gillow c. Royaume-Uni*, § 46 ; *McKay-Kopecka c. Pologne* (déc.).

33. *Buckley c. Royaume-Uni*, § 54 ; *Prokopovitch c. Russie*, § 36.

§ 2 – Article 1 du Protocole n° 1 : le droit à la protection de la propriété

L'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention est ainsi libellé :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

Cette disposition de la Convention a pour objet de garantir le droit de propriété. La notion de « biens » est entendue largement. Elle protège de manière traditionnelle la possession de biens corporels, immeubles ou meubles, mais aussi tout un ensemble de droits de nature patrimoniale ou pécuniaire : sont ainsi couverts les biens incorporels tels que les droits de propriété intellectuelle, les droits attachés aux actions, à l'exercice d'une activité commerciale..., les créances comme, par exemple, une créance contractuelle constatée par une sentence arbitrale ou bien même une créance potentielle dont son titulaire peut légitimement espérer qu'elle se concrétise comme, par exemple, une créance en réparation d'un dommage. Il importe de rappeler que les prestations sociales de type contributif (en ce sens qu'elles sont plus ou moins directement la contrepartie d'une cotisation) tombent dans le champ d'application de l'article 1 du premier protocole (et par suite de celui de l'article 14 combiné avec ce dernier) et que les prestations sociales de type non-contributif (en ce sens qu'elles reposent sur le principe d'une solidarité collective) tombent dans le champ d'application de l'article 14 combiné l'article 1 du premier protocole (sans être protégées d'un point de vue du droit reconnu, isolément considéré).

Dans les matières liées à la question de l'orientation sexuelle, certains enjeux financiers ont été abordés sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 1 du premier protocole comme par exemple dans l'affaire *J. M. c. Royaume-Uni*, 28 septembre 2010.

J. M. c. Royaume-Uni, 28 septembre 2010, n° 37060/06

Dans cette affaire, la Cour s'est déclarée compétente pour examiner la législation britannique sur les pensions alimentaires dues en cas de séparation d'un couple ayant des enfants : elle impose au parent non gardien de verser au profit du parent titulaire de la garde des enfants une pension alimentaire qui vise à contribuer financièrement à l'éducation des enfants et elle autorise son débiteur à demander une réduction de son montant lorsqu'il a noué une nouvelle relation – qu'il se soit remarié ou non –, mais uniquement dans le cas où il vit avec une personne de sexe opposé et non, comme en l'espèce, avec une personne de même sexe.

La juridiction interne contestait le fait que l'obligation légale pesant sur le parent non gardien de verser des subsides au parent gardien tombait dans le champ d'application de l'article 1 du premier Protocole³⁴. La Cour ne partage pas ce point de vue et estime qu'il trouve bien à s'appliquer : en excluant les faits de l'espèce du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 alors qu'elle était appelée à se prononcer sur un grief de discrimination, la juridiction interne s'est livrée à une interprétation trop étroite de cette disposition. La Cour précise en outre, qu'en matière de prestations sociales, une demande peut relever du champ d'application de l'article 1 du premier Protocole et tomber, de ce fait, sous l'empire de l'article 14 même en l'absence de dépossession des biens actuels du requérant ou d'une autre atteinte aux biens en question. Son raisonnement est le suivant.

« 46. [...] Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour, en particulier dans le contexte du droit aux prestations sociales, une demande peut relever du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 et tomber, de ce fait, sous l'empire de l'article 14 de la Convention même en l'absence de dépossession des biens actuels du requérant ou d'une autre atteinte aux biens en question (voir, par exemple les arrêts *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], n°s 65731/01 et 65900/01, § 39, CEDH 2005-X; *Carson et autres* [GC], n° 42184/05, § 63, CEDH 2010-).

47. Comme la requérante l'a fait valoir devant la Cour, la pension alimentaire versée au profit des enfants était en cause dans la décision prise par la Commission dans l'affaire *Burrows*. Dans cette affaire, le requérant tirait notamment grief de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément et combiné avec l'article 14. En ce

34. Elle estimait que cette disposition s'appliquait essentiellement aux expropriations pour cause d'utilité publique et non aux obligations personnelles des parents non gardiens, ils jugèrent qu'il aurait été artificiel de qualifier le versement d'une pension alimentaire de privation des biens du parent débiteur.

qui concerne le premier, la Commission faisait observer que la deuxième phrase de cet article portait essentiellement sur une expropriation formelle pour cause d'utilité publique et non sur la réglementation des droits entre des personnes au regard du droit privé à moins que l'Etat ne mette la main ou n'autorise un tiers à mettre la main sur un bien donné dans l'intérêt public. Elle doutait en conséquence qu'il y ait eu privation de propriété. Compte tenu toutefois du rôle actif de l'Etat dans cette procédure et du fait que l'ex-femme de M. Burrow devait lui demander une pension alimentaire ou perdre son droit aux prestations de sécurité sociale, elle considérait qu'il y avait eu ingérence dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de ses biens. A cet égard, elle faisait observer que la législation en question était l'expression pratique d'une politique relative aux responsabilités économiques des parents qui n'avaient pas la garde de leurs enfants et obligeait le parent non-gardien à verser des subsides au parent gardien. Il s'agissait d'un exemple de législation régissant des relations de droit privé entre des personnes, qui déterminait les effets de ces relations par rapport aux biens et obligeait, dans certains cas, une personne à céder un bien à une autre. La Commission déclarait ensuite irrecevable la requête pour violation de l'article 1 du Protocole n° 1 pris isolément au motif que l'atteinte aux biens du requérant n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi.

Après avoir examiné le grief du requérant relatif à la discrimination dont il était l'objet au motif de son statut de parent séparé, la Commission avait reconnu qu'il relevait du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1 mais elle l'avait en définitive rejeté, car il ne révélait pas l'existence d'un traitement discriminatoire. La Cour ne voit aucune raison d'adopter une approche différente de l'applicabilité de l'article 14 en l'espèce.

48. La Cour a aussi eu l'occasion d'examiner un autre aspect du système de pension alimentaire du Royaume-Uni, dans l'affaire *P.M. c. Royaume-Uni*, n° 6638/03, 19 juillet 2005. Etait en cause dans cette affaire l'abattement fiscal prévu à l'époque par la législation fiscale nationale du pays, qui était accordé aux personnes séparées et divorcées devant verser des subsides. Le gouvernement admettait que la situation relevait du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1. Alors qu'aucune question fiscale ne se pose ici, la Cour estime que les sommes que la requérante a versées sur ses propres ressources financières pour subvenir aux besoins de ses enfants constituent des «contributions» au sens du deuxième paragraphe de l'article 1 puisque leur versement était imposé par les dispositions légales applicables et contrôlé par la CSA (voir, *mutatis mutandis*, *Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, § 30, série A n° 187, et *Van Raalte c. Pays-Bas*, 21 février 1997, §§ 34-35, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I).

49. La Cour estime en conséquence que la situation relève du champ d'application de cette disposition et que l'article 14 est applicable. »

La Cour n'estime pas devoir examiner la question de savoir si l'affaire relève aussi de l'article 8 de la Convention.

§ 3 – Article 11 : le droit à la liberté de réunion et d'association

L'article 11 de la Convention est ainsi libellé :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

Dans l'affaire *Rassemblement jurassien c. Suisse* du 10 octobre 1989 (requête n° 8191/78, D. et R. n° 17, p. 105, § 3), la Commission indique que :

« ... le droit de réunion pacifique consacré à cet article est un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société (voir affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, Série A, § 49). Comme tel, ce droit couvre, à la fois les réunions privées et les réunions sur la voie publique ».

Dans sa décision *Christians against Racism and Facism c. Royaume-Uni* du 16 juillet 1980 (requête n° 8840/78, D. et R. n° 21, p. 162, § 4), la Commission opère la précision suivante.

« La liberté de réunion pacifique ne couvre pas seulement les réunions statiques mais aussi les défilés publics. C'est, de plus, une liberté qui peut être exercée non seulement par les individus participant à

pareille manifestation, mais aussi par les organisateurs, y compris un organe constitué comme l'association requérante ».

Dans le but d'attirer l'attention du public sur les discriminations subies par les personnes LGBT et de demander une plus grande tolérance à leur égard, les défenseurs des droits des LGBT ont coutume d'organiser des manifestations dans de nombreuses grandes villes. Ces défilés, appelés « marche des fiertés », *Gay Pride*, *Lesbian and Gay Pride*, ou encore *LGBT Pride*, ont occasionné une jurisprudence protectrice de ces personnes LGBT sous l'angle de l'article 11.

Bączkowski et autres c. Pologne du 3 mai 2007, n° 1543/06 et Alexeïev c. Russie du 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09

Dès lors que ces manifestations revêtent un caractère pacifique, l'applicabilité de l'article 11 ne prête pas à discussion, comme ce fut le cas dans les affaires *Bączkowski et autres c. Pologne* du 3 mai 2007 et *Alexeïev c. Russie* du 21 octobre 2010 (cf. *infra*). Il ressort de ces affaires que l'article 11 protège incontestablement le droit des personnes LGBT de revendiquer ouvertement leur orientation sexuelle ou leur identité de genre au travers de manifestations, à l'égal de toute autre personne.

Il est à noter qu'une abstention de l'État peut constituer une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'association : tel est le cas lorsque celui-ci laisse se dérouler une manifestation et s'abstient donc de toute intervention mais ne prend par ailleurs aucune mesure appropriée contre d'éventuelles brutalités en provenance d'adversaires aux manifestants.

§ 4 – Articles 6 et 13 : le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif

Les libertés énoncées par les articles 6 et 13 sont d'un genre particulier en ce sens qu'elles correspondent à des droits de nature procédurale et sont caractéristiques des droits dont dispose un individu dans un Etat de droit.

A – Article 6 : le droit à un procès équitable

L'article 6 de la Convention protège le droit à un procès équitable ; il est ainsi libellé :

« (1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

(2) Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

(3) Tout accusé a droit notamment à : (a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; (b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; (c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; (d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; (e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

En substance, aujourd'hui – et bien que le juge européen se refuse à présenter la situation ainsi – l'article 6 apparaît comme un principe ayant vocation à s'appliquer à toute procédure juridictionnelle, exception faite de certains domaines qui en sont écartés par la jurisprudence comme irréductiblement inassimilables aux matières civiles et pénales.

La matière civile est interprétée très largement. Elle couvre « toute procédure dont l'issue est déterminante pour les droits et obligations de caractère privé »³⁵. Elle englobe l'ensemble de ce que le droit de tradition continentale désigne comme le droit privé, sans considération aucune, ni de la nature de la loi qui l'édicte – qu'elle

35. *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, § 90.

soit civile, commerciale, administrative, etc. –, ni de l'autorité compétente pour trancher le litige – qu'il s'agisse des tribunaux civils ou des juridictions pénales³⁶, administratives³⁷, constitutionnelles³⁸, professionnelles³⁹, voire des organes administratifs⁴⁰ –. Tombent ainsi sous l'empire de la matière civile, les litiges relatifs : à l'état des personnes⁴¹, au droit de la famille⁴², à la propriété privée⁴³, etc. Les domaines soustraits à l'applicabilité de l'article 6 sont les procédures qui mettent en cause des prérogatives régaliennes de l'État ou des droits et obligations de nature politique ; mais elles tendent progressivement à se réduire. Il s'agit schématiquement du contentieux fiscal (non répressif), du contentieux des mesures de police des étrangers, du contentieux de la représentation politique – tant nationale que locale – et du contentieux de certains agents de la fonction publique participant à l'exercice de la puissance publique et de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et pour ce qui concerne uniquement le recrutement, la carrière et la cessation d'activité. D'une manière générale, le critère déterminant de la délimitation du champ d'application de l'article 6 est celui de savoir si l'action du requérant comporte, ou non, des implications d'ordre patrimonial⁴⁴. Dans l'affirmative, la procédure concernée est considérée comme une matière civile.

Tout comme la matière civile, la notion de « matière pénale » est dotée d'un sens autonome européen, indépendant des dénominations retenues par le droit interne des États membres ; elle a bénéficié d'une interprétation extensive, grâce à une conception essentiellement matérielle définie par la Cour européenne. La qualification donnée par le droit national est un critère liminaire qui peut le cas échéant suffire à conclure qu'il est statué sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ; cependant, la définition nationale ne constitue qu'un indice relatif. Les critères véritablement pertinents pour déterminer la matière pénale sont : d'une part, la nature de l'infraction – c'est-à-dire la transgression d'une norme générale ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif – et/ou, d'autre part, la gravité de la sanction encourue. Il est bien évident qu'une privation de liberté (ou sa prolongation) est révélateur du caractère pénal d'une infraction⁴⁵, tout comme le montant élevé des amendes ou bien encore l'effet punitif ou dissuasif de la sanction⁴⁶. Peu importe la nature de l'organe qui prononce la sanction, la Cour européenne a étendu la matière pénale aux sanctions administratives, notamment disciplinaires et fiscales. Les procédures qui échappent à l'empire de l'article 6 dans sa dimension pénale sont extrêmement résiduelles.

Comme il ressort de la lecture de l'article 6, celui-ci énonce une série de garanties, qui ont été précisées par la jurisprudence, laquelle en a enrichi notablement le contenu. En substance et de manière tout à fait générale, l'article 6 garantit le droit d'accès à un juge, à l'obtention d'une décision de justice, au respect du principe de l'égalité des armes et du principe du contradictoire, à un tribunal indépendant et impartial, à la publicité et à la célérité de la procédure, à l'exécution des décisions de justice ; cet article offre aussi des garanties à l'accusé et notamment le droit à la présomption d'innocence et les droits de la défense.

Dans les domaines touchant les personnes LGBT, les garanties procédurales que la Cour européenne a été amenée à mettre en œuvre concernent principalement le droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve relative à l'identité de genre des personnes transgenres (*Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003) ainsi que le droit à la publicité des audiences relatives à la question de la conversion sexuelle (*Schlumpf c. Suisse* du 9 janvier 2009)⁴⁷.

La mise en œuvre de ces deux garanties dans le cadre de contentieux relatif aux questions transgenres permet à la Cour européenne des droits de l'homme de faire échec à certains préjugés dont les juges nationaux peuvent, le cas échéant, faire preuve sur cette question.

36. *Perez c. France*, 12 février 2004, §§ 57-75 (au sujet d'une constitution de partie civile au cours de l'instruction pénale).

37. *Ringeisen c. Autriche*, 16 juillet 1971, § 94.

38. *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, §§ 57-60.

39. *König c. Allemagne*, 28 juin 1978, § 90 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, §§ 40-51.

40. Au sens d'organe non-juridictionnel selon la typologie du droit national. Par exemple : *Rolf Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, §§ 35-42.

41. Par exemple : *H. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987 ; *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984.

42. Par exemple : *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 57.

43. Par exemple : *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §§ 79-83.

44. Pour un exemple caractéristique : *Éditions Périscope c. France*, 26 mars 1992, § 40.

45. *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 82 ; *Campbell et Fell*, 28 juin 1984, § 73.

46. Par exemple, *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, 29 août 1997.

47. Dans le domaine de l'homosexualité, l'arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002 constate, en application de la jurisprudence *Krees c. France*, la violation de l'article 6, mais celle-ci concerne un point, celui de la non communication du rapport du conseiller-rapporteur, qui est extérieur à la question de l'homosexualité du requérant.

Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, n° 35968/97

Dans sa requête, M^{me} van Kück dénonçait les décisions par lesquelles les tribunaux allemands avaient rejeté ses demandes de remboursement des traitements de conversion sexuelle qu'elle avait subis et les procédures judiciaires à l'issue desquelles ces décisions avaient été rendues. Elle y voyait notamment une violation de son droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1.

La Cour a considéré que l'article 6 était applicable à la manière dont les tribunaux allemands avaient examiné les moyens, arguments et offres de preuve relative à l'identité de genre de la requérante. La Cour estime qu'elle est fondée à opérer un contrôle sur ce point lorsqu'une procédure juridictionnelle, dans son ensemble, paraît entachée d'arbitraire.

Il s'agit là d'un moyen de contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme qui est assez large.

La démarche générale mise en œuvre par la Cour est rappelée dans les termes suivants.

« 46. La Cour rappelle que c'est d'abord aux autorités nationales, et spécialement aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter le droit interne et qu'elle ne substituera pas sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Ravnsborg c. Suède*, 23 mars 1994, série A n° 283-B, pp. 29-30, § 33, *Bulut c. Autriche*, 22 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, pp. 355-356, § 29, et *Tejedor García c. Espagne*, 16 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, p. 2796, § 31).

47. Il revient en outre aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1 (arrêts *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, *Recueil* 1997-II, pp. 436-437, § 34, et *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 66, CEDH 2000-VIII).

48. L'article 6 § 1 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59).

49. En ce qui concerne la question du transsexualisme, la Cour rappelle que dans le cadre de sa jurisprudence sur la condition juridique des transsexuels elle prend notamment en considération les évolutions de la pensée scientifique et médicale. »

Pour la Cour, les juridictions allemandes auraient dû solliciter de plus amples précisions de la part d'un expert médical et ne pas considérer que la décision de conversion sexuelle avait un caractère irréfléchi. Elle a estimé que la procédure, considérée dans son ensemble, n'a pas satisfait aux exigences d'équité (*cf. infra*).

B – Article 13 : le droit à un recours effectif (et autres articles connexes)

L'article 13 de la Convention protège le droit à un recours effectif ; il est ainsi libellé :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la [...] Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

Le droit à un recours effectif est un droit complémentaire qui n'a pas d'existence indépendante. Il ne peut être invoqué qu'en combinaison avec un autre droit sauvegardé par la Convention. Pour l'interprétation de l'article 13, les principes généraux suivants sont à considérer : un individu qui, de manière plausible, se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention doit disposer d'un recours devant une instance nationale afin de voir statuer sur son grief et, s'il y a lieu, d'obtenir réparation ; l'instance mentionnée par l'article 13 n'a pas besoin d'être une institution judiciaire, mais alors ses pouvoirs et les garanties qu'elle présente entrent en ligne de compte pour apprécier l'efficacité du recours s'exerçant devant elle ; l'ensemble des recours offerts par le droit interne peut remplir les conditions de l'article 13 même si aucun d'entre eux n'y répond en entier à lui seul ; l'article 13 n'exige pas un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes. Destiné à assurer un recours devant une instance nationale à toute personne dont les droits reconnus par la Convention ont été violés, l'article 13 est applicable même sans violation d'un de ces droits. Il suffit que l'on puisse alléguer de manière défendable la violation d'un droit. La jurisprudence exige que le recours ouvert par le droit interne soit un recours effectif.

Le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 se superpose, dans certains cas, avec d'autres garanties équivalentes et notamment celle de l'article 6 § 1 qui a été interprété comme protégeant un droit d'accès aux

tribunaux au profit de toute personne souhaitant leur soumettre une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil. Dans les affaires jugées par la Cour en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, la Cour s'est davantage appuyée sur le fondement de l'article 13 combiné avec l'article 8 (par exemple dans l'affaire *Smith and Grady*⁴⁸) ou avec l'article 11 (par exemple dans les affaires *Baczkowski et autres c. Pologne* ou *Alekseyev c. Russie*⁴⁹) que sur celui de l'article 6 § 1. En effet, la mise en œuvre de l'article 6 § 1 a davantage concerné des questions de droit à un examen effectif des moyens, arguments et offre de preuve ou de publicité des audiences en matière d'identité de genre (par exemple dans les affaires *Kück c. Allemagne* ou *Schlumpf c. Suisse*⁵⁰) que la question de l'accès au juge qu'il garantit également.

L'article 13 entretient, en outre, un lien étroit avec les articles 34 et 35 § 1 de la Convention.

L'article 35 § 1 impose à tout requérant qui entend soumettre son affaire à la Cour européenne des droits de l'homme d'épuiser au préalable les voies de recours interne. L'article 34 n'ouvre le recours devant la Cour de Strasbourg qu'aux personnes qui peuvent se prétendre victimes d'une violation de la Convention.

L'article 34 de la Convention est ainsi libellé :

« La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit. »

L'article 35 § 1 de la Convention est, quant à lui, rédigé ainsi :

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

Deux affaires concernant des victimes de discrimination fondées sur l'orientation sexuelle en Autriche illustrent ces liens étroits entre, d'une part, l'exigence de l'article 13 de fournir aux victimes de violations de la Convention un recours interne effectif de redressement de la violation la Convention et, d'autre part, celle des articles 34 et 35 qui imposent aux dites victimes souhaitant introduire un recours au niveau européen de n'exercer ce recours interne que si le redressement qu'il offre est précisément effectif.

Dans les arrêts *Wolfmeyer c. Autriche* du 26 mai 2005 et *H. G. et G. B. c. Autriche* du 2 juin 2005, les requérants avaient été condamnés pour avoir entretenu des relations avec des adolescents du même sexe puis avaient été acquittés à la suite d'une modification de l'article 209 du code pénal autrichien (consécutif au constat de violation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *S. L. c. Autriche*⁵¹). Considérant que cet acquittement par la Cour constitutionnelle autrichienne n'était accompagné ni de la reconnaissance formelle de la violation de la Convention, ni d'une indemnisation satisfaisante du dommage subi, ni d'un remboursement suffisant des frais de représentation en justice, la Cour a en conséquence estimé, dans ces deux affaires de 2005, que le redressement de la violation n'était pas effectif et que les intéressés conservaient la qualité de victime de la violation de la Convention. Les requérants demeuraient ainsi fondés à s'en plaindre devant les organes de contrôle européen, notamment au regard de la condition de recevabilité posée par les articles 34 et 35 § 1 de la Convention.

H. G. et G. B. c. Autriche, 2 juin 2005, n° 11084/02 et 15306/02

Dans l'affaire *H. G. et G. B. c. Autriche* du 2 juin 2005, la Cour fait application des principes généraux déduits de l'article 35 qui sont les suivants.

« 19. La Cour rappelle que la finalité de l'article 35 est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention. Ainsi, le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et les délais prescrits par le droit interne, devant les juridictions nationales appropriées. Néanmoins, les seuls recours dont l'article 35 de la Convention exige l'épuisement sont ceux qui sont à la fois relatifs aux violations incriminées, disponibles et adéquats. Ils doivent exister à un degré suffisant de certitude non seulement en théorie mais aussi en pratique, sans quoi leur manquent l'effectivité et l'accessibilité voulues ; il incombe à l'Etat défendeur de démontrer que ces exigences se trouvent réunies. De plus, cette règle doit être appliquée en tenant dûment compte du contexte. La Cour

48. Cf. *infra*.

49. Cf. *infra*.

50. Cf. *infra*.

51. Cf. *infra*.

a ainsi reconnu que l'article 35 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif. Elle a de plus admis que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accommode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu ; en en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause (*Henaf c. France*, n° 65436/01, 27 novembre 2003, §§ 30-32, avec les références qui s'y trouvent citées). »

***Wolfmeyer c. Autriche*, 26 mai 2005, n° 5263/03**

Dans l'affaire *Wolfmeyer c. Autriche* du 26 mai 2005, le juge européen fait application des principes généraux tirés de l'article 34 qui sont les suivants.

« 28. La Cour réaffirme qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit pas en principe à lui retirer la qualité de victime sauf si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir, par exemple, *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 43, CEDH 1999-VI).

29. Il est vrai que l'article 209 du Code pénal a été abrogé par la Cour constitutionnelle et que le requérant a été ultérieurement acquitté. Toutefois, dans l'affaire *S.L. c. Autriche*, qui concerne un requérant qui n'avait jamais été poursuivi en application de l'article 209 mais qui, en raison de son orientation sexuelle, était directement concerné par le maintien en vigueur de cette disposition, la Cour a déjà noté que, dans sa décision, la Cour constitutionnelle n'avait pas reconnu, encore moins réparé, la violation alléguée de la Convention (n° 45330/99, § 35, CEDH 2003-I (extraits).

30. De fait, la Cour n'a pas invoqué l'argument de la discrimination alléguée au motif de relations homosexuelles par opposition aux relations hétérosexuelles ou lesbiennes, mais l'absence de cohérence et de justification objective de la disposition à d'autres égards, ce dont le gouvernement n'est pas disconvenu. Le gouvernement allègue plutôt que l'acquittement du requérant et la décision prise ultérieurement sur les dépens contient au moins une reconnaissance implicite de la violation de la Convention.

31. La Cour ne partage pas ce point de vue. Elle relève que ni l'acquittement du requérant, ni la décision ultérieure sur les dépens ne reconnaissent au moins en substance la violation du droit du requérant de ne pas faire l'objet d'une discrimination dans sa vie privée au motif de son orientation sexuelle. Même si elles le reconnaissent, la Cour estime qu'aucune de ces décisions ne procurerait de redressement adéquat comme l'exige la jurisprudence.

32. A cet égard, il est essentiel pour l'examen de la Cour, que dans cette affaire, le maintien en vigueur de l'article 209 du Code pénal portait en soi atteinte à la Convention (*S.L. c. Autriche*, arrêt précité, § 45) et en conséquence à la conduite de l'instance pénale en application de cette disposition.

33. Le requérant a été traduit en justice et condamné par le tribunal de première instance. Dans ces conditions, on n'imagine pas comment un acquittement sans aucune indemnité au titre des dommages ni remboursement d'une part minime des frais de défense nécessaires aurait pu représenter une réparation adéquate (voir, *mutatis mutandis*, *Dalban*, [...], § 44). Cela est d'autant plus vrai que la Cour elle-même a accordé une indemnisation importante au titre du préjudice moral subi dans des affaires comparables compte tenu en particulier du fait que le procès au cours duquel les détails les plus intimes de la vie privée des requérants étaient livrés au public devait passer pour déstabiliser profondément ceux-ci (*L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, § 60, CEDH 2003-I).

34. En conclusion, la Cour estime que la décision d'acquitter le requérant qui ne reconnaissait pas la violation alléguée de la Convention et n'était pas accompagnée d'une réparation appropriée ne supprimait pas le statut de victime du requérant au sens de l'article 34 de la Convention. »

§ 5 – Article 3 : le droit à n'être pas soumis à la torture ni à des traitements inhumains ou dégradants

L'article 3 est ainsi libellé :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Cet impératif ne souffre ni exception ni restriction. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait peser sur les autorités nationales une obligation, d'ordre défensif, de ne pas faire subir de mauvais traitements aux personnes relevant de leur juridiction, mais aussi une obligation, de nature positive, de protéger toute personne contre un danger de violation de son intégrité physique.

Selon la jurisprudence de la Cour européenne, pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence, elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques et mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime. La jurisprudence européenne précise que s'il convient de prendre en compte la question de savoir si le but du traitement était d'humilier ou de rabaisser la victime, l'absence d'un tel but ne saurait exclure de façon définitive le constat de violation de l'article 3.

En l'état actuel, cette interdiction a été appliquée à la situation de personnes homosexuelles se trouvant en situation de détention. L'intégrité physique et psychique des personnes privées de libertés, qu'elles soient placées en garde à vue ou détenues en prison, est en effet particulièrement vulnérable, et notamment lorsqu'elles sont homosexuelles en raison de l'hostilité dont ces dernières font l'objet, comme le montre l'arrêt rendu dans l'affaire *X c. Turquie* du 9 octobre 2012.

X c. Turquie, 9 octobre 2012, n° 24626/09

« 39. Quant aux principes généraux qui gouvernent le droit des prisonniers à des conditions de détention conformes à la dignité humaine, la Cour renvoie, parmi d'autres, aux arrêts *Mouisel c. France* (n° 67263/01, §§ 37 à 40, CEDH 2002-IX), et *Renolde c. France* (n° 5608/05, §§ 119-120, 16 octobre 2008). A cet égard, elle rappelle que l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate (*Kudła c. Pologne* [GC], n° 30210/96, §§ 92-94, CEDH 2000-XI). »

Section 2. – Comment se déroule l'examen du respect des libertés ?

Dans la philosophie des droits de l'homme, chaque liberté peut être regardée comme une sphère d'autonomie de l'individu où ce dernier se détermine et agit selon les fins qu'il s'est fixées. Les libertés individuelles sont ainsi conçues comme un espace "sacré" à l'intérieur duquel l'État ne peut, par principe, pénétrer. Cependant en société, rares sont les libertés qui sont absolues ou illimitées et presque toutes les libertés connaissent des limites ou des limitations. Pour cette raison, toute immixtion des pouvoirs publics à l'intérieur de ce "sanctuaire" doit être regardée comme une atteinte qui doit demeurer exceptionnelle, être strictement définie et aussi être la moins grave possible.

Dans ces conditions, la logique qui préside à la protection des libertés dans un système de protection des droits de l'homme tel que celui de la Convention européenne des droits de l'homme comprend deux mouvements qui sont schématiquement les suivants.

Lorsqu'un requérant entend faire valoir une liberté énoncée par le traité européen, la Cour se pose invariablement dans un premier temps la question de savoir si la situation dans laquelle se trouve le plaignant correspond, ou non, à une situation mettant en jeu le droit invoqué, si l'action dont il se prévaut correspond, ou non, à une action couverte par la liberté invoquée et si l'État a, ou non, entravé son exercice. En d'autres termes, le juge européen examine si les faits considérés entrent, ou non, dans le champ d'application d'une liberté et si l'État s'est, ou non, immiscé dans son exercice et en a cantonné ou restreint son exercice. Dans les jugements de la Cour, les développements portant sur ces questions sont parfois annoncés par le titre « *Sur l'existence d'une ingérence* ».

Dans un second temps la Cour va se poser la question de savoir si cette limitation est ou non justifiée. Les articles 8 à 11 de la Convention expriment cette logique de manière caractéristique puisqu'ils spécifient, dans un second §, que les limitations autorisées doivent être « nécessaires dans une société démocratique » à la sauvegarde de certaines valeurs précisément énumérées, lesquelles ressortissent schématiquement à des questions d'ordre public. En d'autres termes, lorsque l'État s'ingère dans la sphère de liberté de l'individu, son intervention doit être « prévue par la loi », poursuivre « un but légitime », et ne doit pas être disproportionnée par rapport au but d'intérêt public qui motive l'intrusion ; celle-ci doit servir uniquement ce but-là et le faire de la façon la moins dommageable possible pour la liberté de l'individu. Dans les jugements de la Cour, les développements portant sur ces questions sont parfois annoncés par le titre « *Sur la justification de l'ingérence* ».

Titre II

L'invocation du respect du droit à la non-discrimination : l'article 14 de la Convention et l'article 1^{er} du douzième protocole additionnel

Avec le droit au respect de la vie privée, familiale et du domicile, le droit à la non-discrimination est sans doute le droit le plus invoqué en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

La Convention européenne des droits de l'homme, signée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, interdit la discrimination à travers deux textes : l'article 14 de cette Convention, d'une part, et, d'autre part, l'article 1^{er} de son douzième Protocole additionnel, signé, quant à lui, le 26 juin 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005. Ils sont rédigés de la manière suivante.

Article 14 de la Convention :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction 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 ».

Article 1^{er} du Protocole additionnel n°12 à la Convention :

« 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 § 1 ».

Alors que la Convention avec son article 14 a été ratifiée par la totalité des États membres du Conseil de l'Europe, le Protocole n° 12 avec son article 1^{er} n'a été ratifié que par une partie d'entre eux⁵².

Au terme de l'article 14, l'obligation de non-discrimination s'applique matériellement à la jouissance de tout droit prévu par la Convention (égalité devant le texte de la Convention). Au terme de l'article 1^{er} du Protocole n° 12, l'obligation de non-discrimination s'applique matériellement à la jouissance de tout droit prévu par la loi, au sens large (égalité devant la loi). Énoncé autrement : l'article 14 interdit la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi qui a une incidence sur les droits reconnus par la Convention (interdiction spéciale de la discrimination) ; l'article 1^{er} du Protocole n° 12, quant à lui, interdit la discrimination dans la jouissance de tout droit prévu par la loi, quelle qu'elle soit, qu'elle ait ou non une incidence sur les droits reconnus par la Convention (interdiction générale de la discrimination)⁵³.

52. - Au 1^{er} janvier 2011, le Protocole n° 12 était signé par tous les États européens (à l'exception notable des États suivants : Bulgarie, Danemark, France, Lituanie, Malte, Monaco, Pologne, Royaume-Uni, Suède et Suisse) ; mais seule une partie des États signataires l'ont ratifié ;
- Au 1^{er} janvier 2011, le Protocole n° 12 est en vigueur (et donc applicable) à l'égard des États suivants : Albanie, Andorre, Arménie, Bosnie-Herzégovine, Chypre, Croatie, Espagne, Ex-République yougoslave de Macédoine, Finlande, Géorgie, Luxembourg, Monténégro, Pays-Bas, Roumanie, Saint-Marin, Serbie, Slovénie et Ukraine.

53. Pour un exposé exhaustif de la jurisprudence européenne relative à la non-discrimination : Edel (Frédéric), *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Collection « Dossiers sur les droits

Il est acquis depuis l'*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968 que la liste des critères de catégorisation des personnes que répertorie l'article 14 *in fine* n'est pas exhaustive ; elle est donc purement illustrative. En d'autres termes, l'interdiction de la discrimination n'est pas cantonnée aux seules hypothèses expressément mentionnées. La Commission puis la Cour sont très rapidement venues préciser que les catégories inventoriées par l'article 14 sont « citées à titre exemplatif » et qu'« il ressort du mot "notamment" employé par le texte que l'énumération n'a aucun caractère limitatif »⁵⁴.

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96

L'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, qui est le premier arrêt dans lequel la Cour examine une question relative à l'orientation sexuelle sous l'angle de l'article 14, précise que :

« 28 ... [« l'orientation sexuelle » est une] notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « *any ground such as* ») (arrêt Engel et autres c. Pays-Bas du 8 juin 1976, série A n° 22, pp. 30-31, § 72). »

P.V. c. Espagne, 30 novembre 2010, n° 35159/09

Il en est de même pour le critère de l'identité de genre ou bien, comme le dit aussi la Cour, de la « dysphorie sexuelle » ou de la « dysphorie de genre ». La Cour a ainsi eu l'occasion d'examiner plusieurs affaires de ce type sous l'angle du respect de l'article 14 (combiné avec l'article 8) : tel fut le cas dans les arrêts rendus dans l'affaire *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*⁵⁵ ou bien l'affaire *P.V. c. Espagne*. Dans cette dernière affaire *P.V. c. Espagne*, qui soulevait la question d'une restriction d'un droit de visite d'une personne transgenre à son fils de six ans, la Cour affirme explicitement l'applicabilité de l'article 14 en matière d'identité de genre ; elle le fait dans les termes suivants.

« 30. En l'espèce, la Cour note [...], que ce qui est en jeu dans la présente affaire n'est pas une question d'orientation sexuelle, mais de dysphorie de genre. Elle estime [...] que la transsexualité est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « *any ground such as* ») (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 72, série A n° 22).

31. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la décision de restreindre le régime de visites initialement adopté a été déterminée par la transsexualité de la requérante, impliquant ainsi un traitement qui pourrait être considéré comme discriminatoire en tant que dérivé de sa dysphorie sexuelle. »

Naturellement, cette conclusion de l'applicabilité de l'article 14 en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre est également valable pour l'article 1^{er} du Protocole n° 12. Le seul aspect qui distingue article 14 et article 1^{er} du Protocole n° 12 est celui de son champ d'application *ratione materiae*.

Il est proposé d'examiner, dans un premier temps, l'applicabilité du droit à la non-discrimination tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre. Il s'agira de présenter tout à la fois, de manière schématique, les principes généraux déterminant le champ d'application des deux principales dispositions garantissant le droit à la non-discrimination, et, de façon plus spécifique, de fournir des illustrations d'arrêts ayant retenu l'applicabilité dudit droit en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre ; et ce afin de permettre une bonne compréhension de l'articulation entre les principes généraux et leur application particulière en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre.

Toujours dans ce même souci de pleine compréhension des extraits des arrêts reproduits, il conviendra, dans un second temps, d'exposer, dans ses grandes lignes, comment se déroule, en général, l'examen du respect de la règle de non-discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme et de donner des exemples tirés d'affaires ayant trait à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre ⁵⁶.

de l'homme », n° 22, 2010 (ISBN 978-92-871-6816-0), 160 pages / *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*, Collection "Human rights files", n° 22, 2010 (ISBN 978-92-871-6817-7).

54. ComEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., *Série B*, vol. I, p. 441. « La liste que renferme ce texte revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe "notamment" (en anglais "any ground such as") » ; *Engel et autres*, 8 juin 1976, § 72. « La liste des chefs de discriminations prohibées par l'article 14 ne revêt pas un caractère exhaustif » ; *James et autres*, 21 février 1986, § 74.

55. *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, requêtes n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, § 71-77.

56. Les solutions spécifiques aux questions touchant à l'homosexualité et à la transsexualité seront quant à elles abordées ultérieurement dans la deuxième partie.

Section 1. – Dans quels domaines le respect du droit à la non-discrimination peut-il être invoqué ?

Comme cela vient d'être souligné, l'article 14 de la Convention se distingue de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 uniquement par leurs champs d'application respectifs.

§ 1. – Le domaine d'application de l'article 14 de la Convention

Il a été précisé depuis la célèbre *Affaire linguistique belge* susmentionnée que l'article 14 comporte tout à la fois une dimension accessoire et une dimension autonome. La juridiction européenne affirme ainsi à propos de l'interdiction énoncée par l'article 14 :

« Si cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14, les "droits et libertés reconnus dans la Convention", une mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article, combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire »⁵⁷.

Elle ajoute, par une expression devenue notoire, que :

« tout se passe comme si ce dernier faisait partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits ou libertés »⁵⁸.

En effet, selon les termes de l'article 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune... ». Le champ de l'interdiction posée par l'article 14 ne concerne donc pas l'exercice de n'importe quel droit ou liberté mais uniquement ceux qui relèvent du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette caractéristique se traduit sur le plan pratique par le fait que l'article 14 n'est jamais applicable isolément. Il est toujours applicable « conjointement » avec un autre article de la Convention énonçant un droit ou une liberté. Le champ d'application de l'interdiction de la discrimination est donc toujours le champ d'application de l'article 14 « combiné avec » un autre article de la Convention formulant un droit ou une liberté (14+8, 14+10, 14+1P1, etc.). De manière schématique, l'article 14 énonce l'obligation pour les États membres de garantir à l'ensemble des personnes soumises à leur juridiction une égale liberté. Dans ces conditions, deux questions principales se sont posées au juge européen, lesquelles touchent toutes les deux au problème général du positionnement respectif du contrôle du respect d'une liberté (telle qu'énoncée par la Convention) et de celui de l'égalité (telle qu'énoncée par la Convention) : l'une est d'ordre processuel, l'autre d'ordre substantiel.

(1) Le premier point, d'ordre purement procédural, concerne l'articulation entre ces deux moyens de plainte, notamment en termes de priorité d'examen des griefs.

- ▶ *Applicabilité/Conformité* – Il a presque dès l'origine été clair pour les organes de contrôle de la Convention que contrôle de l'applicabilité et contrôle de conformité sont deux questions séparées. L'article 14 est applicable qu'il y ait ou non un constat de violation de la liberté isolément considérée. En effet, depuis le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 24 juin 1965, rendu dans l'*Affaire linguistique belge*, il a rapidement été clair que l'applicabilité de l'article 14 n'est en rien subordonnée au résultat auquel peut préalablement parvenir un examen de conformité à l'article primaire. Comme le notent la Commission et la Cour dans cette affaire :

« ...si l'article 14 ne vaut point pour les droits et libertés non garantis par la Convention [...] son applicabilité ne se limite pas pour autant aux hypothèses où il y aurait violation concomitante d'un autre article »⁵⁹.

- ▶ *Applicabilité isolée/Applicabilité combinée* – Il est, en outre, assez rapidement devenu évident que le contrôle de l'applicabilité d'une liberté et le contrôle de l'applicabilité de l'égalité dans l'exercice d'une liberté sont deux contrôles qui peuvent être mis en œuvre de manière séparée. De fait, en matière d'orientation sexuelle, la juridiction européenne a utilisé ces deux possibilités, comme elle le relève elle-même dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* :

Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04

« 87. La Cour a examiné un certain nombre d'affaires dans le domaine de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Certaines l'ont été sous l'angle du seul article 8 ; il s'agissait d'affaires se rapportant

57. *Affaire linguistique belge*, Série A, p. 33. Pour un exemple en matière d'homosexualité cf. *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003, § 32.

58. *Affaire linguistique belge*, Série A, p. 33.

59. ComEDH, Avis du 24 juin 1965 ; cit. in CourEDH, *Affaire linguistique belge*, précit., Série A, p. 27-28.

à l'interdiction pénale des relations homosexuelles entre adultes (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, série A n° 142, et *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993, série A n° 259) ou au renvoi d'homosexuels de l'armée (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, CEDH 1999-VI). D'autres ont été étudiées sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. Elles concernaient entre autres les différences dans l'âge du consentement aux relations homosexuelles prévu en droit pénal (*L. et V. c. Autriche*, nos 39392/98 et 39829/98, CEDH 2003-I), l'attribution de l'autorité parentale (*Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, CEDH 1999-IX), l'autorisation d'adopter un enfant (*Fretté c. France*, n° 36515/97, CEDH 2002-I, et *E.B. c. France*, précité) et le droit à la transmission d'un bail après le décès du partenaire (*Karner*, précité). »

(2) Le second point concerne le fond, il porte sur la question de la délimitation matérielle du champ de l'interdiction de la discrimination énoncé par l'article 14 en combinaison avec un autre article de la Convention. Le champ d'application matériel du principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme peut être décrit en deux temps. En premier lieu : l'interdiction de la discrimination porte sur la jouissance des droits formellement sauvegardés par la Convention européenne. En second lieu, l'interdiction de la discrimination concerne la jouissance de droits dits « additionnels » à des droits formellement sauvegardés par la Convention européenne. Ce sont les deux dimensions qu'il importe d'examiner à présent.

A – L'applicabilité de l'article 14 à l'ensemble des droits sauvegardés par la Convention

Si une liberté garantie par la Convention européenne des droits de l'homme fait l'objet d'une restriction de la part de l'État, l'article 14 s'y appliquera indiscutablement. L'arrêt *Kozak c. Pologne* du 2 mars 2010 illustre cette logique.

Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02

« 84 [...] En conséquence, les faits de la cause [...] se rapportent au droit au respect de son « domicile » au sens de l'article 8.

85. Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que l'article 14 de la Convention trouve à s'appliquer en l'espèce ».

Si une liberté énoncée par la Convention est interprétée largement par le juge européen, l'article 14 s'appliquera évidemment au domaine nouvellement couvert par cet élargissement. Ces deux hypothèses forment un grand nombre d'affaires déclarées recevables au titre de l'article 14. Elles coïncident avec la situation la plus simple, ne prêtant pas à controverse : celle où les faits de la cause tombent clairement dans le champ d'application de la Convention, en tant qu'ils correspondent à un droit formellement garanti. L'étendue du champ d'application de l'article 14 dépend de l'amplitude du champ d'application de l'article de rattachement : si ce dernier est interprété de manière généreuse dans le sens de son élargissement, alors l'article 14 en bénéficie mécaniquement, par accessoire. Tel est le cas par exemple de l'interprétation large de l'article 1 du Protocole 1 qui a permis d'attirer un nombre d'affaires toujours plus grand dans le champ d'application de cet article.

Dans un tel cas de figure, le juge européen peut toujours, en théorie, regarder une situation individuelle suivant deux angles de perspective : soit en elle-même, de manière isolée, afin d'évaluer si l'État n'opère pas une restriction de liberté qui serait en soi excessive et violerait ainsi une liberté énoncée par le traité européen, indépendamment de la situation des autres individus ; soit par comparaison avec d'autres situations individuelles, afin d'évaluer si l'État ne crée pas un écart de liberté qui serait comparativement disproportionné et contreviendrait de la sorte à l'interdiction de la discrimination que garantit aussi ce même traité ; soit les deux cumulativement puisque toute réduction de liberté à l'encontre d'un individu constitue, dans le même temps, une réduction de liberté discriminatoire par comparaison avec tous les autres individus qui n'ont pas subi une telle diminution.

Assez souvent la Cour européenne commence d'abord par examiner les affaires qui lui sont soumises sous l'angle de l'article de liberté considéré isolément et ne juge pas toujours utile de poursuivre ensuite son contrôle sous l'angle de la non-discrimination, si elle a préalablement constaté la violation de ladite liberté.

Comme elle a pu le préciser dans l'affaire *Airey* du 9 octobre 1979 (§ 13), puis le réaffirmer dans l'arrêt *Dudgeon* du 22 octobre 1981 :

« 67 Quand la Cour constate une violation séparée d'une clause normative de la Convention, invoquée devant elle à la fois comme telle et conjointement avec l'article 14, elle n'a en général pas besoin d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de celui-ci, mais il en va autrement si une nette inégalité de traitement dans la jouissance du droit en cause constitue un aspect fondamental du litige ».

De fait, il est fréquent que la Cour constate dans un premier temps la violation de la Convention sous l'angle d'un article protégeant une liberté et estime dans un deuxième temps qu'il n'est pas utile d'examiner aussi l'affaire sous l'angle 14 combiné avec ladite liberté. Telle a été sa position par exemple dans ce même arrêt *Dudgeon* ou bien, encore, dans l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999. Après avoir constaté que les sanctions prises à l'encontre d'homosexuels dans l'armée britannique violent l'article 8 isolément considéré, elle juge qu'il est surabondant d'examiner les mêmes faits sous l'angle 14 combiné avec l'article 8.

« 108. La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, les griefs relatifs à la discrimination que les requérants auraient subie en raison de leurs préférences sexuelles de par l'existence et l'application de la politique du ministère de la Défense coïncident en pratique, bien que présentés sous un angle différent, avec la plainte que la Cour a déjà examinée sur la base de l'article 8 de la Convention (arrêt *Dudgeon* précité, pp. 25-26, §§ 64-70).

109. Dès lors, la Cour estime que les griefs formulés par les requérants sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 ne donnent lieu à aucune question distincte. »

***Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019**

Cette affaire soulevait la question de la reconnaissance sur le plan juridique de la nouvelle identité sexuelle des requérantes, deux transsexuelles opérées passées du sexe masculin au sexe féminin. Après avoir examiné les faits de l'espèce sous l'angle du droit au respect de la vie privée (cf. infra), la Cour a poursuivi son examen sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8⁶⁰.

B – L'applicabilité de l'article 14 à des « droits additionnels » à la Convention

La Cour européenne a en outre été amenée à juger que l'article 14 est applicable à des droits qui – isolément considérés – sont certes des droits qui ne sont pas reconnus par une disposition de la Convention, mais qui – considérés comparativement – intéressent une personne se trouvant dans une situation analogue à celle d'une personne jouissant d'un droit reconnu. Le champ d'application d'un droit isolé n'est pas le même que celui qui résulte de sa combinaison avec l'article 14 en raison de l'idée de comparaison (inhérente à l'idée de non-discrimination) que vient adjoindre cette dernière disposition, et qui permet à la Cour d'atteindre des intérêts juridiques qui, isolément considérés, n'auraient pas été considérés comme couverts, mais qui le sont de manière comparée⁶¹.

Ceci explique que lorsqu'il s'agit de l'article 14, la Cour européenne use d'un vocable assez inhabituel pour décrire le champ d'application d'une norme. Il faut ainsi, selon les termes de la Cour, que l'intérêt juridique auquel s'applique l'impératif de non-discrimination « tombe sous l'emprise », « se rattache »⁶², « relève de la sphère » ou bien « n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14 »⁶³ et couvre des droits qu'elle qualifie parfois de « droits additionnels ».

Cette dernière expression a d'ailleurs été employée dans une affaire soulevant une question de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

***E. B. c. France*, 22 janvier 2008, n° 43546/02**

L'arrêt *E. B. c. France* du 22 janvier 2008 le résume par la formule suivante :

« 48 [...] L'interdiction de la discrimination que consacre l'article 14 dépasse donc la jouissance des droits et libertés que la Convention et ses Protocoles imposent à chaque État de garantir. Elle s'applique aussi aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'État a volontairement décidé de protéger »⁶⁴.

60. *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, requêtes n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, § 71-77.

61. La Commission s'est essayée, dans la très célèbre *Affaire linguistique belge*, à expliquer dans quelle mesure l'article 14 possédait un caractère autonome. Telle qu'elle a été résumée dans l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire, l'argumentation de la Commission mérite l'attention : de l'avis de la Commission : « l'article 14 revêtirait "une importance particulière par rapport aux clauses" qui "ne définissent pas avec précision les droits" qu'elles consacrent, mais "laissent aux États une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne l'accomplissement de leurs engagements", "autorisent des restrictions ou exceptions aux droits garantis" ou "abandonnent aux États, jusqu'à un certain point, le choix des moyens propres à réaliser un droit". Il aurait "trait aux modalités ou à l'étendue de la jouissance de droits et libertés énumérés dans d'autres textes". "Des mesures différentes prises par un État envers différentes parties de son territoire ou de sa population" pourraient donc, bien que compatibles avec l'article qui protège le droit considéré, entraîner un manquement aux exigences de la Convention "si l'on apprécie la conduite de l'État sous l'angle de l'article 14" » (*Affaire linguistique belge*, précit., Série A n° 5, p. 28 ; voir aussi, Série B, § 400, p. 306).

62. *Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, § 39.

63. *Van der Mussel c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 43.

64. *E. B. c. France*, 22 janvier 2008, § 48.

Tel est le cas par exemple des prestations sociales dans leur ensemble, et notamment les prestations sociales de solidarité. Isolément considérées, elles sortent du champ d'application de l'article 1 du premier protocole additionnel, mais considérées comparativement elles tombent dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 14, comme cela résulte de la jurisprudence *Gaygusuz*⁶⁵, poursuivie par les arrêts *Wessels-Bergervoet*⁶⁶, *Willis*⁶⁷, *Koua Poirrez*⁶⁸ ou *Stec et autres c. Royaume-Uni*⁶⁹.

Dans les matières liées à la question de l'orientation sexuelle, certains enjeux financiers ont été abordés sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 (*J. M. c. Royaume-Uni*, 28 septembre 2010, requête n° 37060/06). ; d'autres sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8. La Cour s'est déclarée compétente pour examiner le caractère, ou non, discriminatoire d'une transmission de bail (*Karner c. Autriche*) ou d'une extension contractuelle de couverture d'assurance maladie et accidents (*P.B. et J.S. c. Autriche*).

***P.B. et J.S. c. Autriche*, 22 juillet 2010, n° 18984/02**

La Cour a par exemple mis en œuvre ce raisonnement d'une manière assez caractéristique dans l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche*. Cette affaire concernait le refus opposé à un concubin de lui accorder une extension de la couverture d'assurance maladie et accidents dont son partenaire est titulaire au motif que cette possibilité ouverte par la compagnie d'assurance de fonctionnaires en question concerne uniquement les couples de sexe opposé et non les couples de même sexe. La question de savoir si le bénéfice d'une extension de garantie d'une assurance contre la maladie et les accidents tombe dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 8 a été tranchée à l'issue du raisonnement suivant :

« 25. La Cour précise d'emblée que l'article 8 de la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit d'étendre les prestations découlant d'un régime spécifique de sécurité sociale à un concubin (voir *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 53, CEDH 2006-VI).

26. Il n'est pas contesté en l'espèce que la relation d'un couple de même sexe, comme celui des requérants, relève de la notion de « vie privée » au sens de l'article 8. Compte tenu toutefois des commentaires des parties, la Cour estime qu'il convient de se demander si leur relation s'analyse également en une « vie familiale ».

27. La Cour réaffirme sa jurisprudence constante en ce qui concerne les couples de sexe différent, à savoir que la notion de famille, au sens de cette disposition, ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens « familiaux » factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage. En effet un enfant issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette « cellule familiale » dès sa naissance et par le fait même de celle-ci (voir les arrêts *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 43, CEDH 2000-VIII; *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, § 44, série A n° 290; et également *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 56, série A n° 112).

28. Par contre, dans sa jurisprudence, la Cour a uniquement accepté le fait que la relation affective et sexuelle d'un couple d'homosexuels relève de la « vie privée » mais n'y a pas vu de « vie familiale » même en cas de relation de longue durée de concubins. Avant de parvenir à cette conclusion, elle a estimé que malgré la tendance croissante de plusieurs Etats européens à reconnaître légalement et judiciairement les unions de fait stables entre homosexuels, il s'agissait là d'un domaine dans lequel les Etats contractants, en l'absence de dénominateur commun amplement partagé, jouissaient encore d'une grande marge d'appréciation (voir *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI, avec les références qui s'y trouvent citées). Dans l'affaire *Karner* (précitée, § 33) concernant le droit du partenaire survivant d'un couple d'homosexuels de succéder au bail de son compagnon décédé, qui relevait de la notion de « foyer », la Cour a expressément laissé ouverte la question de savoir si l'affaire concernait aussi la « vie privée et familiale » du requérant.

29. La Cour note que depuis 2001, année où la décision a été rendue dans l'affaire *Mata Estevez*, l'attitude de la société à l'égard des couples homosexuels a évolué rapidement dans de nombreux Etats membres. Depuis cette date, de nombreux Etats membres reconnaissent juridiquement les couples homosexuels (voir ci-dessus §§ 27 à 30). Certaines dispositions du droit européen font aussi apparaître une tendance croissante à inclure les couples homosexuels dans la notion de « famille » (voir le § 26 ci-dessus).

65. *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 41 : allocation d'urgence consécutive à la fin des droits à une allocation de chômage

66. *Wessels-Bergervoet c. Pays-Bas*, 4 juin 2002.

67. *Willis c. Royaume-Uni*, 11 juin 2002.

68. *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, §§ 36-42 ; la Cour considère de manière explicite qu'une prestation sociale non contributive tombe dans le champ d'application de l'article 14 combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

69. *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, § 53.

30. Compte tenu de cette évolution, 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. Par conséquent, la relation des requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.

31. En ce qui concerne l'article 14, invoqué en l'espèce, la Cour réaffirme qu'il ne fait que compléter les autres dispositions normatives de la Convention et de ses Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la « jouissance des droits et libertés » que ces dispositions garantissent (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Sahin c. Allemagne* [GC], n° 30943/96, § 85, CEDH 2003-VIII). L'application de l'article 14 ne présuppose pas nécessairement la violation de l'un des droits matériels garantis par la Convention. Il suffit que les faits du litige « tombent sous l'empire » de l'un au moins des articles de la Convention (voir *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II).

32. L'interdiction de la discrimination consacrée par l'article 14 va donc au-delà de la jouissance des droits et des libertés que chaque Etat doit garantir en application de la Convention et de ses Protocoles. Elle s'applique aussi aux autres droits qui relèvent du champ d'application général de tout article de la Convention que l'Etat a volontairement décidé de garantir. Ce principe est solidement établi dans la jurisprudence de la Cour (voir *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 48, CEDH 2008-... avec les références qui s'y trouvent citées).

33. L'affaire concerne la possibilité d'étendre aux concubins la couverture d'assurance maladie et accidents dans le cadre d'un régime d'assurance obligatoire, possibilité que les dispositions juridiques incriminées par les requérants reconnaissent dans certaines conditions. De plus, de l'avis de la Cour, la possibilité d'étendre la couverture d'assurance doit constituer une mesure destinée à améliorer la situation privée et familiale de l'assuré principalement. La Cour considère donc que l'extension de la couverture d'assurance en cause relève de l'article 8.

34. En conséquence, l'Etat qui est allé au-delà de ses obligations en application de l'article 8 en créant un tel droit - possibilité que lui reconnaît l'article 53 de la Convention - ne peut, dans l'application de ce droit, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14 (voir *mutatis mutandis*, *E.B. c. France*, arrêt précité, § 49).

35. Etant donné que les requérants se plaignent d'être victimes d'une différence de traitement qui manquerait de justification objective et raisonnable, comme le requiert l'article 14 de la Convention, cette disposition, combinée avec l'article 8, est applicable.

On remarque que, dans cette affaire, la Cour applique l'article 14 à une législation qui régit des relations de droit privé : l'auteur de la distinction dénoncée étant en l'occurrence une personne privée (la compagnie d'assurance). Ce faisant, indirectement, le principe de non-discrimination bénéficie d'un effet horizontal, entre personnes privées (l'assureur et les assurés). Il en a été de même lorsque la Cour a pareillement condamné la législation autrichienne régissant la transmission d'un bail en cas de décès (*Karner c. Autriche*) parce qu'elle n'empêchait pas, là non plus, une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la part d'un bailleur privé.

§ 2. – Le domaine d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 12

Comme le relève le rapport explicatif du Protocole n° 12, « l'article 1 du Protocole englobe la protection offerte par l'article 14 de la Convention, mais sa portée est plus large »⁷⁰. « Il y a recoupement entre les deux dispositions »⁷¹, mais « la portée de la protection qu'il offre va au-delà de "la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention" »⁷² et comme le confirme la Cour européenne des droits de l'homme, dans son premier arrêt appliquant l'article 1^{er} du Protocole n° 12⁷³. Dans ces conditions, le point de savoir si l'action étatique interfère, ou non, avec une des libertés que déclare la Convention européenne des droits de l'homme ne joue donc plus aucun rôle. En ne se limitant pas aux libertés énoncées par la Convention, « l'article 1 du Protocole n° 12 étend le champ de la protection à « tout droit prévu par la loi ». Il introduit donc une interdiction générale de la discrimination »⁷⁴. Pour autant cela ne signifie pas qu'elle est illimitée. En résumé, on peut dire, à propos de cet article 1^{er}, qu'il assujettit tous les actes de la puissance publique, mais qu'il n'assujettit en principe que les actes de la puissance publique.

70. Rapport explicatif du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme, § 33.

71. *Ibidem*.

72. *Ibidem*, § 21.

73. Grande Chambre, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, § 53.

74. *Ibidem*, § 53.

A – L’applicabilité de l’article 1^{er} du Protocole n° 12 à tous les actes de la puissance publique

L’article 1^{er} du Protocole n° 12 a vocation à s’appliquer à toutes les actions de la puissance publique dès lors qu’elle agit sur les particuliers. Cette conclusion repose, tout d’abord, sur une interprétation qui prend en compte le texte du Protocole n° 12, les informations contenues dans les travaux préparatoires ou le rapport explicatif (celui-ci reflétant dans une assez large mesure ceux-là) ainsi que la jurisprudence récente.

Le rapport explicatif dresse, à cette fin, une liste qui recense les diverses hypothèses qui tombent dans le champ d’application de l’article 1^{er} du Protocole n° 12⁷⁵. En clair et en substance, à la lumière de ces différents éléments, le principe d’égalité établi par le Protocole n° 12 vise toutes les actions de l’État à l’égard des personnes privées, quelle que soit leur forme : que l’agissement de l’État ait pour objet d’octroyer des droits⁷⁶ aux individus ou de mettre à leur charge des obligations⁷⁷, qu’il coïncide avec une loi parlementaire⁷⁸ ou avec un acte administratif⁷⁹, qu’il ait lieu dans le cadre d’une compétence liée⁸⁰ ou d’une compétence discrétionnaire⁸¹, qu’il corresponde à un acte écrit de l’administration ou à un comportement factuel d’un de ses agents⁸², qu’il se rapporte à une norme générale ou à une norme individuelle, qu’il découle d’une obligation internationale⁸³ ou d’une décision nationale, qu’il prenne place dans une relation unilatérale ou sans doute aussi contractuelle.

B – L’applicabilité de l’article 1^{er} du Protocole n° 12 aux seuls actes de la puissance publique ?

Une question importante est celle d’un éventuel “effet horizontal” du Protocole n° 12. De la même manière que la puissance publique est assujettie à l’impératif de non-discrimination, la question se pose de savoir si le Protocole, de surcroît, étend une telle obligation à certains actes provenant des personnes privées. Les puissances privées qui, par le biais du droit privé, se trouvent en situation juridique de distribuer des droits ou des obligations à l’égard d’autres personnes privées sont-elles également soumises à une telle prescription ? Autrement dit, le droit à l’égalité de traitement du Protocole n° 12 couvre-t-il, directement ou indirectement, les relations entre particuliers ?

La réponse apportée à cette première question par le texte du Protocole n° 12, son rapport explicatif ou par ses travaux préparatoires, est particulièrement ambiguë. On relèvera les éléments suivants.

D’un point de vue textuel, au premier abord, la possibilité d’interpréter cet instrument comme induisant des obligations positives semble devoir être proscrite. Le second § de l’article 1^{er} du Protocole n° 12 précise bien que les discriminations qui sont proscrites sont celles qui proviennent « de la part des autorités publiques » ; cette mention venant renforcer celle du § premier selon lequel il doit s’agir d’un « droit prévu par la loi ». Ces précisions semblent signifier *a contrario* que le Protocole n° 12 n’a pas vocation à s’appliquer aux inégalités d’ordre privé.

75. « En particulier, la portée de la protection additionnelle en vertu de l’article 1 vise les cas où une personne fait l’objet d’une discrimination : (i) dans la jouissance de tout droit spécifiquement accordé à l’individu par le droit national ; (ii) dans la jouissance de tout droit découlant d’obligations claires des autorités publiques en droit national, c’est-à-dire lorsque ces autorités sont tenues par la loi nationale de se conduire d’une certaine manière ; (iii) de la part des autorités publiques du fait de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire (par exemple, l’octroi de certaines subventions) ; (iv) du fait d’autres actes ou omissions de la part des autorités publiques (par exemple, le comportement des responsables de l’application des lois pour venir à bout d’une émeute). » (rapport explicatif, § 22)
Le rapport explicatif ajoute immédiatement : « À cet égard, il a été jugé inutile de préciser lesquels de ces quatre éléments relevaient respectivement du premier § de l’article 1 et lesquels du deuxième §. Les deux §§ sont complémentaires et leur portée combinée fait que tous ces quatre éléments sont couverts par l’article 1. Il convient de garder également à l’esprit que la distinction entre les catégories i à iv n’est pas nette et que les systèmes juridiques nationaux peuvent avoir différentes approches quant au fait de savoir si un cas donné entre dans une de ces catégories plutôt que dans une autre » (*ibidem*, § 23).

76. Correspond à l’hypothèse i de l’inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra* note 78).

77. Par exemple, dans le cadre de l’article 14 : *Zarb Adami c. Malte* du 20 juin 2006 (violation de l’article 14 combiné avec l’article 4).

78. L’hypothèse selon laquelle le principe d’égalité s’impose à la loi entendue comme l’acte voté par le Parlement s’impose de façon si évidente qu’elle n’est presque pas discutée lors des travaux préparatoires. Au contraire, la phase d’élaboration met en relief que le doute portait sur le point de savoir si le terme “loi” englobait d’autres décisions des pouvoirs publics : voir CDDH (97) 41 *addendum*, §§ 31-34, p. 12-13, et surtout, DH-DEV (98) 3, § 23, p. 6-7.

79. Comme le confirme le § 30 du rapport explicatif

80. Comme le montre le point ii de l’inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra*, note 78).

81. Comme le prouve le point iii de l’inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra*, note 78).

82. Comme le mentionne le point iv de l’inventaire du § 22 du rapport explicatif (voir *supra* note 78).

83. *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, § 30.

Cependant, la prise en compte de la jurisprudence récente sur le fondement de l'article 14⁸⁴ ainsi que la lecture des travaux préparatoires⁸⁵ du Protocole n° 12 et de son rapport explicatif viennent paradoxalement contredire ce premier constat. D'une part, ce dernier affirme notamment que « de telles obligations positives ne peuvent globalement être exclues »⁸⁶. De l'autre, la jurisprudence récente en matière d'orientation sexuelle portant sur l'article 14 a déjà eu l'occasion d'appliquer l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans des relations entre personnes privées lorsque la Cour sanctionne une législation au motif qu'elle permet la survenance de discriminations entre les personnes privées. Tel est le cas, par exemple, de la condamnation de législation autrichienne en matière d'extension d'assurance contre la maladie et les accidents (*P.B. et J.S. c. Autriche*) ou bien celle en matière de transmission d'un bail en cas de décès (*Karner c. Autriche*) qui établissent des distinctions entre les couples de sexe opposé et les couples de même sexe.

Section 2. – Comment se déroule l'examen du respect de la non-discrimination ?

Il convient d'exposer, tout d'abord, les principes généraux que la Cour met en œuvre pour examiner si une distinction dénoncée par un requérant respecte, ou non, le droit à la non-discrimination, puis les éventuels spécificités de ce même contrôle en présence de distinctions fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre.

§ 1. – Le contrôle des distinctions : principes généraux

La définition juridique du principe de non-discrimination par la Cour européenne des droits de l'homme a été posée à l'occasion de l'*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968⁸⁷. La Cour y définit la teneur de l'obligation établie par l'article 14 et les modalités de son contrôle.

La Cour a, par ailleurs, présenté, dans un arrêt *D. H. et autres c. République tchèque* du 13 novembre 2007, les lignes directrices du contrôle de la discrimination indirecte. Un tel contrôle permet de prendre en compte les effets indirects d'une réglementation, qui « bien que formulée de manière neutre », produit un « effet préjudiciable disproportionné sur un groupe » d'individus⁸⁸. Néanmoins, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, cette démarche prétorienne a été affirmée uniquement en ce qui concerne l'interdiction de la discrimination raciale et de la discrimination entre hommes et femmes⁸⁹.

Cet arrêt *D. H. et autres c. République tchèque* mis à part, la plupart des arrêts relatifs à la non-discrimination ne sont souvent qu'une répétition plus ou moins compréhensive des principes posés par l'*Affaire linguistique belge* du 23 juillet 1968. Ils ont été depuis lors réaffirmés dans l'ensemble des décisions portant sur l'article 14, comme par exemple dans l'arrêt *L. et V.* du 9 janvier 2003.

L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003, n° 39392/98 et 39829/98

« 44. Selon la jurisprudence constante de la Cour, une différence de traitement est discriminatoire sous l'angle de l'article 14 si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement (*Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, arrêt du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24 ; *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 29, CEDH 1999-IX, et *Fretté c. France*, n° 36515/97, §§ 34 et 40, CEDH 2002-I). »

§ 2. – Le contrôle des distinctions fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre

En l'état actuel de la jurisprudence, le principe de non-discrimination a surtout été mis en œuvre en matière d'orientation sexuelle.

84. *Pla et Puncernau*, 13 juillet 2004 ; *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005 ; *Opuz c. Turquie*, 9 juin 2009 : cf. infra.

85. Illustratif de cette ambiguïté : DH-DEV (99) 5, §§ 26-27, ou bien CDDH (97) 41, *addendum*, p. 15.

86. Rapport explicatif, § 24.

87. *Affaire linguistique belge*, précit., p. 34, § 10.

88. *D. H. et autres c. République tchèque*, § 179.

89. Edel (Frédéric), *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Collection « Dossiers sur les droits de l'homme », n° 22, 2010 (ISBN 978-92-871-6816-0), 160 pages, p. 107 *sqq.*

A – Le contrôle des distinctions fondées sur l'identité de genre

Le principe de non-discrimination n'a pas, à proprement parler, été appliqué en matière d'identité de genre. Dans le seul véritable arrêt relatif à une personne transgenre dans lequel la Cour a examiné les faits de l'espèce sous l'angle de l'article 14 – *P.V. c. Espagne* du 30 novembre 2010 – la Cour est parvenue à la conclusion que la différence de traitement dénoncée par la requérante transgenre n'était précisément pas fondée sur son identité de genre, ou pas directement à tout le moins.

P.V. c. Espagne, 30 novembre 2010, n° 35159/09

Cette affaire concerne, en effet, une femme transgenre qui, avant sa conversion sexuelle, avait eu un fils avec son épouse en 1998. Ils se séparèrent en 2002. Le juge espagnol avait restreint l'étendue de son droit de visite à son fils, au motif que son instabilité émotionnelle, suite à sa conversion sexuelle, risquait de perturber l'enfant alors âgé de six ans. La requérante s'est plainte du fait que la restriction du régime de visites formait une discrimination fondée sur l'identité de genre.

La Cour a estimé que le critère justifiant la restriction n'a, en l'espèce, pas été celui de l'identité de genre en tant que telle, mais celui de l'instabilité émotionnelle de la requérante consécutive à la conversion sexuelle. La Cour conclut à la non-violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. Elle estime être en présence d'une différence de traitement justifiée (fondée sur un critère psychologique) et non d'une discrimination (injustifiée fondée sur l'identité de genre). Son argumentation se présente comme suit.

« 26. La Cour rappelle que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (voir arrêts *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, § 31, série A n° 255-C, et *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 26, CEDH 1999-IX).

27. Il convient de déterminer si la requérante peut se plaindre d'une telle différence de traitement et, dans l'affirmative, si celle-ci est justifiée.

28. La Cour observe que la transsexualité de la requérante se trouve à l'origine de la procédure de modification des mesures prises dans le jugement de séparation de corps entamée par son ex-épouse. En effet, celle-ci présenta sa demande en raison du traitement de changement de sexe entamé par la requérante. Dans toutes les décisions judiciaires rendues lors de la procédure il y a des références à la condition de transsexuelle de la requérante. Par ailleurs, la Cour convient que les juridictions espagnoles ont adopté un régime de visites différent, lorsqu'elles ont eu connaissance de la dysphorie sexuelle de la requérante. Elle note que ce nouveau régime de visites était moins favorable à la requérante que le régime initialement accordé par les époux dans la convention de séparation homologuée par le jugement de séparation de corps.

29. Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, entre autres, les arrêts *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 18 juillet 1994, § 24, série A n° 291-B, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, précité, § 29, et *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 39, CEDH 2002-I). Lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 89, CEDH 1999-VI et *E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 91, CEDH 2008-...).

30. En l'espèce, la Cour note toutefois, que ce qui est en jeu dans la présente affaire n'est pas une question d'orientation sexuelle, mais de dysphorie de genre. Elle estime néanmoins que la transsexualité est une notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard que la liste que renferme cette disposition revêt un caractère indicatif, et non limitatif, dont témoigne l'adverbe « notamment » (en anglais « *any ground such as* ») (*Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 72, série A n° 22).

31. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la décision de restreindre le régime de visites initialement adopté a été déterminée par la transsexualité de la requérante, impliquant ainsi un traitement qui pourrait être considéré comme discriminatoire en tant que dérivé de sa dysphorie sexuelle.

32. La Cour constate que les juridictions espagnoles ont insisté dans leurs décisions sur le fait que la transsexualité de la requérante n'était pas le motif de la restriction du régime de visites initial. Elles ont pris en considération la situation d'instabilité émotionnelle constatée chez la requérante par l'expertise

psychologique et le risque de transmettre cette instabilité à l'enfant, perturbant ainsi son équilibre psychologique. Le Tribunal constitutionnel a même précisé que la simple existence d'un trouble émotionnel chez la requérante ne suffit pas à justifier la restriction des visites. Il souligna que le motif déterminant pour restreindre le régime de visites était l'existence d'un risque certain de porter préjudice à l'intégrité psychique et au développement de la personnalité du mineur, compte tenu de son âge et de l'étape évolutive dans laquelle il se trouvait.

33. En ce qui concerne l'instabilité émotionnelle de la requérante, la Cour note qu'elle fut constatée par une psychologue dans un rapport d'expertise élaboré à la demande du juge de première instance. La requérante s'est soumise volontairement à l'évaluation psychologique, comme le constata l'*Audiencia Provincial* en appel et ne contesta pas en temps voulu le fait que la psychologue n'était pas spécialisée en psychologie clinique. Au demeurant, la Cour relève que la requérante eut l'occasion de contester l'expertise psychologique lors de l'audience publique et qu'en appel, elle proposa une nouvelle expertise qui fut examinée par l'*Audiencia Provincial*.

34. La Cour observe, en outre, que le juge de première instance n'a pas privé la requérante de l'exercice de l'autorité parentale et n'a pas suspendu son droit de visite, comme le sollicita la mère. Suivant les recommandations de l'expertise psychologique, qui avait estimé convenable de maintenir le contact entre le père et le fils, il adopta un système contrôlé de visites dans un centre de rencontres, ordonnant à ce dernier de lui soumettre un rapport tous les deux mois pour suivre l'évolution des visites. Conformément à ce régime évolutif de visites, la requérante pouvait au départ voir son fils un samedi sur deux pendant trois heures dans le centre de rencontres, sous le contrôle de professionnels.

35. Ultérieurement, les visites furent élargies, comme le constata le Tribunal constitutionnel dans son arrêt. En février 2006, suite à une demande de la requérante, le juge de première instance augmenta à cinq heures la durée des visites bihebdomadaires, suivant les suggestions des responsables du centre. En novembre 2006, les visites contrôlées furent élargies à deux jours, un samedi et un dimanche sur deux, entre 11 heures 30 et 20 heures et entre 11 heures 30 et 19 heures, respectivement.

36. Aux yeux de la Cour, le raisonnement des décisions judiciaires donne à penser que la transsexualité de la requérante n'a pas été le motif déterminant dans la décision de modifier le régime de visites initial. C'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui a primé dans la prise de la décision. La Cour note à cet égard la différence existante entre les faits de l'espèce et ceux de l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* précitée, dans laquelle l'orientation sexuelle du requérant avait pesé de manière déterminante dans la décision de le priver de l'exercice de l'autorité parentale. En l'espèce, eu égard à l'instabilité émotionnelle conjoncturelle détectée chez la requérante, les juridictions espagnoles ont privilégié l'intérêt de l'enfant en adoptant un régime de visites plus restrictif, lui permettant de s'habituer progressivement au changement de sexe de son géniteur. Cette conclusion est renforcée par le fait que le régime de visites a été élargi, alors que la condition sexuelle de la requérante reste la même.

37. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la restriction du régime de visites n'a pas été le résultat d'une discrimination fondée sur la transsexualité de la requérante. Dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention combiné avec l'article 14. »

Il est donc capital, pour un requérant, de réussir à prouver que la distinction qu'il dénonce repose sur le critère de l'identité de genre ou sur celui de l'orientation sexuelle.

B – Le contrôle des distinctions fondée sur l'orientation sexuelle

La Cour précise que lorsqu'une distinction repose sur l'orientation sexuelle, son contrôle tend à être strict, et, corrélativement, la marge nationale d'appréciation à se restreindre, comme l'affirme la Cour, par exemple, dans cette même affaire *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003.

« 45. [...] A l'instar des différences fondées sur le sexe (*Karlheinz Schmidt*, arrêt précité, *ibidem*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 587, § 37), les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Smith et Grady*, arrêt précité, § 90). »

Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09

« 108. La Cour rappelle que l'orientation sexuelle relève de la portée de l'article 14 (voir, parmi d'autres affaires, *Kozak c. Pologne*, no 13102/02, 2 mars 2010). De plus, lorsque la distinction en cause porte sur ce domaine intime et vulnérable de la vie privée d'un individu, il faut avancer devant la Cour des motifs particulièrement puissants pour justifier la mesure litigieuse. Lorsqu'une différence de traitement est fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation laissée à l'Etat est étroite, et en pareille situation, le principe de

la proportionnalité ne commande pas seulement que la mesure choisie soit adaptée de manière générale à l'objectif poursuivi, il faut en outre qu'il soit démontré qu'elle était nécessaire compte tenu des circonstances. Si les motifs avancés à l'appui d'une différence de traitement reposaient uniquement sur l'orientation sexuelle du requérant, il y aurait discrimination au regard de la Convention (ibidem, § 92). »

Cependant, cette question du caractère lâche, ou non, du contrôle opéré par la Cour, et du caractère ample, ou non, de la marge d'appréciation laissée à l'État pour introduire des distinctions fondées sur l'orientation sexuelle dépend également d'autres facteurs. Comme elle l'affirme régulièrement, par exemple dans l'arrêt *Fretté c. France* :

« 40. Cependant, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir notamment les arrêts *Petrovic* précité, p. 587-588, § 38, et *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, série A n° 87, p. 15, § 40) ».

C'est ainsi que certains domaines tendent à octroyer une plus grande marge d'appréciation au profit de l'État, comme elle précise notamment dans l'arrêt *Gas et Dubois c. France* :

« 60. D'autre part, la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Schalk et Kopf*, précité, § 97). »

En revanche, d'autres domaines tendent à restreindre la marge étatique, par exemple lorsqu'est en jeu l'intimité de la vie privée.

Plus encore que le domaine considéré, c'est la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants en matière d'orientation sexuelle qui semble déterminante⁹⁰.

90. Cf. *infra*.

Partie II

Le standard de protection de la CEDH en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre : les solutions d'espèce

La Cour européenne opère une modulation du contrôle qu'elle opère en accordant à l'État une plus ou moins grande latitude en fonction de différents éléments. L'arrêt *Rasmussen* précise ainsi que « l'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte » ou suivant « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants »⁹¹. En fonction de ces divers éléments, la marge nationale d'appréciation dont bénéficie l'État tend, soit à se restreindre et à s'accompagner d'un contrôle renforcé du juge européen, soit à s'élargir et déboucher sur un contrôle réduit de la part de la Cour.

Dans les affaires portant sur les questions touchant à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, la Cour affirme accorder une importance à la présence ou à l'absence d'un dénominateur commun aux législations des États membres. En principe, une convergence des législations nationales contribue à diminuer le pouvoir discrétionnaire des États⁹² ; inversement, une divergence des choix législatifs nationaux contribue à l'accroître⁹³.

Il importe néanmoins de souligner la grande part de relativité du rôle joué par ces différents éléments. D'une part, au sein d'une même affaire, peuvent coexister des critères qui, pour les uns, tendent à renforcer ledit contrôle et, pour les autres, à le restreindre. De l'autre, le critère de la présence ou de l'absence de convergence des solutions nationales semble, lui aussi, affecté d'un certain coefficient de relativité. Alors que dans la célèbre affaire *Dudgeon*, l'argument avancé par la Cour d'une communauté de vues au sein des États européens en faveur de la dépénalisation des relations homosexuelles a joué un rôle déterminant dans la condamnation du Royaume-Uni pour sa législation répressive à l'encontre de l'homosexualité ; dans la fameuse affaire *Goodwin*, l'argument relevé par la Cour de la divergence de vues en matière d'identité transgenre n'a pas empêché de sanctionner le Royaume-Uni en raison du refus de reconnaître la préférence de genre d'une personne transgenre.

D'une manière globale toutefois, dans une majorité d'hypothèses, la prise en compte de la convergence ou de la divergence des solutions adoptées par les États européens sur les questions touchant aux personnes LGBT semble jouer un rôle non négligeable sur la nature du contrôle opéré par la Cour.

Cette préoccupation rejoint l'opinion exprimée par la Cour, depuis un arrêt rendu en 1978⁹⁴ et régulièrement réaffirmée depuis lors, notamment dans les affaires ayant trait à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre, selon laquelle « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁹⁵.

91. *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40.

92. *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 52 ; *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, § 50 ; *Unal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, § 62.

93. *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 41 ; *Petrovic c. Autriche*, 27 mars 1998, §§ 38-43 ; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 2008, § 57-58.

94. *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978.

95. *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, § 92.

La jurisprudence européenne reflète ainsi l'évolution du regard porté sur l'homosexualité et sur la transsexualité. Certains de leurs aspects sont abandonnés à la diversité des approches nationales, d'autres en revanche font l'objet d'une harmonisation européenne en application de la jurisprudence de la Cour.

Quels sont alors les domaines dans lesquels la Cour impose un standard minimal européen et quels sont ceux dans lesquels elle ne le requiert pas ?

Il convient donc d'examiner, domaine par domaine, le standard ou le niveau de protection offert par la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes lesbiennes et gays, dans un premier temps, et aux personnes transgenres, dans un second temps.

Titre I

Le standard de protection des personnes lesbiennes et gays

Comme cela a déjà pu être relevé, l'interprétation de la Convention est évolutive.

D'une manière générale, et même s'il n'existe aucune systématique, l'extension de la protection des personnes lesbiennes et gays par la Convention européenne des droits de l'homme correspond à des domaines de consensus européen dans lesquels la marge nationale d'appréciation de l'Etat est restreinte.

Inversement, dans les domaines où la Cour constate une divergence de vues de la part des Etats, la Cour européenne des droits de l'homme tend à maintenir une plus ample marge nationale d'appréciation.

Chapitre I

Les domaines relevant d'un droit commun européen

Jusqu'à l'arrêt *Dudgeon c. Royaume Uni* du 22 octobre 1981, la position de la Commission européenne des droits de l'homme a d'abord été très restrictive à l'égard des homosexuels se plaignant d'une violation de la Convention. Les requérants se fondaient essentiellement sur les articles 8 et 14. Les décisions rendues en matière d'homosexualité de 1955 jusqu'à 1980 aboutirent toutes au rejet de la requête. Durant cette période, l'interprétation de la Convention par la Commission ne faisait pas obstacle à la possibilité pour les Parties contractantes d'ériger l'homosexualité en infraction : elle estimait que le droit au respect de la vie privée pouvait, dans une société démocratique, faire l'objet d'une ingérence des autorités en vue d'assurer la protection de la santé ou de la morale⁹⁶.

À partir du milieu des années 1970, l'homosexualité entre adultes consentants a été dépénalisée par certains pays comme l'Allemagne ou l'Angleterre. La Commission justifiait les ingérences qui subsistaient à l'époque, notamment dans ces deux pays, par la nécessité d'assurer la protection des droits des mineurs⁹⁷, l'âge de la majorité requis pour des relations avec des personnes du même sexe pouvant de surcroît différer de celle exigée pour des relations avec le sexe opposé⁹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme a été à l'origine de la première grande étape de la protection européenne des homosexuels, lorsqu'en 1981, par un arrêt depuis lors devenu célèbre, *Dudgeon c. Royaume Uni*, elle déclara contraire à l'article 8 la législation qui, en Irlande du nord, incriminait les actes homosexuels pratiqués entre majeurs consentants. Cette première conquête fut complétée par la suite par un âge de majorité sexuelle identique quelle que soit son orientation sexuelle.

La deuxième étape fut celle de la protection des lesbiennes et des gays en dehors de la sphère purement privée, à savoir dans le domaine de l'emploi lorsqu'en 1999, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la législation britannique qui permettait d'exclure de l'armée des personnes uniquement en raison de leur orientation sexuelle. Par deux arrêts du 27 septembre 1999 *Smith et Grady*, et *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, la Cour mettait fin à la jurisprudence qu'avait établie la Commission sur cette question, laquelle avait une position compréhensive à l'égard du maintien de l'exclusion des gays et des lesbiennes dans l'armée⁹⁹.

S'en est suivie, à partir des années 2000, une extension continue des domaines de protection des personnes lesbiennes et gays dans leur accès au logement, à la justice, aux services, à l'exercice du droit de manifester, à l'exercice des droits parentaux ou encore concernant la protection des homosexuels à l'égard des violences physiques et verbales.

96. La première décision allant en ce sens : Décision de la Commission, requête 104/55, Annuaire, vol. I, p. 228-229.

97. Décision de la Commission, requête 5935/72, 30 septembre 1975, non publiée.

98. Décision de la Commission, requête 7215/75, 7 juillet 1967, non publiée.

99. Décision de la Commission, *B. c. Royaume-Uni*, requête 9237/81, 12 octobre 1983, vol. 34, p. 68-77.

Section 1 – La liberté sexuelle

La Convention européenne de droits de l'homme protège la liberté de relations homosexuelles pratiquées en privé entre adultes consentants.

§ 1 – Le droit à la liberté sexuelle : l'absence de pénalisation des relations homosexuelles

La Convention européenne de droits de l'homme protège la liberté de relations homosexuelles en couple ou en groupe.

A – L'interdiction de la pénalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants

Le principe posé par l'arrêt *Dudgeon*

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, n° 7525/76

Il s'agit de la première affaire dans laquelle la Commission et la Cour ont pris position contre l'existence de lois érigeant l'homosexualité en infraction. Dans cet arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour, a jugé que par son maintien en vigueur, la législation interdisant les actes homosexuels en privé entre adultes consentants représentait une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle), quand bien même la loi en question ne donnerait plus lieu à des poursuites. Par cet arrêt, elle consacre la position de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme qui, dans son rapport sur l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni*, avait indiqué que malgré l'absence de poursuite ou de menace de poursuite, la législation se répercutait de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée du requérant.

Les principaux faits

À l'époque, la législation pénale britannique sur les questions d'homosexualité est, dans ses grandes lignes, la suivante.

En Irlande du Nord, la loi de 1861 sur les crimes et délits contre les personnes et celle de 1885 modifiant le droit pénal condamnaient, respectivement, les actes dits de *buggery* (sodomie, bestialité) et l'indécence grave accomplis, en public ou en privé, à des peines maximales d'emprisonnement à vie ou pendant dix ans.

En revanche, les relations homosexuelles féminines entre adultes consentants ne revêtaient, quant à elles, aucun caractère délictueux.

Sous réserve d'exceptions concernant les malades mentaux, les membres des forces armées et le personnel de la marine marchande, les actes homosexuels commis en privé entre deux hommes consentants de 21 ans et plus ne constituaient plus des infractions en Angleterre et au Pays de Galles depuis l'adoption de la loi de 1967 sur les délits sexuels ainsi qu'en Écosse depuis celle de la loi de 1980 sur la justice pénale.

En juillet 1978, le gouvernement du Royaume-Uni avait publié un avant-projet d'ordonnance tendant schématiquement à mettre le droit de l'Irlande du Nord en concordance avec celui de l'Angleterre et du Pays de Galles. Cependant, après consultation de la population, le gouvernement annonça en 1979 qu'il renonçait à ce projet.

En ce qui concerne le requérant Jeffrey Dudgeon, ce dernier est un sujet britannique d'une trentaine d'années, résidant à Belfast et exerçant la profession de commis expéditionnaire. Il est homosexuel et mène avec d'autres, depuis un certain temps, une campagne visant à réformer le droit nord-irlandais sur l'homosexualité. En janvier 1976, la police descend chez lui pour exécuter un mandat décerné en vertu de la loi de 1971 sur les stupéfiants. Ayant saisi des lettres et un journal personnel décrivant des activités homosexuelles; elle lui demande de l'accompagner à un commissariat où elle l'interroge pendant plusieurs heures au sujet de sa vie sexuelle. Elle envoie le dossier au procureur général (*Director of Public Prosecutions*), mais l'intéressé est informé en février 1977 qu'il ne sera pas poursuivi et on lui rend ses papiers avec des annotations.

Jeffrey Dudgeon introduit une requête devant la Commission le 22 mai 1976. Il soutient principalement que le droit pénal nord-irlandais prohibant les actes homosexuels accomplis en privé par des adultes consentants de sexe masculin constitue une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention.

La décision de la Cour

La Cour a conclu à la violation de l'article 8 au terme du raisonnement suivant.

« 37. Le requérant se plaint de risquer, aux termes de la législation en vigueur en Irlande du Nord, des poursuites pénales du chef de son comportement homosexuel [...]. De plus, il reproche à la police de l'avoir interrogé au sujet de certaines activités homosexuelles, après une perquisition à son domicile en janvier 1976, et d'y avoir saisi des documents personnels lui appartenant, dont la restitution n'a eu lieu qu'après plus d'un an.

Il aurait subi et continuerait à subir de la sorte, au mépris de l'article 8 (art. 8) de la Convention, une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée. [...]

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 (art. 8-1). 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 (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 13, par. 27): ou il la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales.

On ne saurait prétendre que la législation en cause demeure lettre morte en la matière. [...]

De son côté, l'enquête de police de janvier 1976, si elle n'a pas débouché sur des poursuites, constituait par rapport à la législation litigieuse une mesure précise d'exécution qui a directement atteint M. Dudgeon dans la jouissance de son droit au respect de sa vie privée. A ce titre, elle a montré la réalité de la menace pesant sur lui. [...]

43. Pour se concilier avec le § 2 (art. 8-2), une ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par l'article 8 (art. 8) doit être «prévues par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes d'après ce § et «nécessaire, dans une société démocratique», à la poursuite de ce ou ces buts (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Young, James et Webster* du 13 août 1981, séries A n° 44, p. 24, par. 59).

44. Que la première de ces trois conditions se trouve remplie ne prête pas à controverse. [...]

45. En second lieu, il faut rechercher si elle tend à «la protection de la morale» et à celle «des droits et libertés d'autrui», les deux fins invoquées par le Gouvernement.

46. Les lois de 1861 et 1885 ont été introduites pour imposer la conception alors dominante de la morale sexuelle. Elles valaient à l'origine pour l'Angleterre et le pays de Galles, pour toute l'Irlande, à l'époque non divisée, ainsi que pour l'Écosse dans le cas de la seconde d'entre elles. La législation a récemment perdu de son ampleur en Angleterre et au pays de Galles avec la loi de 1967, puis en Écosse avec celle de 1980 : sous réserve de quelques exceptions, ne constitue plus une infraction un acte homosexuel commis en privé par deux hommes consentants de plus de 21 ans. En Irlande du Nord, au contraire, le droit n'a pas changé. La décision, annoncée en juillet 1979, de ne pas pousser plus avant le projet tendant à l'amender s'expliquait, la Cour l'admet, par l'idée que le gouvernement du Royaume-Uni se faisait de la force, dans la région, de l'hostilité au projet et notamment de la vigueur de l'opinion que pareille réforme y affaiblirait beaucoup les structures morales de la société. Dans ces conditions, le but général de la législation incriminée demeure la protection de la morale, au sens de normes morales reçues en Irlande du Nord. [...]

48. [...] [Aux yeux de la Cour] le principal problème à trancher ici sur le terrain de l'article 8 (art. 8) est de savoir si et jusqu'à quel point la poursuite de ces fins rend «nécessaire, dans une société démocratique», le maintien en vigueur de la législation litigieuse.

49. Sans contredit, une certaine réglementation pénale du comportement homosexuel masculin, comme du reste d'autres formes de comportement sexuel, peut se justifier comme «nécessaire dans une société démocratique». En la matière, le droit pénal a pour fonction globale [...] «de préserver l'ordre et la décence publics [comme] de protéger le citoyen contre ce qui choque ou blesse». Cette nécessité d'un contrôle peut s'étendre même à des actes accomplis d'un commun accord et en privé, notamment quand il s'impose [...] «de fournir des garanties suffisantes contre l'exploitation et la corruption d'autrui, en particulier des personnes spécialement vulnérables à cause de leur jeunesse, de leur faiblesse de corps ou d'esprit, de leur inexpérience ou d'une situation de dépendance naturelle, juridique ou économique spéciale». De fait, tous les États membres du Conseil de l'Europe possèdent une législation en ce domaine, mais le droit nord-irlandais se distingue de celui de la grande majorité d'entre eux en prohibant indécemment grave entre hommes et buggery de manière générale et en toute circonstance. Une fois reconnue la «nécessité» de

légiférer pour prémunir des fractions données de la société, de même que l'éthique de celle-ci dans son ensemble, il s'agit en l'occurrence de rechercher si les dispositions incriminées du droit nord-irlandais et leur application restent dans le cadre de ce que, dans une société démocratique, on peut estimer nécessaire pour atteindre ces objectifs.

50. Une série de principes à observer pour évaluer la «nécessité», «dans une société démocratique», d'une mesure prise dans un but légitime au regard de la Convention se dégagent de la jurisprudence de la Cour.

51. Tout d'abord, l'adjectif «nécessaire» n'a pas dans ce contexte la souplesse de mots tels qu'«utile», «raisonnable» ou «opportun»; il implique l'existence d'un «besoin social impérieux» de recourir à l'ingérence considérée (arrêt *Handyside* précité, p. 22, par. 48).

52. En second lieu, il appartient aux autorités nationales de juger les premières, dans chaque cas, de la réalité de pareil besoin; les États contractants gardent donc une marge d'appréciation (*ibidem*). Néanmoins, leur décision reste soumise au contrôle de la Cour (*ibidem*, p. 23, par. 49).

Comme l'a montré l'arrêt *Sunday Times* (précité, p. 36, par. 59), la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. Le Gouvernement déduit de l'arrêt *Handyside* qu'elle est plus large quand il y va de la protection de la morale. Sans conteste, et la Cour l'a relevé dans cet arrêt (p. 22, par. 48), «l'idée» que l'on se fait «des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque», et «les autorités de l'État», «grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays», «se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences».

Toutefois, l'étendue de la marge d'appréciation 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 § 2 de l'article 8 (art. 8-2), des ingérences des pouvoirs publics.

53. Enfin, avec plusieurs autres articles de la Convention l'article 8 (art. 8) lie la notion de «nécessité» à celle de «société démocratique». D'après la jurisprudence de la Cour, pour se révéler «nécessaire» dans une telle société, dont tolérance et esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques, une atteinte à un droit protégé par la Convention doit notamment être proportionnée au but légitime poursuivi (arrêt *Handyside* précité, p. 23, par. 49; arrêt *Young, James et Webster* précité, p. 25, par. 63).

54. La Cour a pour tâche de rechercher, sur la base des principes rappelés plus haut, si les motifs présentés en faveur de l'«ingérence» litigieuse sont pertinents et suffisants au regard de l'article 8 par. 2 (art. 8-2) (arrêt *Handyside* précité, pp. 23-24, par. 50). Son rôle ne consiste pas à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles masculines entre adultes. [...]

59. [...] Nonobstant la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, il appartient à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs qu'elle a jugés pertinents étaient aussi suffisants, c'est-à-dire si l'ingérence incriminée était proportionnée au besoin social invoqué en sa faveur.

60. En consacrant le droit que frappent les lois attaquées, la Convention entend sauvegarder une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine (§ 52 *in fine* ci-dessus).

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 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Marckx* précité, p. 19, par. 41, et l'arrêt *Tyrer* du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, par. 31). En Irlande du Nord même, les autorités ont évité ces dernières années d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis, de leur plein gré et en privé, par des hommes de plus de 21 ans capables d'y consentir. Rien dans le dossier ne prouve que cela ait porté atteinte aux valeurs morales en Irlande du Nord, ni que l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi.

On ne saurait dès lors parler d'un «besoin social impérieux» d'ériger de tels actes en infractions, faute d'une justification suffisante fournie par le risque de nuire à des individus vulnérables à protéger ou par des répercussions sur la collectivité. 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.

61. Partant, les motifs avancés par le Gouvernement ne suffisent pas, malgré leur pertinence, à justifier le maintien des règles juridiques litigieuses dans la mesure où elles ont pour résultat général la prohibition pénale de rapports homosexuels auxquels se livreraient en privé des hommes adultes capables d'y consentir. En particulier, ni les attitudes morales envers l'homosexualité masculine en Irlande du Nord ni la crainte qu'une atténuation de ces règles n'aboutisse à miner les valeurs morales existantes ne permettent en soi une ingérence si étendue dans la vie privée du requérant. «Dépénaliser» ne veut pas dire approuver, et la peur de voir certains milieux tirer à cet égard des conclusions erronées d'une réforme de la législation ne constitue pas une bonne raison de conserver celle-ci jusque dans ses aspects injustifiables.

En résumé, la restriction imposée à M. Dudgeon en vertu du droit nord-irlandais se révèle par son ampleur et son caractère absolu, indépendamment même de la sévérité des peines encourues, disproportionnée aux buts recherchés.

62. Pour autant que l'intéressé se trouve empêché d'avoir des relations homosexuelles avec des jeunes de moins de 21 ans, l'atteinte dénoncée par lui peut se justifier, selon la Commission, par la nécessité de protéger les droits d'autrui (voir spécialement les §§ 105 et 116 du rapport). Le Gouvernement souscrit à cette opinion, mais le requérant la conteste: d'après lui, l'âge du consentement devrait être le même pour les rapports homosexuels masculins que pour les rapports homosexuels féminins ou hétérosexuels, soit 17 ans d'après le droit nord-irlandais actuel.

La Cour a déjà reconnu la nécessité, dans une société démocratique, d'un certain contrôle du comportement homosexuel afin notamment de lutter contre l'exploitation et la corruption de personnes spécialement vulnérables à cause, par exemple, de leur jeunesse (§ 49 ci-dessus). Toutefois, il incombe d'abord aux autorités nationales de décider quelles garanties de ce genre commande la défense de la morale dans leur propre communauté, et en particulier de fixer l'âge avant lequel les jeunes doivent jouir de la protection du droit pénal (§ 52 ci-dessus).

63. M. Dudgeon a subi et continue à subir une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée. Il y a donc violation de l'article 8 (art. 8). »

Les applications jurisprudentielles

Norris c. Irlande, 26 octobre 1988, n° 10581/83

Dans l'arrêt *Norris c. Irlande*, de manière plus nette encore que dans l'arrêt *Dudgeon*, la Cour insiste sur le fait que l'ingérence dans le droit garanti par l'article 8 découle de la seule existence de la législation réprimant les relations homosexuelles, indépendamment de son application effective. En conséquence, il n'est pas nécessaire, pour un requérant individuel homosexuel, d'avoir fait l'objet de poursuites ou de condamnations pour se plaindre devant la Cour européenne d'une législation répressive de ce type. Il suffit d'être une victime potentielle ou éventuelle pour satisfaire aux conditions de recevabilité du recours individuel et notamment la condition qui exige du requérant d'avoir été victime d'une violation d'un droit garanti (selon l'actuel article 34, ancien article 25).

Dans l'arrêt *Norris c. Irlande*, la législation en vigueur en Irlande incriminait pénalement les relations homosexuelles masculines. Le requérant, homosexuel, se plaignait de cette législation, portant d'après lui une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée et notamment de sa vie sexuelle. Le fait que la législation dénoncée n'avait jamais été appliquée à l'encontre du requérant n'a pas été un obstacle à la recevabilité de sa plainte.

« 31. [...] l'article 25 habilite les particuliers à soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même, en l'absence d'acte individuel d'exécution, s'ils risquent d'en subir directement les effets (arrêt *Johnston* et autres du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 21, par. 42, et arrêt *Marckx* précité, série A n° 31, p. 13, par. 27).

32. M. Norris se trouve pour l'essentiel dans la même situation que le requérant dans l'affaire *Dudgeon*, laquelle concernait une législation identique alors en vigueur en Irlande du Nord. Comme l'a relevé l'arrêt rendu à l'époque, «ou [il] la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales» (série A n° 45, p. 18, par. 41).

33. Certes, il appert que durant la période en cause il n'y a pas eu de poursuites en vertu de la législation irlandaise incriminée, sauf pour des actes impliquant des mineurs ou commis en public ou sans consentement. On peut en inférer qu'aujourd'hui le requérant ne risque guère de se voir inculper. Toutefois, les organes

de poursuite n'ont pas pour politique déclarée de ne pas se prévaloir de la loi en la matière. Même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à nouveau à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique. On peut donc dire que le requérant «risque de subir directement les effets» de la législation attaquée. A l'appui de cette conclusion vient aussi le constat du juge McWilliam qui, dans l'arrêt prononcé le 10 octobre 1980 par la High Court, tirait des témoignages recueillis l'enseignement suivant: «Les sanctions pénales pour actes homosexuels conduisent, entre autres, à renforcer les idées fausses et préjugés du grand public tout comme les sentiments d'angoisse et de culpabilité des homosexuels, menant parfois à la dépression et aux conséquences graves qui peuvent résulter de cette triste maladie».

34. Par les motifs qui précèdent, la Cour estime que le requérant peut se prétendre victime d'une violation de la Convention au sens de l'article 25 par. 1. »

Au fond, dans cette affaire *Norris*, la Cour juge impossible d'affirmer qu'un « besoin social impérieux » commande, en Irlande, d'ériger des actes homosexuels en infractions pénales. Elle prononce également la violation de l'article 8 dans des termes équivalents à ceux de l'arrêt *Dudgeon*.

Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, n° 15070/89

Le requérant, homosexuel entretenant une relation avec un autre homme adulte, président du «Mouvement de libération des homosexuels de Chypre», affirmait que les textes législatifs incriminant certains actes homosexuels étaient pour lui source de grande tension, d'appréhension et de crainte de poursuites.

Selon la Cour, l'existence de cette législation atteignait en permanence et directement le requérant dans sa vie privée. Vu les arrêts susmentionnés de la Cour, les autorités chypriotes n'ont pas essayé de soutenir que la législation litigieuse constituait un « besoin social impérieux ». Violation de l'article 8

B – L'interdiction de la pénalisation des relations homosexuelles en groupe ou filmées

A.D.T. c. Royaume-Uni, 31 juillet 2000, n° 35765/97

Les principaux faits

Le requérant, qui est homosexuel, fut arrêté à la suite d'une visite domiciliaire au cours de laquelle la police saisit divers éléments, notamment des photographies et des vidéos. Il admit que les cassettes vidéo comportaient des séquences le représentant, lui et jusqu'à quatre hommes adultes, se livrant à des actes de fellation et de masturbation mutuelle à son domicile. Il fut reconnu coupable d'attentat aux moeurs, au sens de l'article 13 de la loi de 1956 sur les infractions sexuelles (la dépénalisation des actes sexuels commis en privé entre hommes adultes consentants ne s'appliquant pas en cas de participation de plus de deux hommes). Le requérant bénéficia d'une absolution assortie de mesures de sûreté pendant deux ans. La confiscation et la destruction des éléments saisis fut ordonnée.

La décision de la Cour

La Cour prononce la violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants

« 23. La Cour rappelle que la simple existence d'une législation prohibant les pratiques homosexuelles masculines accomplies en privé est de nature à atteindre en permanence et directement une personne dans sa vie privée (pour la jurisprudence la plus récente de la Cour, voir l'arrêt *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, série A n° 259, p. 11, § 24).

[...]

25. [...] Dans la présente affaire, l'unique élément qui pourrait faire naître des doutes sur le point de savoir si la vie privée du requérant était en jeu est l'enregistrement vidéo des actes sexuels. Il n'a été soumis à la Cour aucun élément indiquant une possibilité réelle quelconque que le contenu des cassettes fût rendu public, délibérément ou par inadvertance. Plus particulièrement, la condamnation du requérant ne portait sur aucune infraction concernant l'enregistrement ou la diffusion des cassettes, mais uniquement sur les actes eux-mêmes. La Cour estime très peu probable que le requérant – qui s'était efforcé de cacher ses orientations sexuelles et qui a répété son souhait de conserver l'anonymat devant la Cour – aurait sciemment contribué à une telle publication.

26. La Cour estime dès lors que le requérant a été victime d'une ingérence dans son droit au respect de sa vie privée, tant eu égard à l'existence d'une législation prohibant les actes sexuels commis en privé par plus de deux hommes consentants, qu'en ce qui concerne la condamnation de l'intéressé pour indécence grave.

[...]

34. Il y a néanmoins des différences entre ces affaires déjà tranchées et la présente requête. Le principal point de divergence tient au fait qu'en l'espèce, les pratiques sexuelles en cause impliquaient plus de deux hommes, et que le requérant a été condamné pour indécence grave de ce fait. [...]

36. [...] [La Cour] s'appliquera [...] à examiner la compatibilité avec la Convention de la législation en question dans la présente affaire, et ce à la lumière des circonstances, à savoir le fait que le requérant souhaitait pouvoir se livrer en privé à des actes sexuels non violents avec jusqu'à quatre hommes.

37. La Cour admet le point de vue du Gouvernement selon lequel, à un certain stade, des actes sexuels peuvent être accomplis de manière telle que l'intervention de l'Etat est justifiable, soit parce qu'elle ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée, soit pour la protection, par exemple de la santé ou de la morale. Toutefois, aucun de ces éléments ne ressort des faits de la présente affaire. Le requérant participait à des actes sexuels avec un nombre restreint d'amis dans des circonstances telles qu'il était très peu probable que d'autres personnes auraient connaissance de cet épisode. Il est vrai que les actes en question ont été enregistrés sur une cassette vidéo, mais la Cour relève que le requérant a été poursuivi en raison des actes eux-mêmes, non de l'enregistrement ou d'un quelconque risque que celui-ci soit répandu dans le public. Ces actes revêtaient donc un caractère véritablement « privé », et la Cour doit retenir la même marge d'appréciation étroite qu'elle avait jugée applicable dans d'autres affaires portant sur des aspects intimes de la vie privée (comme par exemple dans l'arrêt *Dudgeon*, p. 21, § 52).

38. Etant donné l'étroitesse de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités nationales en l'espèce, l'absence de toute considération de santé publique et le caractère purement privé du comportement litigieux, la Cour estime que les motifs invoqués pour le maintien en vigueur de la législation qui érige en infraction les actes homosexuels commis en privé entre hommes, et *a fortiori* les raisons avancées à l'appui des poursuites et de la condamnation qui ont eu lieu en l'espèce, ne suffisent à justifier ni la législation ni les poursuites.

39. En conséquence, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. »

§ 2 – Le droit à une égale liberté sexuelle : un âge de majorité sexuelle identique pour les relations homosexuelles et hétérosexuelles

La Convention européenne des droits de l'homme garantit une égale liberté sexuelle. Plus exactement elle impose un âge de majorité sexuelle identique pour des relations sexuelles homosexuelles et hétérosexuelles.

Le principe posé par l'arrêt *L. et V.*

La décision de principe est ici l'arrêt *L. et V. c. Autriche* du 9 janvier 2003¹⁰⁰. Elle a, par la suite, donné lieu à une série d'arrêts de violation à l'encontre de l'Autriche¹⁰¹.

L. et V. c. Autriche, 9 janvier 2003, n° 39392/98 et 39829/98 et S. L. c. Autriche, 9 janvier 2003 n° 45330/99

À l'époque des faits, en Autriche, l'âge de la majorité sexuelle pour des relations sexuelles entre adultes et adolescents n'était pas le même selon qu'il s'agissait de relations hétérosexuelles ou de relations homosexuelles masculines : alors que les actes homosexuels entre des hommes adultes et des adolescents consentants âgés de quatorze à dix-huit ans étaient criminalisés, les actes hétérosexuels entre adultes et adolescents consentants du même âge ne l'étaient pas.

En l'espèce, les requérants *L. et V.* furent condamnés pénalement pour avoir eu des relations homosexuelles avec des jeunes hommes de quatorze à dix-huit ans. Cette incrimination résultait de l'article 209 du code pénal autrichien.

La Cour a jugé que cette législation violait l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants.

¹⁰⁰ *L. et V. c. Autriche*, 9 janvier 2003, §§ 34-55 ; *S. L. c. Autriche*, 9 janvier 2003, § 37.

¹⁰¹ Également : *Woditschka and Wilfling c. Autriche*, 21 octobre 2004 ; *Ladner c. Autriche*, 3 février 2005 ; *R. H. c. Autriche*, 19 janvier 2006.

« 34. Les requérants se plaignent du maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal, qui réprime les actes homosexuels librement consentis entre des hommes adultes et des adolescents âgés de quatorze à dix-huit ans, et dénoncent leur condamnation en vertu de cette disposition. [...] ils allèguent que la disposition contestée est discriminatoire en ce que les relations hétérosexuelles et lesbiennes entre des adultes et des adolescents appartenant à la même tranche d'âge que ceux visés par l'article 209 ne sont pas passibles de sanctions. [...]

49. La question décisive est celle de savoir s'il existe une justification objective et raisonnable à affirmer que les jeunes hommes âgés de quatorze à dix-huit ans ont besoin d'être protégés contre les rapports sexuels avec des hommes adultes, alors que les jeunes femmes appartenant à la même tranche d'âge pourraient se passer d'une telle protection contre des relations avec des hommes ou des femmes adultes. Sur ce point, la Cour rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, *Petrovic*, § 38, et *Fretté*, § 40, arrêts précités).

50. En l'espèce, les requérants soulignent qu'il existe un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines, ce dont le Gouvernement ne disconvient pas. De même, la Commission a observé dans l'affaire *Sutherland* susmentionnée que « l'égalité de traitement quant à l'âge du consentement est à présent admise par la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe » (*ibidem*, § 59).

51. Le Gouvernement se fonde sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 octobre 1989, qui a jugé l'article 209 du code pénal nécessaire pour éviter que « des expériences homosexuelles [ne] viennent exercer une influence dangereuse sur le développement sexuel des jeunes hommes ». Toutefois, cette approche est apparue obsolète lors des débats qui se sont tenus au Parlement en 1995 sur une éventuelle suppression de cette disposition. Comme les requérants le soulignent à juste titre, les experts entendus par le Parlement se sont, dans leur très grande majorité, clairement prononcés en faveur d'un même âge de consentement, estimant en particulier que l'orientation sexuelle était dans la plupart des cas établie avant l'âge de la puberté et que la théorie selon laquelle les adolescents de sexe masculin pourraient être « embrigadés » par la communauté homosexuelle était donc infondée. Alors qu'ils avaient connaissance de cette évolution dans les thèses scientifiques en la matière, les parlementaires ont décidé en novembre 1996, c'est-à-dire peu avant les condamnations des requérants en janvier et février 1997 respectivement, de maintenir l'article 209 dans le code.

52. Dans la mesure où l'article 209 du code pénal traduit les préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait tenir ces attitudes négatives pour une justification suffisante en soi à la différence de traitement en cause, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes (*Smith et Grady* précité, § 97).

53. En conclusion, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes et solides justifiant le maintien en vigueur de l'article 209 du code pénal et, en conséquence, les condamnations des requérants en vertu de cette disposition.

54. Partant, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. »

Les applications jurisprudentielles

Cette jurisprudence *L. et V. c. Autriche* – portant sur l'âge, unique quelle que soit l'orientation sexuelle, à partir duquel un Etat est fondé à pénaliser les relations sexuelles entre adultes et adolescents – a également trouvé à s'appliquer dans une affaire concernant le Royaume-Uni. Au-delà de la question de l'âge, une affaire concernant le Portugal a soulevé la question des conditions, uniques quelle que soit l'orientation sexuelle, de l'incrimination de ces relations.

B. B. c. Royaume-Uni, 10 février 2004

La législation pénale britannique a pareillement été stigmatisée, dans un arrêt *B. B. c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, au motif qu'elle fixait à dix-huit ans l'âge minimal légal pour les rapports homosexuels entre hommes alors qu'il n'est que de seize ans pour des relations hétérosexuelles¹⁰².

¹⁰²*B. B. c. Royaume-Uni* du 10 février 2004, §§ 23-25. Cet arrêt vient confirmer la jurisprudence *Sutherland c. Royaume-Uni* de la Commission européenne des droits de l'homme dans le rapport qu'elle avait rendu le 1er juillet 1997 (et qui avait, contrairement à la présente espèce, donné lieu à un règlement amiable en date du 27 mars 2001).

Fernando dos Santos Couto c. Portugal, 21 septembre 2010, n° 31874/07

L'enseignement de l'arrêt *Fernando dos Santos Couto c. Portugal* est le suivant : dès lors que les conditions d'incrimination des relations sexuelles entre adultes et adolescents sont identiques pour les rapports hétérosexuels et homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8 est respecté.

En conséquence, la condamnation pénale du requérant à une peine d'un an et six mois d'emprisonnement avec sursis pour s'être livré à des activités sexuelles avec un adolescent mineur de quatorze ans ne viole pas l'article 14 combiné avec l'article 8 dans la mesure où les juridictions internes avaient en l'espèce appliqué des conditions d'incrimination identiques à « celles qui auraient été appliquées si les activités sexuelles en cause avaient eu lieu avec des adolescentes ».

Le juge européen s'est ici davantage attaché à la pratique juridictionnelle relative au cas d'espèce qu'au texte de loi, car le texte de loi¹⁰³ visé par les tribunaux internes, quant à lui, incriminait les activités sexuelles avec adolescents de manière plus sévère lorsqu'elles étaient de nature homosexuelle (du simple fait de leur pratique) que lorsqu'elles étaient de nature hétérosexuelle (uniquement en cas d'abus de l'inexpérience de l'adolescent). Cette attitude de la Cour contraste avec celle qui tend, en général, à considérer que, dans ce domaine de la vie des individus, la simple existence d'une législation introduisant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, indépendamment de tout dommage particulier, est suffisante pour être regardée comme une ingérence permanente et directe dans le droit garanti.

Wolfmeyer c. Autriche, 26 mai 2005, n° 5263/03 ; H. G. et G. B. c. Autriche, 2 juin 2005, n° 11084/02 et 15306/02

Dans ces affaires, les requérants avaient été condamnés pour avoir entretenu des relations homosexuelles avec des adolescents en application de l'article 209 du code pénal autrichien puis avaient été acquittés à la suite d'un changement de législation, mais sans que cet acquittement soit accompagné ni de la reconnaissance formelle de la violation de la Convention, ni d'une indemnisation satisfaisante du dommage subi, ni d'un remboursement suffisant des frais de représentation en justice. Conservant, de ce fait, la qualité de victime¹⁰⁴, la Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en raison du maintien en vigueur de l'article 209 et de la conduite de la procédure pénale dirigée contre le requérant sur la base de cette disposition.

Section 2 – La protection contre différentes formes de violence

Il n'est malheureusement pas rare que les personnes lesbiennes et gays soient victimes d'actes de violence – soit physique, soit verbale – qui ont un caractère « homophobe ». En l'état actuel de la jurisprudence, la protection des lesbiennes et des gays contre des actes hostiles de ce type est le résultat de solutions jurisprudentielles qui sont de nature différente.

Dans le premier cas, la protection offerte par la Convention découle directement du droit tiré de l'article 3 – lequel interdit, sans exception aucune, les actes de torture ainsi que les traitements inhumains ou dégradants – et concerne l'intégrité physique et morale des prisonniers.

Dans le second cas, la garantie apportée par la Convention est indirecte en ce sens que l'article 10 ne fait pas obstacle à la possibilité ouverte aux Etats membres d'apporter des limitations à l'exercice de la liberté d'expression lorsque celle-ci est employée pour tenir des propos homophobes, protégeant ainsi les droits d'autrui.

§ 1 – La protection à l'encontre des violences physiques et psychiques

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 3 permet de protéger la sécurité et la dignité de toute personne placée en prison ou se trouvant dans d'autres situations de privation de liberté. Elle s'applique tout particulièrement aux personnes homosexuelles dont la vulnérabilité est accrue en milieu carcéral. L'article 3 a été interprété de façon à ce que l'Etat respecte, tout à la fois, une obligation (de nature défensive) de ne pas commettre des actes de torture, des traitements inhumains ou dégradants à l'encontre de détenus homosexuels et une obligation (de nature positive) de prendre les mesures adéquates pour protéger ces derniers à l'encontre d'éventuelles violences de ce type de la part des autres codétenus.

103. L'article 175 du code pénal portugais. Depuis 2007 cependant, à la suite d'une décision du Tribunal constitutionnel du 10 mai 2005 constatant le caractère discriminatoire de l'article 175, le code pénal prévoit désormais une infraction pénale unique quelle que soit la nature, hétérosexuelle ou homosexuelle, du rapport sexuel.

104. sur ce point cf. *infra*.

A – La protection à l'encontre des placements en détention dans des conditions contraires à la dignité humaine

X c. Turquie, 9 octobre 2012, n° 24626/09

Principaux faits

Le requérant est un ressortissant turc, né en 1989, et réside à Izmir (Turquie). Le requérant fit l'objet de deux condamnations dont une à près de dix ans de prison pour diverses infractions telles que faux en écriture publique, escroquerie, abus sur cartes bancaires et fausse déclaration dans l'élaboration de documents officiels. Dès 2008, le requérant fut placé en détention provisoire et incarcéré à la maison d'arrêt de Buca à Izmir. L'intéressé, homosexuel, fut placé dans une cellule collective avec des détenus hétérosexuels. Il demanda ensuite à l'administration de l'établissement pénitentiaire de le transférer, par mesure de sécurité, dans une autre cellule collective où se trouvaient des détenus homosexuels. Il précisait qu'il avait subi des actes d'intimidation et de harcèlement de la part de ses codétenus. Le requérant fut immédiatement placé dans une cellule individuelle. Selon le requérant, sa cellule de sept m², qui était équipée d'un lit et de toilettes mais sans lavabo, était très sale et mal éclairée. Selon lui, ce type de cellule était utilisé pour placer les détenus faisant l'objet d'une mesure disciplinaire d'isolement ou ceux accusés de pédophilie ou de viol. Le requérant fut privé de tout contact avec d'autres détenus et de toute activité sociale. Il ne bénéficiait d'aucun accès à la promenade en plein air et n'était autorisé à sortir que pour s'entretenir avec son avocat ou pour assister à des audiences. Après plusieurs demandes formulées en vain auprès du Parquet et du juge de l'exécution des peines pour se plaindre de ces conditions, le requérant fut finalement transféré à l'hôpital psychiatrique pour que soit établi son état psychique. Il fut diagnostiqué comme dépressif et resta environ un mois à l'hôpital avant de retourner en prison. Un autre détenu homosexuel fut placé dans la même cellule que le requérant pendant environ 3 mois. Durant cette période, ils portèrent plainte contre un gardien en dénonçant des comportements homophobes, des insultes et des coups. Par la suite le requérant fut de nouveau privé de tout contact avec les autres et il retira sa plainte. Cette situation prit fin le 26 février 2010, quand le requérant fut transféré à la maison d'arrêt d'Eskişehir et placé avec trois autres condamnés dans une cellule standard où il bénéficiait des droits habituellement accordés aux condamnés.

Invoquant notamment l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants), le requérant se plaignait des conditions sévères de sa détention en isolement et des effets irréparables sur sa santé physique et mentale. Il soutenait également que ces traitements lui avaient été infligés en raison de son orientation sexuelle, en violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 3.

La décision de la Cour

La Cour constate la violation de l'ensemble de ces dispositions.

- Le constat de violation de l'article 3, isolément considéré : le droit des prisonniers à bénéficier de conditions de détention respectant la dignité humaine

« 42. La Cour observe que la cellule où le requérant a été placé faisait 7 m², avec un espace vital ne dépassant pas la moitié de cette surface. Elle était équipée d'un lit et de toilettes, mais sans lavabo. Selon le requérant, elle était très mal éclairée, très sale et il y avait des rats, ce que le Gouvernement ne conteste pas. Il s'agissait d'un local destiné à recevoir les détenus qui avaient été l'objet d'une mesure disciplinaire d'isolement ou les détenus accusés de pédophilie ou de viol. Pendant son séjour, le requérant a été privé de tout contact avec d'autres détenus et de toute activité sociale. Il n'a bénéficié d'aucun accès à la promenade en plein air et il n'a été autorisé à sortir de sa cellule que pour s'entretenir avec son avocat ou pour assister aux audiences qui se tenaient périodiquement, environ tous les mois.

43. La Cour observe que [...] certains aspects de ces conditions étaient plus stricts que le régime prévu en Turquie pour les condamnés à une peine de réclusion perpétuelle aggravée. [...].

44. Aux yeux de la Cour, l'interdiction totale d'accès en plein air – laquelle a duré tout le long de la détention du requérant dans la cellule individuelle – combinée avec l'impossibilité de contacter les autres détenus, illustre le caractère exceptionnel des conditions de détention du requérant. [...]

50. En conséquence, la Cour conclut que le requérant a été privé d'un recours interne effectif relativement à son grief concernant les conditions de sa détention et qu'il n'était pas détenu dans des conditions convenables et respectant sa dignité.

51. La Cour estime qu'en l'espèce, les conditions de détention du requérant en cellule d'isolement ont été de nature à lui causer des souffrances aussi bien mentales que physiques ainsi qu'un sentiment de profonde atteinte à sa dignité humaine. Ces conditions, aggravées par l'absence d'un recours effectif, s'analysent donc en un « traitement inhumain et dégradant » infligé en violation de l'article 3 de la Convention. »

- Le constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 : le droit des prisonniers à bénéficier, sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, de conditions de détention respectant la dignité humaine

La Cour relève en substance que l'argument avancé par le gouvernement de vouloir protéger le requérant à l'encontre des violences homophobes de la part des autres codétenus ne peut pas expliquer son placement en isolement dans des conditions contraire à la dignité humaine.

Même si la Cour ne l'énonce pas de la sorte, on pourrait dire que le motif expressément énoncé de mettre le requérant à l'abri d'éventuelles violences discriminatoires de la part des autres codétenus ne peut servir de justification aux autorités pénitentiaires turques pour lui faire subir une autre forme de violence discriminatoire en le plaçant dans des conditions de détentions inhumaines et dégradantes. Autrement dit, la volonté de garantir la sécurité d'un détenu homosexuel à l'égard de violences commises par des codétenus en raison de son orientation sexuelle ne peut servir de prétexte aux autorités pénitentiaires pour lui infliger une autre violence motivée, elle aussi, par l'orientation sexuelle de l'intéressé.

63. « ...pour la Cour, en aucun cas la mesure d'exclusion totale de l'intéressé de la vie carcérale ne pouvait passer pour justifiée. En particulier, il n'est pas expliqué pourquoi le requérant a été complètement privé de l'accès à la promenade en plein air, ne fût-ce que de façon limitée.

64. A la lumière de ce qui précède, la Cour n'est pas convaincue que la nécessité de prendre des mesures de sécurité pour protéger l'intégrité physique du requérant était la raison prépondérante de l'exclusion totale de celui-ci de la vie carcérale. A ses yeux, l'orientation sexuelle du requérant a été la principale raison de l'adoption de cette mesure. Elle juge par conséquent établi que le requérant a subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Elle constate par ailleurs que le Gouvernement n'a pas avancé de justification montrant que la distinction litigieuse était compatible avec la Convention.

65. En conséquence, la Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 3. »

B – La protection à l'encontre des mauvais traitements de la part des codétenus

Dans l'affaire à suivre, la Cour a examiné si l'Etat français avait bien respecté l'obligation qui pèse sur les Etats de disposer d'une législation pénale efficace et de prendre les mesures adéquates contre les actes portant atteinte à l'intégrité physique. En l'occurrence, il s'agissait d'un détenu qui se plaignait de mauvais traitements de la part d'autres détenus en raison de son orientation sexuelle.

Stasi c. France, 20 octobre 2011, n° 25001/07

Les principaux faits

Le requérant, Vincent Stasi, est un ressortissant français, né en 1955 et résidant à Lyon (France). Mis en examen dans deux procédures distinctes, Monsieur Stasi fut placé à deux reprises en détention provisoire, une première fois à la maison d'arrêt de Saint-Paul, puis à celle de Villefranche-sur-Saône et une seconde fois à la maison d'arrêt de Villefranche-sur-Saône. Pour les infractions qui lui étaient reprochées, il fut condamné successivement à deux et trois ans d'emprisonnement (dont une partie avec sursis) dans le cadre de deux procédures distinctes. Il exécuta la seconde peine à la suite de la première à la maison d'arrêt de Villefranche-sur-Saône.

A son arrivée à la maison d'arrêt de Villefranche-sur-Saône, le 27 juillet 2006 Monsieur Stasi, fit état de son homosexualité et déclara avoir été victime de viols lors de sa précédente détention. Il fut en conséquence placé seul en cellule à un étage de l'établissement accueillant des détenus dits fragiles. Il resta seul en cellule à l'exception de la période du 26 février 2007 au 18 mars 2007, où il dut partager avec un autre détenu : Monsieur P. (M.P.). Le requérant déclara avoir été contraint à renoncer à se doucher en raison des insultes homophobes de la part de codétenus et avoir été victime de mauvais traitements de la part de M. P. en raison de son orientation sexuelle pendant qu'ils partageaient la cellule. Il aurait été forcé de porter une étoile rose, frappé, brûlé, privé de repas et empêché de sortir de la cellule pour cacher les traces de coups. Un certificat médical établi trois semaines plus tard par le médecin de la prison fit état d'importants hématomes. Le 9 juillet 2007, Monsieur Stasi déclara avoir voulu se suicider. Il fut vu par la responsable du bâtiment, le médecin et le psychiatre, et placé jusqu'au 26 juillet 2007 sur la liste des détenus présentant un risque de suicide. Au

cours de sa détention Monsieur Stasi fut victime d'autres faits, et des certificats médicaux furent établis, faisant état d'hématomes. Le 6 novembre 2007, il fut poussé dans les escaliers par un détenu non identifié et fut blessé à la jambe droite. Le 31 janvier 2008, un détenu lui écrasa une cigarette sous l'œil gauche. En août 2008, un codétenu lui donna un coup dans les douches. En août 2008, le requérant fut informé qu'il devrait changer d'étage, en raison de la mise en place d'un régime différencié pour les détenus condamnés à une peine de moins de dix-huit mois de prison. Pour protester, il entama une grève de la faim le 9 août 2008. Après avoir refusé une première affectation, il en accepta une seconde et cessa sa grève de la faim le 15 septembre 2008. Monsieur Stasi rencontra le contrôleur général des lieux de privation de liberté dans le cadre d'une visite de la maison d'arrêt. A la suite du signalement du contrôleur général, il fut inscrit sur la liste des détenus présentant des risques de suicide. En conséquence, le médecin de la prison établit un certificat selon lequel l'état de santé du requérant nécessitait sa mise immédiate à l'isolement. Il y fut placé à compter du 29 septembre 2008, et y demeura jusqu'au 18 octobre 2008, date de sa libération. Le jour de sa sortie, il fut admis à l'hôpital psychiatrique de Saint-Cyr au Mont d'Or, où il resta hospitalisé jusqu'au 14 janvier 2009. Après la publication dans un journal d'un article dans lequel il faisait état des viols, agressions et brimades qu'il aurait subis pendant ses deux périodes de détention, le procureur général près la cour d'appel de Lyon ordonna l'ouverture d'une enquête préliminaire. Au vu des résultats de l'enquête, le procureur de la République décida de requérir l'ouverture d'une information judiciaire des chefs de viols et violences relativement à la première période d'incarcération du requérant. Cette information judiciaire est actuellement pendante. Le 24 octobre 2008, le procureur de la République de Villefranche-sur-Saône chargea les services de la sûreté départementale du Rhône d'enquêter sur les faits de violences concernant la seconde période d'incarcération de Monsieur Stasi. Les enquêteurs entendirent la directrice-adjointe de la maison d'arrêt, les responsables successives du bâtiment, le surveillant principal et M. P., avec lequel le requérant avait partagé la cellule. Un rapport d'enquête fut établi le 25 mai 2009.

Invoquant l'article 3 (interdiction de la torture et interdiction des traitements inhumains ou dégradants), Monsieur Stasi allègue avoir été victime de mauvais traitements, de la part de ses codétenus, au cours de ces deux périodes d'incarcération, notamment en raison de son orientation sexuelle et il allègue que les autorités n'ont pas pris les mesures nécessaires pour le protéger.

La décision de la Cour

La Cour a examiné l'affaire uniquement sous l'angle de l'article 3 considéré isolément et a conclu que cet article n'avait en l'espèce pas été violé. Elle arrive à cette conclusion après avoir rappelé certains principes généraux, qui en tant que tels, forment des garanties qui bénéficient notamment aux personnes homosexuelles puisqu'elles sont malheureusement souvent l'objet de mauvais traitements.

« 75. La Cour rappelle tout d'abord que pour tomber sous le coup de l'article 3, les mauvais traitements doivent atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des circonstances propres à l'affaire, telles que la durée du traitement ou ses effets physiques ou psychologiques et, dans certains cas, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (*Ilhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 84, CEDH 2000-VII).

76. Les allégations de mauvais traitement doivent être étayées devant la Cour par des éléments de preuve appropriés (voir, *mutatis mutandis*, *Klaas c. Allemagne* du 22 septembre 1993, série A n° 269, p. 17, § 30). Pour l'établissement des faits allégués, la Cour se sert du critère de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » ; une telle preuve peut néanmoins résulter d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précises et concordantes (*Irlande c. Royaume-Uni*, arrêt du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, § 161 *in fine*, *Selmouni* précité, § 88, et *Pantea c. Roumanie*, n° 33343/96, § 181, CEDH 2003-VI (extraits)).

77. La Cour rappelle par ailleurs que l'article 3 de la Convention consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques et, à ce titre, prohibe en termes absolus la torture et les peines et les traitements inhumains et dégradants (*Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV, et *Rodić et autres c. Bosnie-Herzégovine*, n° 22893/05, § 66, 27 mai 2008). Il astreint les autorités des États contractants non seulement à s'abstenir de provoquer de tels traitements, mais à prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers (*A. c. Royaume-Uni* précité, § 22, *M.C. c. Bulgarie* précité, § 149, et *Šečić c. Croatie*, n° 40116/02, § 52, 31 mai 2007).

78. S'agissant plus particulièrement des détenus, la Cour a déjà eu l'occasion de souligner qu'ils sont en situation de vulnérabilité et que les autorités ont le devoir de les protéger (*Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 91, CEDH 2001-III, et *Renolde c. France*, n° 5608/05, § 83, 16 octobre 2008). Cependant, il

faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif (*Pantea* précité, § 189).

79. Pour la Cour, et vu la nature du droit protégé par l'article 3, il suffit à un requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour son intégrité physique, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance. Il s'agit là d'une question dont la réponse dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire en question.

80. La Cour rappelle enfin que l'article 3 astreint les États membres à mettre en place une législation efficace de nature pénale qui constitue une dissuasion effective contre les actes portant atteinte à l'intégrité physique et permette de les réprimer (*A. c. Royaume-Uni* précité, § 22, *M.C. c. Bulgarie* précité, § 150, et *Beganović c. Croatie*, n° 46423/06, § 71, 25 juin 2009). »

Après avoir rappelé ces principes généraux, la Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des faits qui ont été portés à leur connaissance, les autorités ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour protéger l'intégrité physique du requérant.

La Cour observe que l'affirmation du requérant concernant l'étoile rose que son codétenu, M.P., l'aurait contraint de porter n'est étayée par aucun élément de preuve et qu'en conséquence, elle ne peut être considérée comme établie. Quant aux autres faits allégués par Monsieur Stasi, la Cour constate qu'il a produit plusieurs certificats médicaux relatifs aux différents incidents dont il se plaint. Elle estime donc établi que celui-ci a subi en détention des violences suffisamment sérieuses pour conférer aux faits en cause le caractère de traitement inhumain et dégradant.

Sur la question de savoir si les autorités pénitentiaires ont pris les mesures adéquates, la Cour observe que, dès son arrivée à la maison d'arrêt de Villefranche-sur-Saône, le requérant a fait état de son orientation sexuelle et des violences qu'il avait subies lors de sa première incarcération. Il a donc été placé seul en cellule dans un secteur abritant des détenus dits fragiles. S'agissant des faits les plus graves dont il se plaint, qui se seraient produits lors de sa cohabitation avec M. P., la Cour observe qu'il ne s'en est jamais plaint aux autorités pénitentiaires, et notamment aux responsables du bâtiment qui l'ont reçu, et qu'il n'a pas transmis le certificat médical qui avait été établi. Vu la localisation de ses lésions, la Cour estime que les autorités de la prison ne pouvaient pas avoir connaissance des violences qu'il avait subies. S'agissant de l'incident du 6 novembre 2007, où le requérant dit avoir été poussé dans les escaliers par un codétenu, ce qui lui a occasionné un hématome à la jambe droite, il ne ressort pas des faits qu'il l'aurait signalé aux autorités pénitentiaires. En revanche, le requérant a informé les autorités de la maison d'arrêt de l'incident du 31 janvier 2008, lors duquel un détenu a écrasé une cigarette sous son œil gauche, mais les investigations menées pour l'identifier n'ont pu aboutir, faute de coopération du requérant. La Cour relève que Monsieur Stasi a alors été changé de cellule, et qu'il a pu accéder seul aux douches en dehors des horaires prévus, et qu'il a systématiquement été accompagné par un surveillant lors de ses déplacements. S'agissant du coup porté dans les douches, le détenu responsable n'a pu être identifié. La Cour relève enfin que les autorités pénitentiaires ont pris les mesures adéquates tant lors de la grève de la faim du requérant que de sa tentative de suicide. Enfin, après le signalement du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, il a été vu en consultation par le médecin et placé à l'isolement jusqu'à sa sortie. La Cour considère que, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des faits qui ont été portés à leur connaissance, les autorités ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour protéger l'intégrité physique du requérant.

Sur la question de l'existence d'une législation pénale efficace, la Cour observe que le droit pénal français réprime les atteintes à l'intégrité physique de la personne telles que celles dénoncées par Monsieur Stasi : le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle, cette peine pouvant être portée à vingt ans lorsqu'il est commis en raison de l'orientation sexuelle de la victime ; les violences sont sanctionnées par une peine de prison pouvant aller de trois à cinq ans et d'une amende dont le montant est variable selon les faits de l'espèce. La Cour constate que, s'agissant du viol et des violences subies par le requérant durant sa première période d'incarcération, une enquête préliminaire a été ouverte et une information judiciaire des chefs de viol et violences est actuellement en cours. Pour ce qui est des violences survenues pendant la seconde période d'incarcération du requérant, la Cour observe qu'elles ont également fait l'objet d'une enquête préliminaire. A l'issue de celle-ci, Monsieur Stasi avait la possibilité de porter plainte, ce qu'il n'a pas fait. La Cour ne voit pas de raisons de s'écarter du constat selon lequel une telle plainte aurait présenté des chances raisonnables de succès. La Cour arrive à la conclusion que le droit interne assurait au requérant une protection effective et suffisante contre les atteintes à son intégrité physique. La Cour estime au regard des faits de l'espèce qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention.

§ 2 – La protection à l'encontre des violences verbales

La protection dont il sera fait ici état n'est pas, en l'état actuel de la jurisprudence, une garantie directe offerte par la Convention européenne des droits de l'homme. D'un point de vue strictement formel, il ne s'agit pas d'un droit qu'une personne LGBT serait fondée à invoquer. Il s'agit d'une protection indirecte en ce sens qu'elle découle des limitations des droits des tiers. En effet, la protection en question procède des restrictions que les Etats sont habilités à apporter à la liberté d'expression d'autrui sans enfreindre l'article 10. En clair, la Convention autorise les Etats à adopter une législation ou à prendre des décisions qui répriment les propos homophobes sans que l'article 10 soit regardé comme ayant été violé. Il ressort de la jurisprudence *Vejdeland c. Suède* du 9 février 2012 que de telles limitations sont justifiées.

Vejdeland c. Suède, 9 février 2012, n° 1813/07

Les principaux faits

Les requérants, Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harlin, Björn Täng et Niklas Lundström, sont des ressortissants suédois nés respectivement en 1978, 1981, 1987 et 1986.

En décembre 2004, les requérants et trois autres personnes se rendirent dans un lycée où ils distribuèrent une centaine de tracts rédigés par une association du nom de Jeunesse nationale ; ils les laissèrent sur ou dans les casiers des élèves. Le principal de l'établissement intervint pour leur faire quitter les lieux. Les tracts contenaient en particulier des déclarations présentant l'homosexualité comme une « propension à la déviance sexuelle », comme ayant un « effet moralement destructeur sur les fondements de la société » et comme étant à l'origine de l'extension du VIH et du sida.

Les requérants soutinrent qu'ils n'avaient aucunement eu l'intention d'exprimer du mépris envers les homosexuels en tant que groupe et que leur action avait eu pour but de lancer un débat sur le manque d'objectivité de l'enseignement dispensé dans les établissements suédois. Le tribunal de district considéra que les requérants avaient eu l'intention d'exprimer du mépris envers les homosexuels et les condamna pour agitation dirigée contre un groupe national ou ethnique. La juridiction d'appel infirma cette décision au motif qu'une condamnation des requérants emporterait violation de leur droit à la liberté d'expression tel que garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

Le 6 juillet 2006, la Cour suprême déclara les requérants coupables d'« agitation contre un groupe national ou ethnique ». Les juges considèrent dans leur majorité que les élèves n'avaient pas eu la possibilité de refuser les tracts et qu'il aurait été possible de fournir aux élèves des arguments en vue d'un débat sans faire de déclarations insultantes contre les homosexuels en tant que groupe. Les trois premiers requérants furent condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à des amendes allant de 200 à 2 000 euros environ, et le quatrième requérant fut condamné à une mise à l'épreuve.

Les requérants alléguaient notamment que leur condamnation par la Cour suprême pour agitation contre un groupe national ou ethnique avait emporté violation de leur droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention.

La décision de la Cour

« 50. La Cour doit encore voir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique ».

51. La vérification du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence litigieuse impose à la Cour de rechercher si celle-ci correspondait à un « besoin social impérieux ». A cet égard, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la législation et sur les décisions qu'ils appliquent même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 (voir, parmi d'autres, l'arrêt *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 68, CEDH 2004-XI).

52. En appréciant, sous l'angle de l'article 10, les décisions que les autorités nationales ont rendues dans l'exercice de leur marge d'appréciation, la Cour doit déterminer, au vu de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos reprochés aux requérants et le contexte dans lequel ceux-ci les ont tenus, si l'ingérence litigieuse était « proportionnée » au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier étaient « pertinents et suffisants » (voir, parmi d'autres, les arrêts *Pedersen et Baadsgaard*, précité, §§ 69-70, et *Kobenter et Standard Verlags GmbH c. Autriche*, n° 60899/00, § 29, 2 novembre 2006).

53. La Cour réaffirme que la liberté d'expression vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Comme le précise l'article 10, cette liberté est soumise à des exceptions qui doivent cependant s'interpréter strictement et la nécessité de restrictions quelconques doit être établie de manière convaincante (voir, parmi d'autres, *Pedersen et Baadsgaard*, arrêt précité, § 71).

54. La Cour note que les requérants ont distribué les tracts dans le but de lancer un débat sur le manque d'objectivité de l'enseignement dispensé dans les établissements scolaires suédois. La Cour admet, comme la Cour suprême, que même si cet objectif est acceptable, il faut avoir égard au libellé des tracts. Elle relève que d'après ceux-ci, l'homosexualité était « une propension à la déviance sexuelle » ayant un « effet moralement destructeur sur les fondements de la société ». Les tracts avançaient aussi que l'homosexualité était l'une des principales raisons de l'extension du VIH et du sida et que le « lobby homosexuel » essayait de minimiser la pédophilie. De l'avis de la Cour, si ces déclarations ne recommandaient pas directement aux individus de commettre des actes haineux, elles constituaient des allégations graves et préjudiciables.

55. De plus, la Cour réaffirme que l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant des groupes spécifiques peuvent être suffisantes pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable (voir *l'arrêt Féret c. Belgique*, n° 15615/07, § 73, 16 juillet 2009). A cet égard, la Cour souligne que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est aussi grave que la discrimination fondée sur « la race, l'origine ou la couleur » (voir notamment *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 97, CEDH 1999-VI).

56. La Cour tient aussi compte du fait que les tracts ont été laissés dans les casiers de jeunes gens qui, en raison de leur âge, étaient impressionnables et sensibles et n'avaient pas eu la possibilité de les refuser (voir *mutatis mutandis, Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 52, série A n° 24). De plus, les tracts ont été distribués dans un établissement scolaire qu'aucun des requérants ne fréquentait et auquel ils n'avaient pas librement accès.

57. Lorsqu'elle a examiné l'approche des juridictions internes au moment de décider s'il existait un « besoin social impérieux » et les raisons que les autorités ont avancées pour justifier l'ingérence, la Cour a fait observer ce qui suit. La Cour suprême avait reconnu le droit des requérants d'exprimer leurs idées, tout en soulignant que les libertés et les droits s'accompagnent d'obligations, l'une d'elles étant dans la mesure du possible d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et portent atteinte à ses droits. La Cour suprême a par la suite estimé que les déclarations qui figuraient dans les tracts étaient inutilement offensantes. Elle a aussi souligné que les requérants avaient laissé les tracts dans ou sur les casiers des élèves, les imposant ainsi aux élèves. Après avoir mis en balance les divers éléments, elle a estimé que rien ne s'opposait à l'application de l'article pertinent du Code pénal.

58. Pour finir, la nature et la lourdeur des peines infligées sont des éléments importants dont il faut tenir compte pour évaluer la proportionnalité d'une atteinte à la liberté d'expression (voir *Ceylan c. Turquie* [GC], n° 23556/94, § 37, CEDH 1999-IV ; *Tammer c. Estonie*, n° 41205/98, § 69, CEDH 2001-I ; et *Skayka c. Pologne*, n° 43425/98, §§ 41-42, 27 mai 2003). La Cour note que les requérants n'ont pas été condamnés à une peine de prison même si une peine pouvant aller jusqu'à deux ans de prison est infligée en pareil cas. Trois d'entre eux ont été condamnés à des peines d'emprisonnement avec sursis et à des amendes allant de 200 à 2 000 euros environ et le quatrième requérant a été condamné à une mise à l'épreuve. La Cour estime que ces sanctions ne sont pas excessives au vu des circonstances.

59. Eu égard à ce qui précède, la Cour considère que la condamnation des requérants et les peines qui leur ont été infligées n'étaient pas disproportionnées par rapport au but légitime qu'elles poursuivaient, et que les motifs invoqués par la Cour suprême pour justifier ces mesures étaient pertinents et suffisants. Les autorités nationales pouvaient donc raisonnablement tenir l'ingérence dans l'exercice par les requérants de leur droit à la liberté d'expression pour nécessaire dans une société démocratique afin de protéger la réputation et les droits d'autrui.

60. Les éléments qui précèdent sont suffisants pour permettre à la Cour de conclure que l'application n'emporte pas violation de l'article 10 de la Convention. »

Section 3 – L'accès à l'emploi

En l'état actuel de la jurisprudence, la question de l'accès des personnes lesbiennes et gays à l'emploi a principalement concerné l'accès de ceux-ci au corps des forces armées. Cette question a été abordée sous l'angle de l'article 8. Elle traduit l'exigence d'étanchéité de la vie privée à l'égard de la vie professionnelle.

Le droit d'accès des lesbiennes et des gays au corps des forces armées

Le principe posé par l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett*

Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96

Les principaux faits

Duncan Lustig-Prean et John Beckett, citoyens britanniques nés en 1959 et 1970 résident respectivement à Londres et à Sheffield (Royaume-Uni). Jeanette Smith et Graeme Grady, citoyens britanniques nés en 1966 et 1963, habitent respectivement Edimbourg et Londres (Royaume-Uni).

Les requérants, qui à l'époque des faits appartenaient à l'armée britannique, sont tous les quatre homosexuels. Le ministère de la Défense applique une politique qui exclut les homosexuels de l'armée. Les intéressés firent l'objet d'une enquête de la police militaire à propos de leur homosexualité, qu'ils ont tous reconnue, puis d'une révocation administrative motivée uniquement par leur orientation sexuelle, conformément à cette politique du ministère de la Défense. Ils furent révoqués respectivement en janvier 1995, juillet 1993, novembre 1994 et décembre 1994. En novembre 1995, la Cour d'appel leur a refusé l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel.

La décision de la Cour

La Cour prononce la violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants.

« 62. Les requérants allèguent que les investigations menées sur leur homosexualité et leur révocation subséquente de la Royal Navy motivée uniquement par celle-ci, en application de la politique d'interdiction absolue des homosexuels dans l'armée britannique suivie par le ministère de la Défense, emportent violation de leur droit au respect de leur vie privée protégé par l'article 8 de la Convention. [...]

80. Une ingérence est considérée comme « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre un but légitime si elle répond à un besoin social impérieux et, en particulier, demeure proportionnée au but légitime poursuivi (arrêt Norris précité, p. 18, § 41).

Eu égard aux questions en jeu en l'espèce, la Cour souligne le lien entre la notion de « nécessité » et celle de « société démocratique », dont le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture constituent trois des caractéristiques (arrêts précités *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs* et *Gubi*, p. 17, § 36, et *Dudgeon*, p. 21, § 53).

81. La Cour reconnaît qu'il appartient aux autorités nationales de juger les premières de la nécessité de l'ingérence, bien qu'il revienne à la Cour de trancher la question de savoir si les motifs de l'ingérence étaient pertinents et suffisants. Les Etats contractants gardent dans le cadre de cette évaluation une marge d'appréciation qui dépend de la nature des activités en jeu et du but des restrictions (arrêt *Dudgeon* précité, pp. 21 et 23, §§ 52 et 59).

82. En conséquence, lorsque les restrictions dont il s'agit concernent « un aspect des plus intimes de la vie privée », il doit exister « des raisons particulièrement graves » pour que ces ingérences répondent aux exigences de l'article 8 § 2 de la Convention (arrêt *Dudgeon* précité, p. 21, § 52).

Lorsque le but de sécurité nationale poursuivi est substantiellement l'efficacité opérationnelle de l'armée, il est admis que chaque Etat a compétence pour organiser son système de discipline militaire et jouit en la matière d'une certaine marge d'appréciation (arrêt *Engel* et autres précité, p. 25, § 59). La Cour estime également que l'Etat peut imposer des restrictions au droit d'un individu au respect de sa vie privée là où existe une menace réelle pour l'efficacité opérationnelle des forces armées, le bon fonctionnement d'une armée ne se concevant guère sans des règles juridiques destinées à empêcher le personnel militaire de lui porter préjudice. Les autorités nationales ne peuvent toutefois pas s'appuyer sur de telles règles pour faire obstacle à l'exercice par les membres des forces armées de leur droit au respect de leur vie privée, lequel s'applique aux militaires comme aux autres personnes se trouvant sous la juridiction de l'Etat. En outre, les affirmations quant à l'existence d'un risque pour l'efficacité opérationnelle doivent être « étayées par des exemples concrets » (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts précités *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs* et *Gubi*, p. 17, §§ 36 et 38, et *Grigoriades*, pp. 2589-2590, § 45).

83. Il n'est pas contesté entre les parties que l'unique motivation des investigations et de la révocation des requérants était l'orientation sexuelle des intéressés. Considérant qu'un aspect des plus intimes de la vie privée était en jeu, des raisons particulièrement graves devaient justifier l'ingérence (§ 82 ci-dessus). En l'espèce, la Cour estime que les ingérences ont été particulièrement graves pour les raisons suivantes [...] »

[La Cour considère les enquêtes et en particulier les interrogatoires des requérants comme particulièrement indiscrets ; elle relève que la révocation administrative des intéressés a eu une profonde incidence sur leurs carrières et perspectives et elle juge frappant le caractère absolu et général de la politique, qui ne souffrait aucune exception. Elle estime donc que l'enquête menée sur les préférences sexuelles des requérants ainsi que la révocation de ceux-ci des forces armées s'analysent en des ingérences particulièrement graves dans le droit des intéressés au respect de leur vie privée].

« 87. Partant, la Cour doit rechercher si, compte tenu de la marge d'appréciation laissée à l'Etat en matière de sécurité nationale, il existait des raisons particulièrement solides et convaincantes justifiant les ingérences dans le droit des requérants au respect de leur vie privée.

88. L'argument principal du Gouvernement en faveur de la politique qu'il conduit consiste à dire que la présence au sein de l'armée de personnes ouvertement homosexuelles ou soupçonnées de l'être aurait un effet négatif très important sur le moral des troupes, et donc sur la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée. Le Gouvernement s'appuie à cet égard sur le rapport du GEPH, en particulier sur la partie F de celui-ci.

Tout en prenant acte de la complexité de l'étude entreprise par le GEPH, la Cour a certains doutes quant à la valeur de ce rapport en l'espèce. L'indépendance de l'évaluation exposée dans le rapport est sujette à caution, si l'on considère que les auteurs en sont des fonctionnaires du ministère de la Défense et des militaires et compte tenu de la perspective dans laquelle se situe cette politique, perspective que le ministère de la Défense définit dans sa circulaire d'août 1995 aux organes dirigeants de l'armée [et qui incite recueillir « des éléments en faveur de la politique actuelle »]¹⁰⁵. En outre, quelle que soit la lecture que l'on fasse du rapport et des méthodes utilisées, l'on constate que seule une très faible proportion du personnel militaire a participé à cette appréciation. Par ailleurs, les méthodes d'évaluation (y compris la consultation des personnes à l'origine de la politique au ministère de la Défense, les entretiens en tête-à-tête et les discussions de groupe) n'étaient, pour beaucoup d'entre elles, pas anonymes. Il apparaît également que de nombreuses questions dans l'étude sur les comportements induisaient des réponses favorables à la politique.

89. Quand bien même les points de vue exprimés au GEPH en la matière pourraient passer pour représentatifs, la Cour estime que les problèmes perçus dans le rapport du GEPH comme menaçant la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle de l'armée tenaient uniquement aux attitudes négatives des militaires hétérosexuels envers ceux ayant des préférences homosexuelles. La Cour observe à cet égard que cette politique ne traduit aucun jugement moral sur l'homosexualité, ce que confirme la déclaration de l'adjoint au chef du personnel des armées versée au dossier de l'affaire Perkins. Le Gouvernement reconnaît également que cette politique ne met en doute ni les états de service ni la conduite des requérants, ni les capacités physiques, le courage, la fiabilité et les aptitudes des homosexuels en général.

90. La question pour la Cour est de savoir si les attitudes négatives susmentionnées constituent une justification suffisante aux ingérences litigieuses.

La Cour remarque, sur la foi du rapport du GEPH, que ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d'expressions stéréotypées traduisant de l'hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer en soi comme une justification suffisante aux ingérences dans l'exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu'elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes.

91. Le Gouvernement souligne que les vues exprimées dans le rapport du GEPH ont servi à démontrer que tout changement de politique serait lourdement préjudiciable au moral et à l'efficacité opérationnelle. Les requérants estiment que ces affirmations sont dénuées de tout fondement.

92. La Cour relève le manque d'éléments concrets démontrant l'atteinte au moral et à la puissance de combat qu'un changement de politique occasionnerait. *Lord Justice Thorpe*, de la Cour d'appel, a estimé qu'il n'y avait aucune preuve concrète ou significative que la présence d'homosexuels dans l'armée causerait un tel préjudice. La Cour estime en outre que l'évaluation ultérieure du GEPH, quels qu'en soient les mérites, n'a pas établi qu'un tel préjudice surviendrait en cas de changement de politique. Compte tenu du nombre d'homosexuels révoqués entre 1991 et 1996, l'on ne saurait tenir pour insignifiant le nombre des homosexuels qui servaient dans l'armée à l'époque des faits. Même si l'absence de tels éléments de preuve peut s'expliquer par l'application constante de la politique, comme l'affirme le Gouvernement,

105. L'incise est un ajout par rapport au texte de l'arrêt.

cela ne suffit pas à convaincre la Cour qu'il faut s'attendre, à défaut de cette politique, à des problèmes de la nature et de l'acuité alléguées en ce qui concerne l'efficacité opérationnelle (arrêt *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi* précité, p. 17, § 38).

94. Les requérants soutiennent qu'un code de conduite strict applicable à l'ensemble du personnel militaire pallierait les difficultés que pourraient causer les attitudes négatives des hétérosexuels. Sans rejeter d'emblée cette possibilité, le Gouvernement souligne la nécessité d'être prudent, eu égard à l'objet et au contexte militaire de la politique, et précise que cette question est l'une des options que la prochaine commission parlementaire restreinte examinera en 2001.

95. La Cour estime important de relever en premier lieu la position déjà adoptée par l'armée s'agissant de la discrimination raciale et du harcèlement et des menaces à caractère racial et sexuel. Ainsi la directive de janvier 1996 a-t-elle imposé à chaque soldat un code de conduite strict, qui s'accompagne de règles disciplinaires visant à répondre à tout comportement ou toute conduite répréhensibles. Cette double approche se complète de brochures d'information et de programmes de formation, l'armée soulignant la nécessité d'être exemplaire quant à la conduite personnelle et au respect d'autrui.

Le Gouvernement fait néanmoins valoir que ce serait « le fait de connaître ou de soupçonner l'homosexualité » qui nuirait au moral et non la conduite des intéressés, de sorte qu'un code de conduite ne lèverait pas les difficultés redoutées. Toutefois, dans la mesure où les attitudes négatives envers les homosexuels ne suffisent pas en soi à légitimer la politique (§ 90 ci-dessus), elles sont également insuffisantes pour justifier le rejet d'une solution de rechange. Quoi qu'il en soit, le Gouvernement a lui-même reconnu à l'audience que le choix entre le code de conduite et le maintien de la politique était au cœur de la décision à prendre en l'espèce. Cette position est également cohérente avec le fait que le Gouvernement se fonde directement sur la partie F du rapport du GEPH, selon laquelle les problèmes redoutés et perçus comme un risque pour le moral étaient presque exclusivement liés au comportement et à la conduite.

96. Le Gouvernement signale les problèmes particuliers que peuvent occasionner les modes de logement collectif à l'armée. Des observations circonstanciées ont été faites pendant l'audience, les parties étant en désaccord quant aux conséquences éventuelles du partage par des personnes du même sexe de logements et d'autres services.

La Cour relève que le GEPH lui-même a conclu qu'il ne serait ni justifié ni raisonnable de prévoir des logements séparés pour les homosexuels et qu'il serait donc inutile d'exposer des frais importants à cet effet. Elle continue néanmoins de penser qu'il n'a pas été démontré que les codes de conduite et règles disciplinaires évoqués ci-dessus ne pourraient correctement régler les questions de comportement de la part d'homosexuels ou d'hétérosexuels.

97. Invoquant l'analyse exposée dans le rapport du GEPH sur ce point, le Gouvernement avance en outre qu'on ne peut tirer aucune leçon utile des changements juridiques relativement récents intervenus dans les armées étrangères qui admettent désormais les homosexuels. La Cour ne partage pas cet avis. Elle prend acte des éléments produits devant les juridictions internes dont il ressort que les pays européens qui interdisent légalement et de manière générale les homosexuels dans leurs forces armées représentent désormais une petite minorité. Elle estime qu'elle ne peut faire abstraction d'idées qui, si elles sont relativement récentes, ne cessent de se répandre et d'évoluer, ni des changements juridiques qu'elles entraînent dans le droit interne des Etats contractants (arrêt *Dudgeon* précité, pp. 23-24, § 60).

98. Partant, la Cour conclut que le Gouvernement n'a pas donné des raisons convaincantes et solides pour justifier la politique à l'encontre des homosexuels au sein de l'armée ni, en conséquence, la révocation subséquente des requérants.

99. Si la révocation des requérants a découlé automatiquement de leur homosexualité, la Cour estime que la justification des investigations menées sur l'homosexualité des intéressés appelle un examen séparé, en ce que ces investigations ont continué après que les requérants eurent sans tarder et expressément reconnu être homosexuels.

100. Le Gouvernement soutient que les investigations, y compris les interrogatoires et les fouilles, sont nécessaires afin de repérer ceux qui se prétendent faussement homosexuels pour bénéficier d'une révocation administrative des forces armées. Le Gouvernement cite cinq exemples d'individus servant dans l'armée qui ont formulé assez récemment de fausses affirmations de ce type afin d'être révoqués. Toutefois, il était et il est toujours clair, de l'avis de la Cour, qu'à l'époque des faits, tant M. Lustig-Prean que M. Beckett souhaitaient rester dans la marine. Dès lors, la Cour ne voit pas comment le risque de fausses affirmations d'homosexualité pourrait, dans le cas des requérants en l'espèce, légitimer en quoi que ce soit la poursuite des interrogatoires.

101. Le Gouvernement prétend en outre que les préoccupations en matière de santé, de sécurité et de discipline mises en avant par le GEPH justifiaient de poser certaines questions aux requérants. La Cour relève toutefois que le rapport du GEPH conclut que les problèmes de sécurité concernant les personnes soupçonnées d'être homosexuelles ne résistaient pas, en tant que raison visant à défendre le maintien de la politique, à un examen approfondi. C'est pourquoi la Cour n'est pas convaincue que le risque de chantage, qui est le principal motif de sécurité allégué par le Gouvernement, justifiait de harceler de questions les deux requérants. De même, la Cour estime que les risques cliniques (qui, au demeurant, ont été pour une large part écartés par le GEPH comme justification du maintien de la politique) n'expliquaient pas l'ampleur de l'interrogatoire des requérants. Par ailleurs, aucun problème de discipline ne se posait dans le cas de l'un ou l'autre des intéressés.

102. Invoquant les avertissements donnés aux requérants au début de leur interrogatoire, le Gouvernement affirme en outre que les intéressés n'étaient pas tenus d'y participer. De plus, on a demandé à M. Beckett de consentir à la perquisition de son armoire. La Cour estime néanmoins que les requérants n'avaient pas vraiment d'autre choix que de coopérer à cette procédure. Les interrogatoires représentaient manifestement une partie importante et incontournable de la procédure d'investigation destinée à vérifier, en respectant « des exigences sévères en matière de preuves », les préférences sexuelles des requérants. La Cour est convaincue que si les requérants ne s'étaient pas montrés coopératifs au cours de la procédure d'interrogatoire et si M. Beckett n'avait pas donné son consentement à la perquisition, les autorités auraient entrepris de vérifier les soupçons d'homosexualité pesant sur eux par d'autres moyens probablement moins discrets. Cela a d'ailleurs été expliqué clairement, et à plusieurs reprises au cours de son interrogatoire, à M. Lustig-Prean, qui a déclaré souhaiter que la procédure demeurât aussi discrète que possible.

104. En un mot, la Cour estime que ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense ne se justifiaient au regard de l'article 8 § 2 de la Convention.

105. Partant, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention. »

Les applications jurisprudentielles

Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999

Tout comme dans l'arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, l'arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, rendu le même jour, la Cour y adopte le même raisonnement et parvient à la même conclusion quant à la violation de l'article 8. Dans cette seconde affaire également, les requérants, Jeanette Smith et Graeme Grady, appartenaient à l'armée britannique, firent l'objet d'une enquête de la police militaire à propos de leur homosexualité, puis d'une révocation administrative motivée uniquement par leur orientation sexuelle, et se virent refuser par la Cour d'appel l'autorisation de solliciter un contrôle juridictionnel.

L'arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni* se distingue néanmoins par le fait que les requérants alléguèrent, outre la violation l'article 8, celle de l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention : *voir infra*.

Perkins et R. c. Royaume Uni, 22 octobre 2002, n° 43208/98 et 44875/98 ; Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni, 22 octobre 2002, n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99.

Terence Perkins et Mme R. sont respectivement nés en 1969 et 1972 et vivent à Londres et dans le Surrey. John Beck, Howard Copp et Kevin Bazeley sont respectivement nés en 1959, 1957 et 1967 et résident dans les comtés du Lancashire, de Tyne et Wear et de Worcester. De nationalité britannique, tous les requérants ont été révoqués de l'armée britannique en raison de leur orientation sexuelle.

M. Perkins entra en 1991 dans la Royal Navy comme assistant médical. A l'époque de sa révocation, il était assistant médical en chef. Les appréciations portées sur lui indiquaient qu'il méritait une promotion et ses supérieurs avaient une « très bonne » opinion de lui. Il avoua son homosexualité lors d'un interrogatoire après que les autorités de la Royal Navy eurent reçu des informations concernant son orientation sexuelle.

Mme R. entra dans la Royal Navy en 1990 et suivit une formation d'opérateur radio. En 1992, elle réussit un examen professionnel pour devenir opérateur radio « de première classe » et ses supérieurs avaient une « très bonne » opinion d'elle. Une collègue à qui elle avait confié avoir eu une brève relation lesbienne avec une civile transmit cette information aux autorités. Elle fut alors interrogée puis révoquée de l'armée.

M. Beck s'engagea dans la Royal Air Force (RAF) en 1976. A l'époque de sa révocation, il était analyste de systèmes de communications, avec le grade de sergent. Son comportement était jugé exemplaire et ses supérieurs

recommandaient qu'il bénéficie d'une promotion. Il déclara qu'il était un célibataire gay en 1993 alors qu'il étudiait la théologie et envisageait l'ordination.

M. Copp entra dans le corps médical de l'armée (Army Medical Corps) en 1978. A l'époque de sa révocation, il était soldat de deuxième classe et suivait une formation pour devenir infirmier. Un rapport établi en 1982 recommandait qu'il soit promu. Alors qu'il devait être affecté en Allemagne en 1981, il révéla son orientation sexuelle afin de ne pas être séparé de son partenaire, un civil.

M. Bazeley entra dans la RAF en 1985. A l'époque de sa révocation, il avait le grade de capitaine de l'armée de l'air et était considéré comme ayant un bon potentiel. Il avoua son homosexualité lors d'un interrogatoire faisant suite à la découverte dans son portefeuille de cartes de membre de deux clubs homosexuels établies à son nom.

Le 24 janvier 1996, M. Perkins demanda à la High Court de procéder à un contrôle juridictionnel au motif que la politique du ministère de la Défense était « irrationnelle » et contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et à la directive de l'Union européenne sur l'égalité de traitement (76/207/CEE). La High Court soumit une question à la Cour de justice des Communautés européennes, qui jugea que la directive ne s'appliquait pas à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La High Court retira sa question et refusa l'autorisation de la saisir. A la suite de cette décision, MM. Beck, Copp et Bazeley et Mme R. retirèrent les plaintes qu'ils avaient déposées devant un tribunal du travail pour révocation injuste et discrimination sexuelle.

Les requérants allèguent tous que l'enquête sur leur sexualité et leur révocation en raison de l'interdiction totale faite à l'époque aux homosexuels de servir dans l'armée ont emporté violation de leurs droits garantis par les articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention. Dans l'affaire Beck, Copp et Bazeley, les requérants invoquent également les articles 3 (interdiction des traitements dégradants) et 13 (droit à un recours effectif).

Jugeant qu'il n'existe pas de différence pertinente entre ces deux affaires et les affaires Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni et Smith et Grady c. Royaume-Uni, la Cour dit à l'unanimité dans les deux affaires, qu'il y a eu violation de l'article 8 à l'égard de chaque requérant et qu'aucune question distincte ne se pose sous l'angle de l'article 14.

Section 4 – L'accès au logement

Le droit à la transmission d'un contrat de bail entre partenaires d'un couple de même sexe après le décès de l'un d'eux

Pendant longtemps, en application de la jurisprudence de la Commission, la Convention européenne des droits de l'homme ne faisait pas obstacle à l'expulsion, du domicile de son partenaire défunt, du membre d'un couple homosexuel resté seul suite au décès de son compagnon et dépourvu de titre légal pour demeurer dans ledit domicile. Cette jurisprudence a pris fin avec l'arrêt *Karner c. Autriche* du 24 juillet 2003 : celui-ci sanctionne en effet la législation autrichienne qui permettait une telle expulsion du partenaire homosexuel survivant, contrairement au régime juridique applicable au couple hétérosexuel.

Le principe posé par l'arrêt *Karner*

***Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, n° 40016/98**

Dans cette affaire, la Cour a en effet jugé que la différence de traitement entre les personnes appartenant à un couple de même sexe et celles appartenant à un couple de sexe opposé, quant à la transmission du bail en cas de décès du partenaire titulaire du bail introduit – dans la jouissance du droit au respect du domicile – une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec son article 8.

Les principaux faits

Ressortissant autrichien, Siegmund Karner était né en 1955 et résidait à Vienne. Il décéda le 26 septembre 2000. Son avocat informa la Cour que la mère de l'intéressé avait renoncé à la succession. Il avisa par la suite la Cour que le notaire chargé de la succession de M. Karner avait commencé à rechercher les héritiers éventuels de celui-ci.

M. Karner vivait depuis 1989 avec son compagnon dans un appartement que ce dernier avait loué un an auparavant. Ils partageaient toutes les dépenses afférentes à l'appartement. En 1991, le compagnon de M. Karner

découvert qu'il était contaminé par le virus du sida. En 1993, lorsqu'il déclara la maladie, M. Karner le soigna. En 1994, il décéda après avoir désigné M. Karner comme son successeur.

En 1995, le propriétaire de l'appartement engagea contre M. Karner une procédure en résiliation du bail. Le tribunal de district le débouta, estimant que le droit légal des membres de la famille à la transmission d'un bail s'appliquait également aux couples de même sexe. Cette décision fut confirmée par le tribunal régional, mais cassée le 5 décembre 1996 par la Cour suprême, laquelle estima que la notion de « compagnon » devait s'interpréter de la façon dont elle l'avait été au moment de l'adoption de la loi et que l'intention du législateur en 1974 n'avait pas été d'inclure les couples de même sexe.

La décision de la Cour

La Cour prononce la violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants.

« 29. Le requérant se prétendait victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle en ce que, dans sa décision du 5 décembre 1996, la Cour suprême avait refusé de lui reconnaître le statut de « compagnon de vie » du défunt M. W., au sens de l'article 14 de la loi sur les loyers, l'empêchant ainsi d'avoir droit à la transmission du bail que M. W. avait contracté. Il invoquait l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. [...]

33. La Cour doit examiner si l'objet de l'affaire relève de l'article 8. Elle n'estime pas nécessaire de définir les notions de « vie privée » ou de « vie familiale » puisque, en tout état de cause, le grief exprimé par le requérant concerne la manière dont la différence de traitement alléguée portait atteinte à la jouissance du droit au respect de son domicile, garanti par l'article 8 de la Convention (*Larkos c. Chypre* [GC], n° 29515/95, § 28, CEDH 1999-I). Le requérant vivait dans l'appartement loué à M. W. et, si elles n'avaient pas tenu compte de son sexe – plus précisément de son orientation sexuelle –, les juridictions auraient pu lui reconnaître le statut de compagnon de vie aux fins de l'article 14 de la loi sur les loyers, ce qui lui aurait donné droit à la transmission du bail. Partant, l'article 14 de la Convention s'applique.

34. Le requérant avançait que l'article 14 de la loi sur les loyers avait pour objet de garantir aux cohabitants survivants une protection sociale et financière afin qu'ils ne se retrouvent pas sans domicile, mais ne relevait ni de la politique familiale ni de la politique sociale. Dès lors, rien ne justifiait selon lui que les partenaires homosexuels et les partenaires hétérosexuels fussent traités différemment. L'intéressé aurait donc été victime d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle.

35. Le Gouvernement reconnaît qu'en ce qui concerne la transmission du bail le requérant a été traité différemment en raison de son orientation sexuelle. Il soutient que cette différence de traitement trouvait une justification objective et raisonnable, la disposition en cause de la loi sur les loyers tendant à la protection de la famille traditionnelle.

36. L'ILGA-Europe, Liberty et Stonewall expliquent en leur qualité de tiers intervenants qu'une justification solide est exigée lorsqu'une discrimination est motivée par le sexe ou l'orientation sexuelle. Ils soulignent qu'un nombre croissant de juridictions nationales, en Europe et dans d'autres sociétés démocratiques, exigent que les partenaires non mariés de sexe différent et les partenaires non mariés du même sexe soient traités de façon identique. Ils ajoutent que ce point de vue est conforté par des recommandations et normes des institutions européennes, comme le Protocole n° 12 à la Convention, des textes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (Recommandations 1470 (2000) et 1474 (2000)), du Parlement européen (Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne, JO C 61 du 28 février 1994, p. 40 ; Résolution sur le respect des droits de l'homme dans l'Union européenne 1998-1999, A5-0050/00, § 57, 16 mars 2000) et du Conseil de l'Union européenne (Directive 2000/78/EC, JO L 303/16, 27 novembre 2000).

37. La Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire au regard de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Petrovic*, précité, p. 586, § 30). [...] Comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Smith et Grady*, précité, § 90 ; *S.L. c. Autriche*, précité, § 37).

38. En l'espèce, le requérant avait invoqué, après le décès de M. W., le droit prévu à l'article 14 § 3 de la loi sur les loyers, en vertu duquel il pouvait, selon lui, prétendre en tant que partenaire survivant à la transmission du bail. Le tribunal de première instance rejeta l'action intentée par le propriétaire qui souhaitait mettre fin au bail puis le tribunal régional de Vienne débouta le propriétaire en appel, en

déclarant que la disposition concernée protégeait les personnes qui avaient vécu longtemps ensemble sans être mariées afin qu'elles ne se retrouvent pas soudainement sans domicile, et s'appliquait aussi bien aux homosexuels qu'aux hétérosexuels.

39. La Cour suprême, qui a en dernier ressort donné gain de cause au propriétaire désireux de mettre fin au bail, n'a pas expliqué dans ses motifs que des raisons importantes justifiaient que seuls les membres d'un couple hétérosexuel pussent avoir droit à la transmission d'un bail. Elle a dit que, en adoptant en 1974 l'article 14 § 3 de la loi sur les loyers, le législateur ne prévoyait pas d'en étendre la protection aux couples composés de personnes du même sexe. Le Gouvernement soutient aujourd'hui que le but de la disposition en cause était la protection de la cellule familiale traditionnelle.

40. La Cour est prête à reconnaître que la protection de la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe une raison importante et légitime qui pourrait justifier une différence de traitement (*Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, CEDH 2001-VI, avec d'autres références). Il reste à examiner si, dans les circonstances de l'espèce, le principe de proportionnalité a été respecté.

41. Le but consistant à protéger la famille au sens traditionnel du terme est assez abstrait et une grande variété de mesures concrètes peuvent être utilisées pour le réaliser. Lorsque la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit – en l'espèce l'article 14 de la loi sur les loyers. La Cour constate que le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments qui permettraient d'aboutir à une telle conclusion.

42. En conséquence, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fait état de motifs convaincants et solides pouvant justifier une interprétation étroite de l'article 14 § 3 de la loi sur les loyers qui prive le partenaire survivant d'un couple composé de personnes du même sexe de la possibilité d'invoquer cette disposition.

43. Il y a donc eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. »

Les applications jurisprudentielles

Kozak c. Pologne, 2 mars 2010, n° 13102/02

Les principaux faits

Le requérant, Piotr Kozak, est un ressortissant polonais né en 1951 et résidant à Szczecin (Pologne). Pendant plusieurs années, il vécut avec son compagnon, avec qui il entretenait une relation homosexuelle, dans un appartement de la commune dont son compagnon était locataire. Après le décès de celui-ci en avril 1998, il demanda à la commune le droit de reprendre le bail. Le service des bâtiments communaux lui opposa un refus en juin 1998, soutenant qu'il n'avait pas vécu dans l'appartement avant le décès de son compagnon, et lui ordonna de déménager.

Alors que la procédure d'expulsion dirigée contre le requérant était encore pendante, celui-ci engagea en 2000 contre la municipalité une action en vue de se voir reconnaître le droit à la transmission du bail. Se fondant sur la loi sur le logement alors en vigueur, il soutint qu'il avait droit à la transmission, étant donné qu'il avait vécu dans le même foyer que son compagnon pendant plusieurs années et donc en concubinage avec lui. Le tribunal de district rejeta la demande, déclarant en particulier que le droit polonais ne reconnaissait que le concubinage entre deux personnes de sexe opposé. Le tribunal régional confirma le jugement en appel en juin 2001.

Le tribunal régional ne fit pas droit à la demande du requérant qui l'invitait à poser à la Cour suprême une question de droit concernant le point de savoir si la clause du « concubinage » devait s'interpréter comme s'étendant également aux personnes vivant une relation homosexuelle. Il ne demanda pas non plus à la Cour constitutionnelle de dire si cette clause, interprétée comme s'étendant uniquement à des partenaires hétérosexuels, était compatible avec la Constitution polonaise et la Convention.

Invoquant en particulier les articles 8 et 14 de la Convention, le requérant se plaignait d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle en ce que les tribunaux polonais avaient refusé de lui reconnaître le droit à la transmission d'un bail après le décès de son compagnon.

La décision de la Cour

A l'instar du gouvernement polonais, la Cour juge contradictoires certaines déclarations faites par le requérant devant les juridictions et les autorités internes à propos de la nature et de la durée de sa relation avec son compagnon ainsi que de leur vie commune dans l'appartement de ce dernier. Toutefois, il ne lui appartient pas de dire laquelle des juridictions du fond a correctement établi les faits. Elle doit limiter son examen à la procédure en cause concernant la transmission du bail au requérant.

La Cour observe qu'en recherchant si le requérant remplissait les conditions posées par la loi sur le logement les juridictions internes ont essentiellement tenu compte de la relation homosexuelle de l'intéressé avec son compagnon. Si le tribunal de district a en outre exprimé des doutes sur le point de savoir si le requérant avait vécu dans l'appartement à l'époque considérée, les deux juridictions ont rejeté la demande de l'intéressé au motif qu'en droit polonais seule une relation entre une femme et un homme remplissait les conditions requises aux fins de la clause de concubinage.

Le motif de la différence de traitement du requérant étant identifié, à savoir l'orientation sexuelle, reste à savoir si cette distinction possède ou non un caractère discriminatoire. A cette fin la Cour examine les points suivants.

« 98. Il reste à la Cour à déterminer si les autorités polonaises peuvent être considérées comme ayant donné « une justification objective et raisonnable » à la distinction de la loi attaquée entre partenaires de même sexe et partenaires de sexe différent, c'est-à-dire si cette mesure poursuivait un « but légitime » et maintenait « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir le § 91 ci-dessus).

Il ressort des motifs donnés par le tribunal régional que l'objectif essentiel de la différence de traitement était d'assurer la protection de la famille fondée sur l'« union d'un homme et d'une femme », comme indiqué à l'article 18 de la Constitution polonaise (voir les §§ 38 et 44 ci-dessus). La Cour estime que la protection de la famille au sens traditionnel est en principe une raison légitime et de poids qui pourrait justifier une différence de traitement (voir *Karner*, arrêt précité, § 40, avec les références qui s'y trouvent citées).

Cela étant, pour atteindre ce but, diverses mesures pourraient être prises par l'Etat (ibidem). Etant donné également que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles (voir l'arrêt *E.B.* précité, § 92), l'Etat, dans son choix de moyens destinés à protéger la famille et à assurer, conformément à l'article 8, le respect de la vie familiale, doit nécessairement tenir compte de l'évolution de la société et des changements de perception de l'état social et civil ainsi que des questions relationnelles, y compris du fait qu'il n'existe pas simplement une seule façon de mener sa vie familiale ou privée ni un seul choix en la matière.

99. Rechercher un équilibre entre la protection de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles garantis par la Convention est, par essence, un exercice difficile et délicat qui peut exiger de l'Etat qu'il concilie des points de vue et des intérêts contradictoires perçus par les parties concernées comme une opposition fondamentale. Compte tenu cependant de l'étroite marge d'appréciation dont dispose l'Etat pour adopter des mesures conduisant à une différence fondée sur l'orientation sexuelle (voir le § 92 ci-dessus), l'interdiction générale faite aux personnes vivant une relation homosexuelle de reprendre un bail ne peut être acceptée par la Cour comme nécessaire pour protéger la famille au sens traditionnel (voir l'arrêt *Karner* précité, § 41). Le Gouvernement polonais n'a pas non plus fait état de motifs convaincants et solides pouvant justifier la différence de traitement des partenaires hétérosexuels et des partenaires homosexuels à l'époque des faits. De plus, le fait que la disposition qui a remplacé peu de temps après l'article 8(1) ait supprimé la différence entre la cohabitation « conjugale » et les autres formes de cohabitation (voir les §§ 40 et 41 ci-dessus) confirme qu'aucun de ces motifs ne saurait maintenir la règle antérieure.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime qu'en déboutant le requérant pour des motifs liés au caractère homosexuel de sa relation avec T.B., les autorités polonaises n'avaient pas maintenu un rapport raisonnable de proportionnalité entre le but visé et les moyens employés. La distinction mise en cause n'était donc pas compatible avec les dispositions de la Convention.

La Cour rejette en conséquence l'exception du gouvernement relative à la qualité de victime du requérant et dit qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. »

Section 5 – L'accès aux services

§ 1 – Le droit à bénéficier d'une extension de couverture d'une assurance maladie entre partenaires d'un couple de même sexe

Il résulte de l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* du 22 juillet 2010 que si le droit interne d'un Etat contractant autorise l'extension de couverture d'une assurance particulière entre partenaires d'un couple hétérosexuel, il doit également l'autoriser entre partenaires d'un couple homosexuel. Le concubin homosexuel bénéficie, à l'identique d'un concubin hétérosexuel, des éventuelles extensions de couverture d'assurance maladie et accidents prévues par une police d'assurance. Les assureurs doivent donc traiter, de manière identique, les couples homosexuels et les couples hétérosexuels.

On remarque que, dans cette affaire, la Cour applique l'article 14 à une législation qui régit des relations de droit privé : l'auteur de la distinction dénoncée étant en l'occurrence une personne privée (la compagnie d'assurance). Le principe de non-discrimination garanti par la Convention bénéficie d'un effet dit « horizontal », entre personnes privées (l'assureur et les assurés)¹⁰⁶.

P.B. et J.S. c. Autriche, 22 juillet 2010, n° 18984/02

Les principaux faits

Les requérants, P.B., un ressortissant hongrois, et J.S., un ressortissant autrichien, sont nés respectivement en 1963 et 1959. Ils sont homosexuels et vivent en couple à Vienne. L'affaire porte sur l'impossibilité dans laquelle les met la législation autrichienne d'élargir au premier l'assurance maladie et accidents du second.

J.S. est fonctionnaire tandis que P.B., qui n'occupe pas d'emploi rémunéré, s'occupe du foyer. En juillet 1997, P.B. demanda à l'autorité s'occupant de l'assurance des fonctionnaires (*Versicherungsanstalt Öffentlicher Bediensteter*, ci-après *CS/C*) de le reconnaître comme étant à charge de J.S. et de le faire bénéficier à ce titre de l'assurance maladie et accidents de celui-ci. Cette autorité rejeta la demande en janvier 1998 au motif que la clause pertinente de la loi sur l'assurance maladie et accidents des fonctionnaires (l'article 56-6 du *Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz*, ci-après *CSSAIA*) disposait que seuls un proche parent du titulaire de l'assurance ou une personne du sexe opposé cohabitant avec celui-ci pouvaient être considérés comme personnes à charge. Le tribunal administratif rejeta en octobre 2001 le recours formé par P.B. contre la décision précitée, arguant que ce n'est que lorsque deux personnes de sexe opposé vivent ensemble et que l'une d'elles s'occupe du foyer sans avoir de travail rémunéré que l'on peut dire qu'elles vivent en concubinage, ce qui n'est pas le cas de deux personnes du même sexe vivant sous le même toit.

Un amendement à la loi sur l'assurance entré en vigueur en août 2006 créa la possibilité pour un concubin du même sexe d'être considéré comme personne à charge s'il élevait des enfants ou donnait des soins au sein du foyer. Cette condition n'était pas applicable aux couples hétérosexuels. Un autre amendement à la loi entra en vigueur en juillet 2007 : les concubins de sexe opposé n'étaient plus autorisés à passer pour personne à charge s'ils n'élevaient pas d'enfants ou ne dispensaient pas de soins au sein du foyer. La loi amendée prévoyait une disposition transitoire pour les personnes bénéficiant jusque-là d'une extension de couverture.

Invoquant l'article 14 combiné avec l'article 8, les requérants se plaignaient que la décision du tribunal administratif avait opéré à leur encontre une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle.

La décision de la Cour

Distinguant différentes périodes en fonction des diverses modifications de la législation pertinente, la Cour prononce la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 pour la période antérieure au 1er juillet 2007 (et retient la non-violation à partir de cette date). Son raisonnement est le suivant.

« 39. Pour savoir si la différence de traitement dont se plaignaient les requérants avait une justification objective et raisonnable, la Cour examinera chacune de ces périodes séparément.

(a) Première période : jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 56(6a) de la CSSAIA, le 1^{er} août 2006

¹⁰⁶ Cette application du principe de non-discrimination est cependant, indirecte, en ce sens qu'il trouve à s'appliquer uniquement parce que le conflit entre assureur et assurés a été porté devant les juridictions internes faisant application de la législation en vigueur à cet égard. Sur cette base la Cour s'est déclarée compétente pour examiner l'incidence des dites décisions juridictionnelles et législations pertinentes sur le droit à ne pas subir de discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie privée et de la vie de famille.

40. La Cour note que le 1^{er} juillet 1997, le premier requérant a demandé à la CSIC de le reconnaître comme personne à charge du deuxième requérant et de le faire bénéficier de l'assurance maladie et accidents de celui-ci. Le 2 septembre 1997, la CSIC a rejeté la demande affirmant qu'étant du même sexe que le deuxième requérant, le premier requérant ne remplissait pas les conditions requises pour être qualifié de personne à charge au sens de l'article 56(6) de la CSSAIA. Elle n'acceptait pas l'argument du requérant selon lequel l'article 56(6) devait être interprété de manière à inclure également les relations homosexuelles. Les instances d'appel ont aussi réfuté cet argument. Dans sa décision du 4 octobre 2001, le tribunal administratif a estimé que l'exclusion de l'union liant deux personnes homosexuelles du champ d'application de l'article 56(6) de la CSSAIA était aussi conforme au principe d'égalité, car cette différence de traitement se justifiait. Il affirmait que s'il était vrai que lorsque deux personnes de sexe opposé vivaient ensemble et que l'une d'elle s'occupait du foyer sans avoir d'emploi rémunéré, on pouvait, en règle générale, dire qu'elles vivaient en concubinage, ce n'était pas le cas de deux personnes du même sexe vivant sous le même toit. Faute de pouvoir enregistrer une union homosexuelle, il faudrait s'intéresser, ce qui était délicat, à la sphère la plus intime de la personne concernée. Cette différence de situation concrète justifiait des distinctions de traitement juridique.

41. La Cour fait en outre observer que le gouvernement n'a pas justifié la différence de traitement dont les requérants ont fait l'objet ni celle subie par des concubins de sexe opposé.

42. La Cour réaffirme que dans l'affaire *Karner c. Autriche*, qui présente certaines similitudes avec l'affaire présente, elle a estimé que lorsque la marge d'appréciation laissée aux Etats membres était étroite, comme dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes, en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle, du champ d'application d'une disposition particulière de la loi (voir *Karner*, arrêt précité, § 41). Elle ne considère toutefois pas que le gouvernement ou les juridictions nationales ont avancé des arguments permettant de dégager une telle conclusion.

En conséquence, l'article 14, combiné avec l'article 8, a été violé eu égard à la période en question.

(b) Deuxième période : de l'entrée en vigueur de l'article 56(6a) de la CSSAIA le 1^{er} août 2006 à celle de l'article 56(6) et (6a) modifié de la CSSAIA le 30 juin 2007

43. La Cour estime que le caractère discriminatoire de la CSSAIA établi ci-dessus est demeuré après le premier amendement, car les couples hétérosexuels non mariés avaient droit à un traitement préférentiel alors que les couples non mariés ayant la même orientation sexuelle, quelle qu'elle soit, n'y avaient droit que s'ils élevaient des enfants ensemble. Même si la situation s'est améliorée en raison de cet amendement étant donné que les couples homosexuels n'étaient plus, en principe, exclus du champ d'application de l'article 56 de la CSSAIA, une différence importante de traitement subsistait sans que le gouvernement n'ait avancé de justification suffisante.

44. En conséquence, il y a aussi eu violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, pendant cette période.

(c) Troisième période : après l'entrée en vigueur de l'article 56(6) et (6a) modifié de la CSSAIA le 1^{er} juillet 2007

45. La Cour observe que la nouvelle version modifiée de la CSSAIA en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2007 omettait de faire expressément référence aux partenaires de sexe opposé à l'article 56(6a) et restreignait le champ d'application de l'article 56(6) aux parents. Cet article est donc formulé de manière neutre en ce qui concerne l'orientation sexuelle des concubins.

46. Les requérants affirmaient qu'à la suite de l'amendement susmentionné, la situation juridique demeurait discriminatoire, car il était devenu plus difficile d'élargir la couverture d'assurance maladie et accidents compte tenu des conditions supplémentaires qui avaient été fixées que tous les couples, et en particulier les requérants, ne remplissaient pas. Ils étaient aussi victimes de discrimination, car les personnes auxquelles la couverture d'assurance avait été étendue avant l'entrée en vigueur de l'amendement continuaient de bénéficier de cette extension.

47. En ce qui concerne le premier argument des requérants, la Cour relève que l'article 14 de la Convention garantit un droit à l'égalité de traitement uniquement aux personnes se trouvant dans des situations à peu près similaires, mais ne garantit pas l'accès à des prestations données. Elle fait en outre observer que la condition à laquelle les requérants renvoient, l'éducation d'enfants dans un foyer commun, est formulée de manière neutre et que les requérants n'ont pas avancé l'argument selon lequel les homosexuels ne peuvent avoir la garde d'enfants en application de la législation autrichienne.

48. Pour ce qui est du deuxième argument des requérants, la Cour fait observer que conformément à la disposition transitoire de l'article 217 de la CSSAIA, l'application continue de l'article 56(6a) est restreinte aux personnes ayant dépassé un certain âge lorsque les circonstances applicables demeurent les mêmes et concerne aussi celles qui n'auront pas atteint la limite d'âge au 31 décembre 2010. La Cour estime qu'accorder suffisamment de temps aux personnes qui avaient, dans le passé, droit à une prestation donnée en application de la loi en vigueur à ce moment-là pour qu'elles s'adaptent à l'évolution de la situation n'est pas incompatible avec les exigences de l'article 14.

49. Dans ce contexte, la Cour prend note de sa jurisprudence conformément à laquelle le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui est nécessairement inhérent à la Convention, peut dispenser les Etats de remettre en cause les actes juridiques ou les situations antérieures aux arrêts dans lesquels elle déclare la législation interne incompatible avec la Convention. Les mêmes considérations s'appliquent lorsqu'une Cour constitutionnelle annule une loi interne qu'elle considère contraire à la Constitution (voir l'arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 58, série A n° 31). Compte tenu du principe de la sécurité des relations juridiques, il a aussi été admis qu'une Cour constitutionnelle pouvait fixer un délai au législateur pour qu'il adopte une nouvelle loi permettant de continuer à appliquer une disposition contraire à la Constitution pendant une période de transition (voir les arrêts *Walden c. Liechtenstein* (déc.), n° 33916/96, 16 mars 2000 ; et *J.R. c. Allemagne* (dec.), n° 22651/93, Décisions et rapports 83-A).

50. La Cour considère en conséquence qu'à partir du 1^{er} juillet 2007 les requérants n'ont plus fait l'objet d'une différence de traitement injustifiée en ce qui concernait l'extension de la couverture d'assurance maladie et accidents au deuxième requérant. Il n'y avait donc pas eu de violation de l'article 14, combiné avec l'article 8, eu égard à cette période. »

§ 2 – La protection à l'encontre du refus de la part d'autrui de délivrer un service à un couple de même sexe

Dans la jurisprudence de la Cour qui va être examinée ici, la protection apportée par la Convention aux personnes LGBT, et notamment aux personnes gays et lesbiennes, ne résulte pas d'un droit qui leur est directement reconnu, comme dans la plupart des cas exposés précédemment ; la protection est ici seulement indirecte en ce sens qu'elle découle de la limitation apportée par les Etats aux droits d'autrui et, plus exactement, à la liberté de manifester sa religion sur son lieu de travail. En clair, les Etats membres peuvent restreindre la liberté de religion des salariés qui l'invoqueraient pour refuser d'accomplir certaines tâches tenant à leur emploi au motif qu'elles impliqueraient, selon eux, une acceptation de l'homosexualité et seraient de ce fait contraires à leurs convictions religieuses déclarées. Plus précisément, le droit interne des Etats peut autoriser un employeur à engager des procédures disciplinaires et de licenciement à l'encontre d'employés refusant de délivrer des services à des personnes gays ou lesbiennes.

Il importe de relever qu'une telle prérogative s'inscrit ici – selon les précisions apportées par la Cour – dans la marge d'appréciation laissée aux Etats dans la mise en balance du droit de manifester sa religion d'un côté et, de l'autre, le droit d'autrui, c'est-à-dire le droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁰⁷.

Cette protection indirecte des personnes LGBT de pouvoir accéder librement à des services découle d'un arrêt du 15 janvier 2013 concernant quatre requêtes jointes émanant de ressortissants britanniques (Mme Eweida, Mme Chaplin, Mme Ladele et M. McFarlane). Seules les requêtes n° 51671/10, *Ladele c. Royaume-Uni*, et n° 51671/10, *McFarlane c. Royaume-Uni*, portaient sur la question du refus de délivrer un service. Il est intéressant de noter que le service est délivré dans le cadre d'une activité publique dans le premier cas, et dans le cadre d'une activité privée, dans le second cas.

***Ladele c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, n° 51671/10 (arrêt rendu dans l'affaire dite *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, 15 janvier 2013, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10).**

Dans la situation où les Etats font le choix d'offrir aux couples gays et lesbiens une certaine reconnaissance juridique, quelle qu'elle soit, ces Etats bénéficient, sur le terrain de l'article 14, d'une certaine marge d'appréciation pour imposer à autrui le respect de cette reconnaissance juridique du couple homosexuel de la même

¹⁰⁷En conséquence, en affirmant que cette question relève de la marge d'appréciation des Etats, la protection semble demeurer contingente et fonction de l'appréciation qu'en fait chaque Etat. La Cour semble ne pas exclure qu'un Etat puisse le cas échéant apprécier cette mise en balance différemment et faire pencher la balance dans le sens d'une plus large protection de la liberté religieuse. Pour cette raison, cette question aurait pu être traitée dans le chapitre des domaines relevant, partiellement ou pleinement, de la marge nationale d'appréciation. Toutefois compte tenu du fait que l'argument de la marge d'appréciation est souvent purement rhétorique : il a été choisi d'en traiter dans le chapitre décrivant le standard de protection au niveau européen dans la mesure où la solution au fond est favorable à la situation des personnes homosexuelles.

manière qu'il l'impose pour un mariage hétérosexuel. Plus exactement, lorsqu'un Etat décide de reconnaître juridiquement, sous une forme ou sous une autre, le couple homosexuel, il est fondé à imposer sa mise en œuvre aux employés des administrations ou des agences compétentes qui en ont la charge, sans que lesdits employés puissent invoquer le droit au respect de leurs convictions religieuses pour refuser de l'appliquer.

Les faits de l'espèce

Mme Ladele est une chrétienne qui estime que les relations homosexuelles sont contraires à la loi divine et que tout acte impliquant une reconnaissance de l'homosexualité est incompatible avec ses convictions. Mme Ladele fut officier d'état civil au Borough londonien d'Islington de 1992 à 2009. Lorsque la loi sur le partenariat civil entra en vigueur au Royaume-Uni en décembre 2005, elle fut informée par son employeur qu'elle devrait célébrer des cérémonies de partenariat civil entre des personnes de même sexe. En mai 2007, elle fit l'objet d'une procédure disciplinaire pour avoir refusé de signer l'avenant modifiant en conséquence son contrat de travail. A l'issue de cette procédure, il fut conclu que si elle refusait de célébrer les cérémonies de partenariat civil, elle contreviendrait à la politique de respect de l'égalité et de la diversité du Conseil d'Islington et serait en conséquence licenciée. Finalement, en mars 2010, Mme Ladele se vit refuser l'autorisation de se pourvoir devant la *Supreme Court*. Mme Ladele alléguait que le droit interne n'avait pas suffisamment protégé leur droit de manifester leur religion invoquant l'article 9 combiné avec l'article 14.

La décision de la Cour.

Cette affaire a donné l'occasion à la Cour de déterminer les limites des droits des personnes invoquant leurs convictions religieuses pour refuser de mettre en application une loi accordant une reconnaissance juridique au couple de même sexe. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 15 janvier 2013, la Cour a jugé (§102-§ 106) que les autorités nationales disposent d'une ample marge d'appréciation s'agissant de l'équilibre à ménager entre des droits concurrents (§ 106) : en conséquence l'autorité locale concernée était fondée à engager une procédure disciplinaire puis de licenciement à l'encontre de la requérante en raison du refus opposé par cette dernière de voir son contrat de travail d'officier d'état civil modifié pour y inclure l'obligation de célébrer des cérémonies de partenariat civil entre des personnes de même sexe à la suite du changement législatif qui l'établit.

McFarlane c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 36516/10 (arrêt rendu dans l'affaire dite Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10).

Les principaux faits

M. Mc Farlane fut employé en qualité de conseiller à Relate2 de mai 2003 à mars 2008. En 2007, il entama une formation en vue de l'obtention d'un diplôme de troisième cycle en psychosexothérapie, discipline qui étudie en particulier les dysfonctionnements sexuels et vise à améliorer l'activité sexuelle du couple en développant la relation globale des partenaires. Fin 2007, les supérieurs et les collègues de M. McFarlane exprimèrent la crainte que les convictions religieuses de celui-ci n'entrent en conflit avec son travail auprès des couples de même sexe. En janvier 2008, l'intéressé fit l'objet d'une enquête disciplinaire. En mars 2008, il fut licencié sans préavis pour faute grave au motif qu'il avait déclaré ne pas avoir l'intention de se tenir à l'engagement, que pourtant il formulait par ailleurs, de se conformer à la politique d'égalité de traitement menée par son employeur des couples homosexuels et hétérosexuels et de prodiguer aussi des conseils aux couples de même sexe. Il contesta en vain cette décision.

M. McFarlane saisit le tribunal du travail, alléguant avoir subi un licenciement abusif et une discrimination fondée sur ses convictions religieuses. Il fut débouté en appel au motif que son employeur était fondé non seulement à exiger de lui qu'il s'acquitte de ses fonctions mais aussi à refuser d'admettre des opinions allant à l'encontre de ses principes fondamentaux déclarés.

Dans son recours devant la Cour européenne, le requérant alléguait que le droit interne n'avait pas suffisamment protégé son droit au respect de ses convictions religieuses et invoquait la violation de l'article 9 (liberté de religion), pris isolément ainsi que celle l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné à l'article 9.

Décision de la Cour

La Cour conclut à la non-violation de l'article 9 de la Convention européenne, pris isolément ou combiné avec l'article 14 en retenant essentiellement l'argument suivant :

« 109. [...] [F]or the Court the most important factor to be taken into account is that the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination.

The State authorities therefore benefitted from a wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between Mr McFarlane's right to manifest his religious belief and the employer's interest in securing the rights of others. In all the circumstances, the Court does not consider that this margin of appreciation was exceeded in the present case.

110. In conclusion, the Court does not consider that the refusal by the domestic courts to uphold Mr McFarlane's complaints gave rise to a violation of Article 9, taken alone or in conjunction with Article 14. »

Section 6 – La liberté de manifester

Le droit de revendiquer ouvertement son orientation sexuelle au travers de manifestations

Le principe posé par l'arrêt *Bączkowski*

Bączkowski et autres c. Pologne, 3 mai 2007, n° 1543/06

Les principaux faits

Les requérants sont la Fondation pour l'égalité (*Fundacja Równości*) et cinq de ses membres, Tomasz Bączkowski, Robert Biedroń, Krzysztof Kliszczyński, Inga Kostrzewa et Tomasz Szypuła, qui appartiennent également à des organisations non gouvernementales visant à sensibiliser l'opinion publique à diverses formes de discriminations et notamment celles fondées sur l'orientation sexuelle.

Dans le cadre d'une campagne baptisée « Les journées de l'égalité », organisée du 10 au 12 juin 2005 par la Fondation, les requérants voulaient organiser un défilé dans les rues de Varsovie afin de sensibiliser l'opinion à la discrimination envers les minorités, les femmes et les handicapés. Les requérants entendaient aussi tenir le 12 juin des rassemblements dans sept places de Varsovie en vue de protester, dans certains cas, contre les discriminations dirigées contre diverses minorités et, dans d'autres, contre celles visant les femmes.

Les requérants soumièrent leur demande tendant à l'obtention de l'autorisation d'organiser le défilé et les rassemblements le 12 mai 2005 et le 3 juin 2005 respectivement.

Le 20 mai 2005, un journal national, *Gazeta Wyborcza*, publia un entretien avec le maire de Varsovie qui, en réponse à des questions sur la demande présentée par les requérants concernant le défilé, déclara qu'il l'interdirait quelles que soient les circonstances et qu'à son avis, « faire de la propagande au sujet de l'homosexualité ne revenait pas à exercer le droit à la liberté de réunion ».

Le 3 juin 2005, un représentant du maire de Varsovie refusa l'autorisation d'organiser le défilé au motif que les organisateurs n'avaient pas fourni un « plan d'organisation de la circulation » conformément à l'article 65 a) de la loi sur la circulation routière. Selon les requérants, on ne leur a jamais demandé de soumettre pareil document.

Le 9 juin 2005, le maire rendit des décisions interdisant les rassemblements organisés par MM. Bączkowski, Biedroń et Kliszczyński, M^{me} Kostrzewa et M. Szypuła. Le maire invoqua à l'appui l'argument selon lequel les rassemblements organisés en vertu de la loi de 1990 sur les réunions devaient se tenir en dehors des voies servant à la circulation, et que des exigences plus strictes s'appliquaient lorsque des rues devaient être utilisées afin d'éviter de perturber le trafic. L'autorisation fut aussi refusée au motif qu'avait été déposé un certain nombre d'autres demandes en vue d'organiser des rassemblements défendant des idées et intentions opposées, ce qui était susceptible de conduire à des heurts entre manifestants.

A la même date, les rassemblements concernant la discrimination envers les femmes furent autorisés, de même que diverses autres manifestations sur des thèmes tels que : « Contre la propagande pour les unions libres », « Les chrétiens qui respectent les lois de Dieu et de la nature sont des citoyens de premier rang » et « Contre l'adoption par des couples homosexuels ».

En dépit de la décision du 3 juin, le défilé eut lieu le 11 juin 2005. Il fut suivi par 3 000 personnes environ, sous la protection de la police. Les rassemblements autorisés se firent le même jour.

Les 17 juin et 22 août 2005, les autorités d'appel annulèrent les décisions des 3 et 9 juin au motif qu'elles étaient insuffisamment motivées et contraires aux lois en vigueur. Les décisions d'appel furent rendues après les dates auxquelles les requérants avaient prévu de tenir leurs manifestations. Il fut donc mis un terme à la procédure, devenue sans objet.

Le 18 janvier 2006, la Cour constitutionnelle examina une requête émanant du médiateur en vue d'obtenir une décision sur la conformité avec la Constitution de certaines dispositions de la loi sur la circulation routière. Dans son arrêt, cette juridiction conclut que les dispositions de cette loi, telles qu'appliquées dans le cas des requérants, étaient incompatibles avec les garanties prévues dans la Constitution en matière de liberté de réunion.

Dans ces conditions, les requérants se plaignaient d'une violation de leur droit à la liberté de réunion pacifique en raison de la manière dont les autorités internes leur avaient appliqué le droit interne pertinent. Ils alléguaient aussi n'avoir pas disposé d'une procédure qui leur aurait permis d'obtenir une décision définitive avant la date prévue pour les manifestations. Enfin, ils soutenaient avoir été traités de manière discriminatoire en ce qu'ils n'avaient pas été autorisés à organiser certaines manifestations alors que d'autres organisateurs avaient bénéficié d'une telle autorisation. Ils invoquaient l'article 11 ainsi que les articles 13 et 14 combinés avec l'article 11.

La décision de la Cour

La Cour a conclu à la violation des trois articles susmentionnés. La violation de l'article 11 et celle de l'article 14 combiné avec l'article 11 seront examinées ci-après (en revanche, la violation de l'article 13 combiné avec l'article 11 le sera ultérieurement¹⁰⁸).

– Le constat de violation de l'article 11, isolément considéré : le droit de revendiquer ouvertement son orientation sexuelle au travers de manifestations

« 62 Si, dans le contexte de l'article 11, la Cour a souvent mentionné le rôle essentiel joué par les partis politiques pour le maintien du pluralisme et de la démocratie, les associations créées à d'autres fins sont également importantes pour le bon fonctionnement de celle-ci. En effet, le pluralisme repose aussi sur la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques. Une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes est essentielle à la cohésion sociale. Il est tout naturel, lorsqu'une société civile fonctionne correctement, que les citoyens participent dans une large mesure au processus démocratique par le biais d'associations au sein desquelles ils peuvent se rassembler avec d'autres et poursuivre de concert des buts communs (*Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n° 44158/98, § 92, CEDH 2004-I).

63 La Cour attache une importance particulière au pluralisme, à la tolérance et à l'esprit d'ouverture, qui caractérisent selon elle une « société démocratique ». Aussi a-t-elle dit que, bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante (*Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, § 63, série A n° 44, et *Chassagnou et autres c. France* [GC], n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 112, CEDH 1999-III).

64 Dans l'arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche* (24 novembre 1993, § 38, série A n° 276), l'Etat a été qualifié par la Cour de garant ultime du principe du pluralisme. Un exercice réel et effectif de la liberté d'association et de réunion ne se limite pas à un simple devoir de non-ingérence de sa part ; une telle conception négative ne cadrerait pas avec le but de l'article 11 ni avec celui de la Convention en général. Il peut ainsi exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif de cette liberté (*Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, n°s 30668/96, 30671/96 et 30678/96, § 41, CEDH 2002-V, et *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, n° 74989/01, § 37, CEDH 2005-X). Ces obligations revêtent une importance toute particulière pour les personnes dont les opinions sont impopulaires ou qui appartiennent à des minorités, du fait qu'elles sont plus exposées aux brimades. »

Une fois ces principes rappelés, la Cour poursuit son argumentation : elle reconnaît que les manifestations ont finalement eu lieu aux dates prévues, mais relève que les requérants ont pris un risque puisqu'ils avaient été interdits par les autorités. L'interdiction en question aurait pu dissuader les intéressés et d'autres personnes de participer à ces manifestations car, en l'absence d'autorisation officielle, ils n'étaient pas assurés d'obtenir la protection des autorités contre d'éventuels manifestants hostiles. Dès lors, il y a eu une ingérence dans les droits des requérants tels que garantis par l'article 11. Les décisions par lesquelles les intéressés se sont vu refuser le droit de manifester et d'organiser des rassemblements ayant été annulées en appel, cette ingérence n'était pas « prévue par la loi ». Cette conclusion ne peut qu'être renforcée par la déclaration d'inconstitutionnalité de la réglementation de la circulation routière prononcée par la Cour constitutionnelle

108. Précisons rapidement à propos du constat de violation de l'article 13 combiné avec l'article 11 : Après avoir relevé que les requérants n'avaient obtenu une décision judiciaire statuant sur la légalité du refus de manifester que postérieurement à la date envisagée de rassemblements et qu'ils n'avaient aucune possibilité légale d'en obtenir une avant leur tenue, la Cour a conclu que ceux-ci n'ont pas disposé d'un recours interne effectif. Pour plus de détails : *cf infra*.

– Le constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 : un droit égal des personnes LGBT à la liberté de manifester

Après avoir relevé, d'une part, que les décisions ayant refusé la tenue des manifestations ne dénotent aucune discrimination patente en ce qu'elles ont essentiellement porté sur des aspects techniques de l'organisation des rassemblements envisagés, et, d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de spéculer sur l'existence de motifs autres que ceux expressément cités par l'autorité ayant pris les décisions critiquées, la Cour européenne refuse de s'en contenter et décide d'apprécier le litige à partir d'autres éléments et tout particulièrement l'opinion du maire.

À cet égard, elle précise que s'agissant d'hommes politiques élus détenant aussi des postes dans la haute fonction publique, la liberté d'expression comporte des responsabilités particulières. Ces personnes doivent donc exercer cette liberté avec retenue, sachant notamment que leurs opinions peuvent être comprises comme des consignes par les fonctionnaires dont l'emploi et la carrière dépendent de leur approbation.

En s'appuyant sur l'entretien publié par la presse, la Cour semble ici mettre en œuvre une possibilité ouverte par l'arrêt de Grande Chambre *Natchova* du 6 juillet 2005, à savoir l'application d'un standard de preuve quelque peu assoupli (par rapport au principe général de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable » que la Cour applique normalement en matière de discrimination¹⁰⁹). Elle y indiquait, en effet, qu'elle n'excluait pas que la preuve d'une allégation de discrimination puisse, le cas échéant, résulter d'un « faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants »¹¹⁰. C'est bien la méthode qu'elle paraît appliquer dans cette affaire.

« 100. Cependant, la Cour considère en l'espèce qu'aux fins de son examen elle ne saurait faire abstraction des opinions personnelles bien arrêtées exprimées publiquement par le maire sur des questions directement liées aux décisions en cause, qui touchaient à l'exercice de la liberté de réunion des requérants. Elle constate que celles-ci ont été rendues par les autorités municipales au nom du maire après qu'il avait fait part dans la presse de ses vues quant à l'exercice de la liberté de réunion et à la « propagande en faveur de l'homosexualité ». Elle note que, de surcroît, l'édile s'est exprimé alors que ces mêmes autorités étaient déjà saisies d'une demande d'autorisation des manifestations en question. Elle estime que l'on peut raisonnablement supposer que les opinions du maire ont pu avoir des répercussions sur le processus décisionnel en l'espèce et, ainsi, porter atteinte de manière discriminatoire au droit des requérants à la liberté de réunion.

101. Au vu des circonstances de la cause considérées dans leur ensemble, la Cour conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 de la Convention. »

Les applications jurisprudentielles

***Alexeïev c. Russie*, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09**

Les principaux faits

Le requérant faisait partie des organisateurs d'une série de marches qui devaient se tenir à Moscou en 2006, 2007 et 2008 pour appeler l'attention du public sur la discrimination envers la communauté gay et lesbienne de Russie et promouvoir la tolérance à leur égard. Les organisateurs communiquèrent à la mairie leur intention d'organiser les marches en question. Ils s'engagèrent également à coopérer avec les forces de l'ordre afin d'assurer la sécurité et de garantir le respect de l'ordre public et des restrictions sonores.

Leurs demandes furent rejetées pour des motifs de protection de l'ordre public : la mairie ayant reçu plusieurs pétitions contre la tenue de ces marches, les autorités estimaient qu'il y avait un risque de réactions violentes susceptibles de dégénérer en troubles à l'ordre public et en émeutes massives.

Le maire de Moscou et son équipe déclarèrent également aux médias que les marches gay ne seraient pas autorisées dans la ville « aussi longtemps qu'elle serait dirigée par le maire ». Celui-ci appela également à l'organisation d'une « campagne médiatique massive [...] faisant appel à des pétitions lancées par des particuliers et des organisations religieuses » contre les marches de la *Gay Pride*. S'étant vu refuser la tenue des marches prévues, les organisateurs informèrent la mairie de leur intention d'organiser à la place, aux mêmes dates, de courtes manifestations de protestation. Ces manifestations leur furent également refusées. Le requérant contesta sans succès devant les tribunaux les décisions interdisant les marches et les manifestations.

109. « En matière d'appréciation des preuves, le principe général est que la Cour applique le critère de la "preuve au-delà de tout doute raisonnable" », *Velikova c. Bulgarie* du 18 mai 2000, § 70. C'est précisément à l'occasion de cet arrêt du 18 mai 2000 que, pour la première fois, la Cour a expressément mentionné qu'elle faisait application de ce standard de preuve sur le terrain de l'article 14.

110. *Natchova c. Bulgarie* (Grande Chambre), 6 juillet 2005, §147.

Invoquant les articles 11, 13 et 14, le requérant se plaignait de s'être vu interdire à plusieurs reprises l'organisation de marches ou de manifestations pour les droits des personnes LGBT, de ne pas avoir disposé d'un recours effectif pour contester ces interdictions, et d'avoir été, avec les autres participants, victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

La décision de la Cour

La Cour a conclu à la violation des trois articles susmentionnés. La violation de l'article 11 et celle de l'article 14 combiné avec l'article 11 seront examinées ci-après (en revanche, la violation de l'article 13 combiné avec 11 le sera ultérieurement : *cf. infra*).

- Le constat de violation de l'article 11

La Cour rappelle que l'article 11 protège les manifestations non-violentes, même celles qui peuvent heurter ou choquer ceux qui ne partagent pas les idées défendues par les manifestants. Elle souligne également qu'il doit être possible de manifester sans crainte d'être agressé physiquement par ses adversaires.

Par ailleurs, le simple risque qu'une manifestation occasionne des troubles ne suffit pas à justifier son interdiction. Si l'on interdisait toutes les manifestations au cours desquelles il est probable qu'aient lieu des tensions et des échanges vifs entre des groupes opposés, on empêcherait la société d'entendre des opinions différentes sur des questions qui heurtent la sensibilité de l'opinion majoritaire, ce qui serait contraire aux principes de la Convention.

Pendant trois années, les autorités moscovites ont manqué de manière répétée à apprécier correctement le risque pour la sécurité des participants et pour l'ordre public. Il y avait certes un risque que des contre-manifestants descendent dans la rue pour protester contre les défilés de la *Gay Pride*, mais il fallait alors prendre les dispositions nécessaires pour garantir que la manifestation et la contre-manifestation se déroulent dans la paix et la légalité, et permettre ainsi aux deux côtés d'exprimer leurs opinions respectives sans affrontement violent. Au lieu de cela, les autorités ont interdit purement et simplement les marches en faveur des personnes gays et lesbiennes. Ce faisant, elles ont en pratique approuvé et soutenu les groupes qui appelaient à perturber les marches pacifiques en violation de la loi et de l'ordre public.

La Cour relève également que les considérations de sécurité ont été d'importance secondaire dans les décisions des autorités, qui étaient principalement guidées par les valeurs morales de la majorité. Le maire de Moscou a exprimé en plusieurs occasions sa détermination à empêcher la tenue de défilés homosexuels, qu'il jugeait inconvenants. Le gouvernement russe a également déclaré dans ses observations à la Cour que les manifestations de ce type devaient être interdites par principe car la propagande homosexuelle était incompatible avec les doctrines religieuses et la morale publique et risquait de nuire aux enfants et aux adultes qui y étaient exposés. Selon la Cour :

« 81 [...] il serait incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention qu'un groupe minoritaire ne puisse exercer les droits qu'elle garantit qu'à condition que cela soit accepté par la majorité ».

La Cour poursuit son argumentation et relève que les manifestations de la *Gay Pride* ont pour objectif « d'appeler à la tolérance envers les minorités sexuelles » (§ 84), et non d'exhiber des « scènes obscènes » ni « d'exposer des scènes de nudité, de se comporter de manière sexuellement provocante ou de critiquer la morale publique ou les opinions religieuses » (§ 84).

De plus, s'il n'existe certes pas de consensus au niveau européen sur l'ensemble des questions touchant à l'orientation sexuelle, en revanche,

« 84. [...] [i]l n'existe aucune ambiguïté quant au fait que les autres Etats membres reconnaissent le droit de chacun de revendiquer ouvertement son homosexualité ou son appartenance à toute autre minorité sexuelle et à défendre ses droits et les libertés, notamment en exerçant sa liberté de réunion pacifique ».

La marge nationale d'appréciation est donc restreinte et le contrôle de la Cour strict.

« 85. [...] les seuls facteurs que les autorités moscovites ont pris en compte étaient l'opposition du public à l'événement et les opinions morales des agents de l'Etat.

86. Le maire de Moscou, dont les observations du Gouvernement reprennent pour l'essentiel les déclarations, considérait qu'il était nécessaire de confiner toute référence à l'homosexualité à la sphère privée et de soustraire les gays et les lesbiennes aux yeux du public, comme si l'homosexualité était un choix délibéré et asocial. Cependant, les autorités n'ont pu apporter aucune justification à l'appui d'une telle exclusion. La

Cour ne dispose d'aucunes preuves scientifiques ou données sociologiques qui suggéreraient que la simple mention de l'homosexualité ou un débat public ouvert sur le statut social des minorités sexuelles nuiraient aux enfants ou aux « adultes vulnérables ». Au contraire, la société ne peut se positionner sur des questions aussi complexes que celle soulevée en l'espèce que par un débat équitable et public. Un tel débat, appuyé sur la recherche universitaire, serait bénéfique pour la cohésion sociale, car il permettrait l'expression de tous les points de vue, y compris celui des premiers intéressés. Il permettrait également de dissiper certains malentendus courants, tels que celui qui concerne la question de savoir si l'hétérosexualité et l'homosexualité peuvent découler de l'éducation ou de l'incitation et si l'on peut choisir volontairement d'être ou de ne pas être homosexuel. C'est exactement le type de débat que le requérant a tenté d'organiser. Il ne peut être remplacé par un avis non éclairé, mais supposément populaire, exprimé sans réflexion préalable par des responsables politiques. Dans ces circonstances, la Cour ne peut que conclure que les interdictions d'organiser les manifestations en question ne reposaient pas sur une appréciation acceptable des faits pertinents.

87. Ces considérations sont suffisantes pour permettre à la Cour de conclure que l'interdiction des événements que le requérant souhaitait organiser ne répondait pas à un besoin social impérieux et n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique.

88. Partant, il y a eu violation de l'article 11 de la Convention. »

- Le constat de violation de l'article 14

S'il fallait exprimer l'enjeu de l'examen de conformité à l'article 14 dans cette affaire, on pourrait paraphraser une idée exprimée précédemment par la Cour sous l'angle de l'article 11 (*cf. supra* § 81 de l'arrêt *Alexeïev*), et dire qu'il serait incompatible avec les valeurs protégées par l'article 14 de la Convention qu'un groupe minoritaire ne puisse exercer les droits qu'elle garantit qu'à condition que cela soit accepté par la majorité.

Après avoir rappelé les principes d'un contrôle strict en la matière, la Cour retient les éléments suivants.

« 109. Il a été établi ci-dessus que la principale raison de l'interdiction de la tenue des événements que le requérant souhaitait organiser était la désapprobation des autorités à l'égard de manifestations dont elles considéraient qu'elles promouvaient l'homosexualité. En particulier, la Cour ne peut ignorer les opinions personnelles très arrêtées qu'a exprimées publiquement le maire de Moscou ni le lien indéniable entre ces déclarations et l'interdiction. A la lumière de ces considérations, elle juge établi que le requérant a subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle et celle des autres participants aux événements envisagés. Elle constate par ailleurs que le Gouvernement n'a pas avancé de justification montrant que la distinction litigieuse était compatible avec la Convention.

110. En conséquence, la Cour conclut qu'il y a eu en l'espèce violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 11. »

Genderdoc-M c. République de Moldova, n° 9106/06

Cette affaire concerne l'interdiction d'une manifestation qu'une organisation non-gouvernementale moldave, Genderdoc-M, prévoyait de tenir à Chisinau, en 2005, pour encourager l'adoption de lois sur la protection des personnes LGBT contre la discrimination.

Outre la violation de la liberté de réunion et d'association, garantie par l'article 11 considéré isolément, la Cour retient également, en combinaison avec l'article 14, celle du droit à ne pas subir de discrimination dans l'exercice d'une telle liberté, et, en combinaison avec l'article 13, celle du droit à un recours effectif.

Sur le terrain de l'article 14, la Cour s'appuie sur un faisceau de preuves pour établir, d'une part, que la demande d'autorisation de manifester présentée par l'association requérante avait été traitée différemment que d'autres demandes de manifestation qui, à la même époque, avaient reçu une réponse favorable et, d'autre part, que le motif qui fondait ce traitement distinctif résidait uniquement dans la désapprobation de l'homosexualité, comme le laissaient apparaître les arguments en défense exposés par la municipalité de Chisinau devant les juridictions internes.

Sur le terrain de l'article 13, c'est le caractère ineffectif des recours disponibles qui a été sanctionné (*cf. infra*).

Section 7 – L'accès à la justice

Dans le domaine de l'accès à la justice, la jurisprudence européenne a eu l'occasion de rappeler que les personnes LGBT doivent pouvoir bénéficier d'un droit de recours effectif contre les éventuelles violations de la Convention dont ils auraient à pâtir, et notamment sous l'angle de ses articles 14, 8 ou 11.

§ 1 – Le droit à un redressement effectif de la discrimination, fondée sur l'orientation sexuelle, dans l'exercice des libertés

Le principe posé par l'arrêt *Wolfmeyer*

Wolfmeyer c. Autriche, 26 mai 2005, n° 5263/03

Les principaux faits

Le requérant, Thomas Wolfmeyer, est un ressortissant autrichien né en 1968. Le 23 novembre 2000, le tribunal régional (*Landesgericht*) de Feldkirch reconnut le requérant coupable de s'être livré à des actes homosexuels avec des adolescents, au mépris de l'article 209 du code pénal, et le condamna à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve. Il conclut que l'intéressé s'était livré en 1997 à des actes homosexuels avec deux adolescents. Le requérant interjeta appel. Le 21 juin 2002, la Cour constitutionnelle déclara l'article 209 du code pénal contraire à la Constitution et, le 17 juillet 2002, le requérant fut acquitté.

L'intéressé demanda le remboursement de ses frais de représentation en justice. Le 12 novembre 2002, la cour d'appel d'Innsbruck accueillit partiellement le recours du requérant, constatant que la loi disposait que seul un montant maximal de 1 091 euros pouvait être remboursé à titre de contribution aux frais de représentation en justice. Elle lui accorda en outre 748,38 euros pour ses débours en espèce. Le requérant se plaignait que l'article 209 établissait une discrimination en ce que les relations hétérosexuelles ou lesbiennes entre adultes et adolescents se situant dans la même fourchette d'âge n'étaient pas réprimées. Il dénonçait également la conduite de la procédure pénale dirigée contre lui au titre de cette disposition.

Il invoquait notamment l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée).

La décision de la Cour

La question principale à trancher par la Cour dans cette affaire était de savoir si le requérant demeurait ou non une victime de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, alors qu'il avait bénéficié d'un acquittement. La Cour a jugé sa requête recevable à cet égard à la suite d'un raisonnement qui se présente ainsi.

« 28. La Cour réaffirme qu'une décision ou une mesure favorable au requérant ne suffit en principe à lui retirer la qualité de «victime» que si les autorités nationales ont reconnu, explicitement ou en substance, puis réparé la violation de la Convention (voir par exemple l'arrêt *Dalban c. Roumanie* [GC], n° 28114/95, § 43, CEDH 1999-VI).

29. Il est vrai que l'article 209 du Code pénal a été abrogé par la Cour constitutionnelle et que le requérant a par la suite été acquitté. Dans l'affaire *S.L. c. Autriche* cependant, qui concerne un requérant qui n'avait jamais été poursuivi au titre de l'article 209 mais était, en raison de son orientation sexuelle, directement touché par le maintien en vigueur de cette disposition, la Cour a déjà noté que, dans son arrêt, la Cour constitutionnelle n'a pas reconnu, encore moins réparé, la violation alléguée de la Convention (n° 45330/99, § 35, CEDH 2003-I (extraits)).

30. De fait, la Cour constitutionnelle ne s'est pas appuyée sur l'argument d'une discrimination alléguée en raison de relations homosexuelles par opposition à des relations hétérosexuelles ou lesbiennes, mais sur l'absence de cohérence et de justification objective de la disposition à d'autres égards (voir le § 23 ci-dessus), ce que le gouvernement n'a pas contesté. Il a au contraire affirmé que l'acquittement du requérant et la décision ultérieure en matière de dépens contenaient au moins une reconnaissance implicite de la violation de la Convention.

31. La Cour ne partage pas ce point de vue. Elle fait observer que ni l'acquittement du requérant, ni la décision ultérieure en matière de dépens ne comportent de déclaration reconnaissant, au moins en substance, la violation du droit du requérant de ne pas faire l'objet d'une discrimination dans le domaine de sa vie privée en raison de son orientation sexuelle. Même si c'était le cas, la Cour estime que ni l'un ni l'autre ne procurent de réparation adéquate au sens de sa jurisprudence.

32. A ce sujet, il est crucial pour l'examen de la Cour qu'en l'espèce, le maintien en vigueur de l'article 209 du Code pénal viole en soi la Convention (*S.L. c. Autriche*, arrêt précité, § 45) et en conséquence la conduite de l'instance pénale en application de cette disposition.

33. Le requérant a été traduit en justice et condamné par le tribunal de première instance. Dans ces conditions, il est inconcevable qu'un acquittement sans aucune indemnisation au titre des préjudices subis ni remboursement d'une petite partie des frais de défense nécessaires ait pu procurer un redressement adéquat (voir *mutatis mutandis*, *Dalban*, arrêt précité, § 44). Cela est d'autant plus vrai que la Cour elle-même a accordé des sommes considérables au titre de la réparation du dommage moral dans des affaires comparables, compte tenu en particulier du fait que le procès, pendant lequel des détails sur certains aspects des plus intimes de la vie privée des requérants ont été étalés en public, avait profondément bouleversé leur vie (*L. et V. c. Autriche*, n° 39392/98 et 39829/98, § 60, CEDH 2003-I).

34. En conclusion, la Cour estime que l'acquittement du requérant qui n'a pas reconnu la violation alléguée de la Convention et ne s'est pas accompagné d'une réparation appropriée ne supprimait pas la qualité de victime du requérant au sens de l'article 34 de la Convention.

35. La Cour note que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention et n'aperçoit par ailleurs aucun autre motif d'irrecevabilité. Dès lors, il convient de la déclarer recevable. »

Cette question de recevabilité tranchée, la Cour conclut ensuite au fond, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 en raison du maintien en vigueur de l'article 209 et de la conduite de la procédure pénale dirigée contre le requérant sur la base de cette disposition (§ 38-40).

Les applications jurisprudentielles

H.G. et G.B. c. Autriche, 2 juin 2005, n°s 11084/02 et 15306/02

Tout comme dans l'affaire *Wolfmeyer*, dans cette affaire *H.G. et G.B.*, les requérants ont tous deux été condamnés pour avoir accompli des actes homosexuels avec des mineurs de sexe masculin en 2001 et 1998 respectivement. Le fondement de cette condamnation était l'article 209 du code pénal incriminant les actes homosexuels accomplis par des adultes de sexe masculin avec des adolescents consentants ayant entre 14 et 18 ans. H.G. fut condamné, le 3 décembre 2001, à 18 mois d'emprisonnement. Incarcéré le 6 décembre 2001, il bénéficia d'une libération anticipée le 1^{er} septembre 2002. G.B. fut, quant à lui, condamné, le 25 septembre 2000, à une peine d'emprisonnement de trois mois avec sursis.

La Cour relève que l'abrogation opérée ultérieurement de l'article 209 du code pénal n'a rien changé à la situation des requérants : leurs condamnations ont été maintenues et ils n'ont eu droit à aucune forme de dédommagement. En particulier, H.G. n'a pu bénéficier d'aucun dédommagement pour la période d'un an et demi passée par lui en détention. Observant que l'affaire soulève la même question que l'affaire *L. et V. c. Autriche*, la Cour juge qu'il y a eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que le Gouvernement n'a avancé aucune raison impérieuse et convaincante justifiant le maintien en vigueur de l'article 209 et, partant, des condamnations des requérants prononcées sur le fondement de cette disposition.

§ 2 – Le droit à un recours effectif contre les violations du droit d'accès des personnes gays et lesbiennes au corps des forces armées

Le principe posé par l'arrêt *Smith et Grady*

Smith et Grady c. Royaume-Uni, 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96

Les principaux faits

Dans cette affaire, la Cour a conclu que le droit des requérants au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 avait été violé du fait des investigations qui ont été effectuées et de la révocation des intéressés de l'armée britannique, conformément à la politique menée par le ministère de la Défense contre les homosexuels dans l'armée (*cf. supra.*).

De surcroît, dans cette affaire, les requérants se plaignent d'une violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8, en ce qu'ils n'auraient disposé d'aucun recours effectif devant une instance nationale pour examiner et faire redresser les violations de la Convention dont ils se plaignent. Selon le droit en vigueur, les tribunaux internes n'étaient fondés à examiner un recours introduit à l'encontre de la politique menée par le ministère de la Défense contre les homosexuels dans l'armée uniquement dans l'hypothèse où elle pouvait

être considérée comme « irrationnelle ». Le critère d'« irrationalité » appliqué en l'espèce est celui qui a été exposé dans la décision rendue par la Cour d'appel dans le cadre de la procédure interne : un tribunal n'a pas le droit d'intervenir au fond dans l'exercice d'un pouvoir administratif discrétionnaire à moins d'être convaincu que la décision était déraisonnable en ce sens qu'elle n'entraînait pas dans la gamme de réactions qui s'offrait à un responsable raisonnable. Pour déterminer si le responsable avait excédé cette marge d'appréciation, le contexte des droits de l'homme était important de sorte que plus l'ingérence dans les droits de l'homme était grave, plus le tribunal exigerait une justification sérieuse avant de se convaincre du caractère raisonnable de la décision. La Cour d'appel a souligné que le seuil d'irrationalité qu'un justiciable devait franchir était élevé. Pour la Cour européenne, les décisions de la High Court et de la Cour d'appel elles-mêmes le confirment. Elle aboutit à la conclusion suivante.

La décision de la Cour

« 138. Dans ces conditions, il est clair pour la Cour qu'à supposer même que les griefs que lui présentent les requérants aient été pour l'essentiel formulés devant les juridictions internes et examinés par elles, le seuil à partir duquel la *High Court* et la Cour d'appel auraient pu tenir la politique du ministère de la Défense pour irrationnelle était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis – sécurité nationale et ordre public –, principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention. [...]

139. Dès lors, la Cour estime que les requérants n'ont disposé d'aucun recours effectif quant à la violation du droit au respect de leur vie privée garanti par l'article 8 de la Convention. Partant, il y a eu violation de l'article 13 de la Convention. »

Les applications jurisprudentielles

***Beck, Copp et Bazeley c. Royaume-Uni*, 22 octobre 2002, n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99**

Jugeant qu'il n'existe pas de différence pertinente entre l'affaire *Beck, Copp et Bazeley* et l'affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, la Cour dit à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 8 (*cf.* § 58-59).

§ 3 – Le droit à un recours effectif contre les violations du droit de revendiquer ouvertement son orientation sexuelle au travers de manifestations

Le principe posé par l'arrêt *Bączkowski*

***Bączkowski et autres c. Pologne*, 3 mai 2007, n° 1543/06**

Les principaux faits

Cette affaire concerne le refus opposé par la municipalité de Varsovie à la tenue d'une marche qui vise à défendre la cause des personnes lesbiennes et gays (*cf. supra*).

La décision de la Cour

Outre la violation de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) – *cf. supra* – et celle de l'article 14 (interdiction de la discrimination) – *cf. supra* –, la Cour a, en outre, retenu la violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec l'article 11, à la suite du raisonnement suivant.

« 79. La Cour rappelle que l'article 13 a pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition (voir, parmi de nombreux autres précédents, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 145, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V).

La Cour a constaté en l'espèce la violation des droits des requérants en vertu de l'article 11 ; les intéressés pouvaient donc soulever un grief défendable au sens de la jurisprudence de la Cour et avaient dès lors droit à un recours conforme aux exigences de l'article 13. [...]

81. Par ailleurs, si elle prend acte que les autorités ont finalement reconnu que les décisions rendues au premier degré dans la cause des requérants avaient enfreint les lois applicables, la Cour souligne toutefois

qu'elles ont statué postérieurement à la date à laquelle les intéressés avaient prévu d'organiser leurs manifestations. [...] Autrement dit, la date des manifestations étant primordiale aux yeux des participants et des organisateurs, et ces derniers ayant prévenu les autorités compétentes dans les délais prescrits, la Cour estime qu'au vu des circonstances l'effectivité du recours était tributaire de la possibilité d'obtenir une décision avant la date des réunions projetées.

82. A cet égard, la Cour considère que, de par la nature du débat démocratique, le moment où se déroule un rassemblement public visant à exprimer certaines opinions peut être essentiel à son retentissement politique et social. Dès lors, si les pouvoirs publics peuvent dans certaines circonstances refuser d'autoriser la tenue d'une manifestation, pour autant que leur décision soit compatible avec les exigences de l'article 11 de la Convention, ils ne peuvent modifier la date prévue par les organisateurs. Un rassemblement public qui se tient alors que le problème de société en cause n'est plus actuel ou important dans le cadre d'un débat politique ou social risque d'avoir beaucoup moins d'écho. Si elle ne peut être exercée au bon moment, la liberté de réunion risque d'être vidée de tout sens.

83. Aussi la Cour estime-t-elle que, pour un exercice effectif de la liberté de réunion, il est important que la législation applicable prévoie des délais raisonnables dans lesquels les autorités publiques devront statuer sur les questions qui leur sont soumises. Si elles imposaient aux requérants des délais pour le dépôt des demandes d'autorisation des manifestations, les lois polonaises applicables ne soumettaient l'administration à aucune contrainte de temps pour se prononcer définitivement avant la date prévue pour les manifestations. La Cour n'est donc pas convaincue que les voies de recours ouvertes aux requérants en l'espèce, qui revêtaient toutes un caractère *a posteriori*, eussent permis d'offrir un redressement approprié pour les violations alléguées de la Convention.

84. Dans ces conditions, la Cour juge que les requérants n'ont pas bénéficié d'un recours interne effectif pour ce qui est de l'atteinte alléguée à leur liberté de réunion. Dès lors, elle rejette l'exception préliminaire tirée par le Gouvernement de ce qu'ils n'auraient pas épuisé les voies de recours internes et conclut à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 11 de la Convention. »

Les applications jurisprudentielles

Alexeïev c. Russie, 21 octobre 2010, n° 4916/07, 25924/08 et 14599/09

Les principaux faits

Cette affaire concerne le refus opposé par la municipalité de Moscou à la tenue d'une manifestation qui vise à dénoncer les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle – *cf. supra* –.

La décision de la Cour

Outre la violation de l'article 11 (liberté de réunion et d'association) – *cf. supra* – et celle de l'article 14 (interdiction de la discrimination) – *cf. supra* –, la Cour a en outre retenu la violation de l'article 13 (droit à un recours effectif) combiné avec l'article 11, à la suite d'un raisonnement qui peut être résumé ainsi.

La Cour observe qu'il n'existait pas de règle contraignante obligeant les autorités à rendre leur décision sur l'organisation des marches avant la date où celles-ci étaient prévues. Dès lors, M. Alexeïev n'a disposé d'aucun recours effectif lui permettant d'obtenir une réparation satisfaisante relativement à ses griefs. Il y a donc eu violation de l'article 13 (§ 97-100).

Genderdoc-M c. République de Moldova, n° 9106/06

Cette affaire concerne le refus opposé par la municipalité de Chisinau à la tenue d'une manifestation visant à défendre les personnes LGBT.

Outre les violations des articles 11 (liberté de réunion et d'association) et 14 (interdiction de la discrimination) – *cf. supra* –, la Cour retient que l'association requérante, organisatrice de la manifestation envisagée, a été victime d'une violation de l'article 13 combiné avec l'article 11 car il n'existait aucune procédure effective qui lui eût permis d'obtenir une décision définitive avant la date prévue de la manifestation. La Cour relève en effet que, dans le cas présent, malgré un délai maximal de cinq jours prescrit par la loi moldave, l'association requérante a obtenu une réponse définitive uniquement un an et demi après l'introduction de sa demande.

Section 8 – L'exercice des droits parentaux

L'exercice des droits parentaux dont il est fait état dans les développements à suivre concerne l'exercice des droits parentaux existants (et non la question de l'établissement d'un droit parental par le biais de l'adoption : la question de l'adoption est traitée ultérieurement *cf. infra*). Il résulte de la jurisprudence pertinente à cet égard que la Convention européenne garantit un droit identique, pour le parent homosexuel et pour le parent hétérosexuel, à se voir attribuer la garde des enfants et, dans le même esprit, impose à celui-ci et à celui-là une obligation identique de pension alimentaire.

§ 1 – Un droit identique, pour tous les parents indépendamment de leur orientation sexuelle, à se voir attribuer la garde des enfants

Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21 décembre 1999, n° 33290/96

Les principaux faits

Le requérant, João Manuel Salgueiro da Silva Mouta, ressortissant portugais, est né en 1961 et réside à Queluz (Portugal). Au mépris d'un accord conclu lors de leur divorce, le requérant se vit interdire par son ex-femme (C.D.S) de rendre visite à sa fille (M.), confiée selon lui à la garde de ses grands-parents maternels.

Il demanda à se voir confier la garde de l'enfant, ce qui lui fut accordé en 1994 par le tribunal aux affaires familiales de Lisbonne. M. vécut avec son père jusqu'à ce qu'en 1995, elle soit, d'après le requérant, enlevée par sa mère.

En appel, la mère recouvra la garde tandis que le requérant obtint le droit de visite que, selon lui, il ne put exercer. Dans son arrêt, la cour d'appel de Lisbonne confia la garde de M. à sa mère se fondant sur deux motifs : l'intérêt de l'enfant et le fait que le requérant est gay et vit avec un autre homme (L.G.C.). Elle affirme notamment qu'« on ne saurait soutenir qu'un environnement de cette nature est le plus sain et adéquat au développement moral, social et mental d'un enfant, surtout dans le cadre du modèle dominant dans notre société [...]. L'enfant doit vivre au sein d'une famille, d'une famille traditionnelle portugaise, qui n'est certainement pas celle que son père a décidé de constituer, car il vit avec un autre homme, comme s'ils étaient mari et femme. Il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales ; c'est la nature humaine qui le dit et rappelons que c'est [le requérant] lui-même qui l'a reconnu quand [...] il affirme qu'il a définitivement quitté le domicile conjugal pour aller vivre avec un ami, décision qui n'est pas normale, selon les critères communs ».

La décision de la Cour

La Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 au terme d'un raisonnement dont les principaux éléments sont les suivants.

« 21. Le requérant reproche à la cour d'appel de Lisbonne d'avoir attribué à son ex-épouse, plutôt qu'à lui-même, l'autorité parentale sur leur fille M., se fondant exclusivement sur son orientation sexuelle. Il y voit une violation de l'article 8 de la Convention, [...] combiné avec l'article 14.

Le Gouvernement le conteste. [...]

Il convient de noter d'emblée que l'arrêt de la cour d'appel en question, dans la mesure où il a annulé le jugement du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne du 14 juillet 1994 qui avait octroyé l'autorité parentale au requérant, s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, de sorte que la situation litigieuse relève de l'article 8. En effet, il ressort de la jurisprudence des organes de la Convention que cette disposition s'applique aux décisions d'attribution de la garde d'un enfant à un des parents après divorce ou séparation (arrêt Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 29 ; voir également Irlen c. Allemagne, requête n° 12246/86, décision de la Commission du 13 juillet 1987, Décisions et rapports 53, p. 225).

[...]

26. La Cour rappelle que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (arrêt Hoffmann précité, p. 58, § 31).

Il convient de déterminer si le requérant peut se plaindre d'une telle différence de traitement, et, dans l'affirmative, si celle-ci est justifiée.

27. Le Gouvernement conteste qu'il y ait eu en l'espèce une différence de traitement entre le requérant et la mère de M. Il soutient que la décision de la cour d'appel de Lisbonne s'est essentiellement fondée sur le fait que, dans les circonstances de la cause, l'intérêt de l'enfant était mieux assuré par l'octroi de l'autorité parentale à la mère.

28. La Cour ne nie pas que la cour d'appel de Lisbonne ait apprécié surtout l'intérêt de l'enfant moyennant l'examen de plusieurs données de fait et de droit qui pouvaient faire pencher la balance en faveur d'un parent plutôt que de l'autre. Cependant, la Cour observe que pour annuler la décision du tribunal aux affaires familiales de Lisbonne et, par conséquent, conférer l'autorité parentale à la mère au détriment du père, la cour d'appel a introduit un élément nouveau, à savoir le fait que le requérant était homosexuel et qu'il vivait avec un autre homme.

La Cour ne peut dès lors que conclure qu'il y a eu une différence de traitement entre le requérant et la mère de M., qui reposait sur l'orientation sexuelle du requérant, notion qui est couverte, à n'en pas douter, par l'article 14 de la Convention.

[...]

29. Conformément à la jurisprudence des organes de la Convention, une différence de traitement est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime et s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêt *Karlheinz Schmidt c. Allemagne* du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24).

[...]

34. La Cour constate que le tribunal aux affaires familiales de Lisbonne a rendu sa décision après une période pendant laquelle le requérant, son ex-épouse, leur fille M., L.G.C. et les grands-parents maternels de l'enfant ont été suivis par les experts en psychologie auprès de ce même tribunal. Le tribunal a établi les faits et pris sa décision se fondant surtout sur les rapports des experts.

La cour d'appel, statuant sur la seule base du dossier, a apprécié les faits autrement que la juridiction de première instance et accordé l'autorité parentale à la mère. Elle a notamment estimé que « l'enfant en bas âge doit, en règle générale, être confié à la garde de sa mère, sauf s'il existe des raisons de poids pour ne pas le faire ». La cour d'appel a considéré par ailleurs qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes permettant de retirer à la mère l'autorité parentale qui lui avait été confiée par l'accord entre les parents.

Toutefois, la cour d'appel, après ce constat, a ajouté : « (...) même si ce n'était pas le cas, nous pensons que l'enfant doit être confiée à sa mère ». La cour d'appel prit alors en considération le fait que le requérant était homosexuel et vivait avec un autre homme pour observer que « l'enfant doit vivre au sein (...) d'une famille traditionnelle portugaise » et qu'« il n'y a pas ici lieu de chercher à savoir si l'homosexualité est ou non une maladie ou si elle est une orientation sexuelle à l'égard des personnes du même sexe. Dans les deux cas, l'on est en présence d'une anomalie et un enfant ne doit pas grandir à l'ombre de situations anormales ».

35. Aux yeux de la Cour, ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement, ou de simples *obiter dicta*, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale. Cette conclusion est renforcée par le fait que la cour d'appel, lorsqu'elle a statué sur le droit de visite du requérant, a dissuadé ce dernier d'avoir un comportement permettant à l'enfant, lors des périodes de visite, de comprendre que son père vit avec un autre homme « dans des conditions similaires à celles des conjoints ».

36. Force est donc de constater, au vu de ce qui précède, que la cour d'appel a opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle du requérant, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Hoffmann* précité, p. 60, § 36).

Dès lors, la Cour ne peut conclure à l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ; partant, il y a eu violation de l'article 8 combiné avec l'article 14. »

§ 2 – Une obligation identique de pension alimentaire pour tous les parents indépendamment de leur orientation sexuelle,

J. M. c. Royaume-Uni, 28 septembre 2010, n° 37060/06

Les principaux faits

La requérante, J. M., est une ressortissante britannique mère de deux enfants nés en 1991 et 1993 respectivement. Après avoir divorcé de son mari, elle quitta le domicile conjugal. Au regard de la législation britannique sur les pensions alimentaires, l'ex-mari de l'intéressée fut considéré comme le titulaire de la garde des enfants et la requérante comme étant le parent non gardien, tenue à ce titre de contribuer financièrement à leur éducation. Depuis 1998, la requérante vit avec une femme. La pension alimentaire due par elle fut fixée en septembre 2001 sur la base des dispositions applicables à cette époque. Celles-ci prévoyaient que le parent non gardien ayant noué une nouvelle relation – qu'il se soit remarié ou non – pouvait obtenir une réduction du montant de la pension dont il était débiteur, mais pas dans le cas où il vivait avec une personne de même sexe. Constatant qu'il existait une importante différence entre le montant de la pension alimentaire dont elle était débitrice – environ 47 livres sterling par semaine – et la somme qu'elle aurait dû payer si elle avait vécu avec un homme – environ 14 livres sterling par semaine –, la requérante se plaignit de cette situation.

Elle obtint gain de cause devant trois degrés de juridiction, mais la chambre des lords la débouta de son action par un arrêt rendu à la majorité de ses membres en 2006. Le grief de l'intéressée tiré de l'article 8 de la Convention fut rejeté, notamment en ce qu'il portait sur le droit au respect de sa vie familiale. Deux des juges majoritaires estimèrent que la situation de la requérante ne relevait pas du champ d'application de l'article 8 faute de lien suffisant entre les dispositions critiquées et la relation qu'elle avait avec sa compagne et que, en tout état de cause, la législation britannique applicable jusqu'en 2004 – année où était entrée en vigueur la loi sur le partenariat civil qui avait supprimé la différence de traitement litigieuse – demeurait dans les limites de la marge d'appréciation dont disposait le Royaume-Uni. Les deux autres juges majoritaires déclarèrent que la jurisprudence de Strasbourg applicable à l'époque pertinente ne reconnaissait pas les relations entre deux personnes du même sexe comme une forme de vie familiale au sens de l'article 8. Les membres de la majorité rejetèrent la thèse selon laquelle l'affaire de la requérante relevait de l'article 1 du Protocole n° 1. Estimant que cette disposition s'appliquait essentiellement aux expropriations pour cause d'utilité publique et non aux obligations personnelles des parents non gardiens, ils jugèrent qu'il aurait été artificiel de qualifier le versement d'une pension alimentaire de privation des biens du parent débiteur.

J.M. alléguait que la fixation de la pension alimentaire dont elle était débitrice par les autorités opérait à son égard une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Elle invoquait l'article 14 (interdiction de discrimination), estimant que cette disposition, combinée avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et/ou l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété), s'appliquait à sa situation.

La décision de la Cour

La Cour considère que l'affaire relève naturellement du champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1. La pension alimentaire due par la requérante pour subvenir aux besoins de ses enfants constitue une « contribution » (au même titre que les prestations sociales ou les impôts) puisque son versement est imposé par les dispositions légales pertinentes et contrôlé par l'organisme de protection de la jeunesse. L'article 14 s'applique donc à la situation dont J.M. se plaignait¹¹¹.

La Cour n'estime pas devoir examiner la question de savoir si l'affaire relève aussi de l'article 8 de la Convention.

Sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1, la Cour considère que l'orientation sexuelle de l'intéressée est la seule caractéristique par laquelle sa situation se distingue nettement de celle d'un parent non-gardien ayant noué une nouvelle relation avec une personne du sexe opposé. Après avoir rappelé que seules des raisons particulièrement graves et convaincantes peuvent justifier une différence de traitement fondée sur un tel motif, et que l'Etat dispose en la matière d'une marge d'appréciation réduite, la Cour relève les aspects suivants :

¹¹¹. En excluant les faits de l'espèce du champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 alors qu'elle était appelée à se prononcer sur un grief de discrimination, la Chambre des lords s'est livrée à une interprétation trop étroite de cette disposition. La Cour précise en outre, qu'en matière notamment de prestations sociales, une demande peut relever du champ d'application de l'article 1 du Protocole no 1 et tomber de ce fait sous l'empire par l'article 14 même en l'absence de dépossession des biens actuels du requérant ou d'une autre atteinte aux biens en question. A l'époque pertinente, l'obligation légale pesant sur le parent non gardien de verser des subsides au parent gardien s'analysait en une ingérence dans le droit au respect des biens de son débiteur.

« 55. La Cour estime que la requérante peut, aux fins de l'article 14, comparer sa situation à celle d'un parent absent qui a contracté une nouvelle relation avec une personne du sexe opposé. La seule différence qu'elle présente avec ces personnes est son orientation sexuelle ; autrement, tout est identique (voir, *a contrario*, *Carson*, §§ 84-90). La pension alimentaire qu'elle doit verser pour ses enfants a été calculée différemment en raison de la nature de sa nouvelle relation. La différence de traitement en cause découle de l'orientation sexuelle, motif qui relève du champ d'application de l'article 14 (*E.B.*, § 50). Reste à savoir s'il existe des motifs particulièrement convaincants et solides pour expliquer cette différence de traitement.

56. Le gouvernement a affirmé que la situation était justifiée par les différences qui existaient à l'époque des faits entre l'ensemble des avantages et des inconvénients pour les couples de même sexe et les couples de sexe opposé, mariés ou non. La Cour y voit davantage une explication de la situation en droit interne à l'époque qu'un motif solide qui éviterait que la différence de traitement en cause dans cette affaire soit contraire à l'article 14. Compte tenu de l'objet des règles, qui est d'éviter d'imposer une charge financière excessive au parent absent dans sa nouvelle situation, la Cour ne voit aucune raison de traiter la requérante différemment. La raison pour laquelle ses dépenses de logement auraient dû être prises en considération différemment si elle avait entretenu une relation avec un homme ne saute pas directement aux yeux (voir *P.M.*, arrêt précité, § 28).

57. Le gouvernement a aussi affirmé que la situation dénoncée relevait de la marge d'appréciation du Royaume-Uni à l'époque, et ce comme Lord Walker l'a précisé, jusqu'à l'adoption de la Civil Partnership Act (loi sur le partenariat civil), qui a supprimé la différence de traitement contestée. Comme la Cour a conclu qu'aucune justification suffisante n'avait été donnée en 2001-2002, il s'ensuit que la réforme introduite quelques années plus tard par cette loi, quoique louable, n'a pas modifié cet aspect des choses.

58. La Cour conclut en conséquence qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 en l'espèce. »

La Cour juge en outre que la réforme instaurée quelques années plus tard par la loi de 2004 sur le partenariat civil, quoique louable, n'a pas modifié cet aspect des choses.

Chapitre II

Les domaines relevant, partiellement ou pleinement, de la marge nationale d'appréciation

De manière schématique, concernant les personnes gays et lesbiennes, il existe deux domaines dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme affirme ne pas apercevoir de consensus au sein des Etats membres de la Convention : il s'agit du mariage et de l'adoption.

A y regarder de plus près néanmoins : l'état du droit est davantage nuancé.

L'adoption forme en vérité un domaine qui ne demeure que partiellement à l'appréciation des Etats. Selon que l'adoption a lieu au sein ou en dehors du mariage, la marge nationale d'appréciation est, respectivement, soit large, soit restreinte.

Le mariage, quant à lui, constitue un domaine pleinement à l'appréciation des Etats, la Convention étant interprétée comme ne garantissant pas le droit au mariage aux personnes de même sexe.

Section 1 – L'adoption : un domaine partiellement à l'appréciation des Etats : un droit à un régime d'adoption hors mariage identique pour tous les adoptants, indépendamment de leur orientation sexuelle

D'une manière générale, l'adoption d'un enfant par des lesbiennes ou par des gays peut revêtir trois formes distinctes. La première est celle de l'adoption par une seule personne (adoption monoparentale) ; la deuxième est celle de l'adoption coparentale, par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, le but étant que chacun des membres du couple ait le statut de parent légal ; et la troisième est celle de l'adoption conjointe par les deux membres du couple.

Au début de l'année 2013, sur trente-neuf Etats membres du Conseil de l'Europe étudiés, onze d'entre eux ouvrent l'adoption coparentale aux couples de même sexe – l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni (hormis l'Irlande du Nord), la Suède et la Slovaquie. La majorité (vingt-quatre) des trente-neuf Etats réserve l'adoption coparentale aux couples mariés. Dix Etats membres – la Belgique, l'Espagne, l'Islande, les Pays-Bas, le Portugal, la Roumanie, le Royaume-Uni (sauf l'Irlande du Nord), la Russie, la Slovaquie et l'Ukraine – étendent l'adoption coparentale aux couples non mariés, mais seuls six d'entre eux ne font pas de distinction entre couples hétérosexuels et couples homosexuels à cet égard, les quatre autres (le Portugal, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine) – à l'instar de l'Autriche – réservant cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés et l'interdisant aux couples homosexuels non mariés. Les autres Etats ont apporté différentes réponses à la question de l'adoption coparentale, telle celle qui consiste à ouvrir cette possibilité aux couples mariés ainsi qu'aux partenaires enregistrés (solution retenue notamment par l'Allemagne et la Finlande) et à l'interdire aux couples non mariés, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels¹¹².

¹¹². Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, juin 2011. Données actualisées par la Cour en 2013 : voir *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, § 56-57.

S'appuyant sur le principe de non-discrimination garanti par l'article 14, la Cour est à l'origine d'une harmonisation au niveau européen du régime d'adoption hors mariage : celui-ci doit être désormais le même pour les personnes homosexuelles et les personnes hétérosexuelles, qu'il s'agisse d'une adoption monoparentale, ou d'une adoption coparentale. En d'autres termes, la Cour consacre, en matière d'adoption monoparentale, le droit à un traitement identique des adoptants célibataires, quelle que soit leur orientation sexuelle et, de même en matière d'adoption coparentale, le droit à un traitement identique des adoptants en couple hors mariage, quelle que soit leur orientation sexuelle.

§ 1 – L'adoption monoparentale : le droit à un traitement identique des adoptants célibataires, indépendamment de leur orientation sexuelle

La jurisprudence relative à l'adoption par une personne gay ou lesbienne célibataire a fait l'objet d'une évolution spectaculaire. Comme l'indique la Cour, en matière d'adoption, « de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition ».

Alors qu'en 2002, la Cour affirmait la nécessité de préserver au profit des Etats une large marge d'appréciation, elle décide, en 2008, de la restreindre. Alors qu'en 2002, par un arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002 (requête n° 36515/97), il était possible aux Etats permettant l'adoption par des personnes célibataires de réserver cette faculté aux seuls célibataires hétérosexuels et d'en écarter les célibataires homosexuels¹¹³ ; depuis 2008, la Cour estime qu'une telle différence de traitement est discriminatoire et qu'existe un droit identique à l'adoption pour une personne célibataire homosexuelle et pour une personne célibataire hétérosexuelle. Portant sur la même question que celle posée à la Cour dans l'arrêt *Fretté c. France* de 2002, l'arrêt *E.B c. France* de 2008 adopte une solution diamétralement opposée, opérant ainsi un important revirement de jurisprudence. La solution rendue dans l'arrêt *E.B* forme aujourd'hui le droit positif.

E.B. c. France, 22 janvier 2008, n° 43546/02

Il résulte de l'arrêt *E.B. c. France* que la reconnaissance, par un État, du droit à l'adoption au profit des personnes célibataires, si elle est permise par un État, doit être identique pour toutes les personnes quelle que soit leur orientation sexuelle. Il est important de préciser que l'obligation de non-discrimination qui pèse sur l'État est conditionnelle, elle ne trouve à s'appliquer que si l'État reconnaît aux personnes célibataires le droit d'adopter. La Convention ne fait naître en elle-même aucun droit à l'adoption pour les personnes célibataires (quelle que soit, par ailleurs, leur orientation sexuelle).

Les principaux faits

E.B. est une ressortissante française âgée de 45 ans. Professeuse en école maternelle, elle vit depuis 1990 avec une femme, R., psychologue de profession.

La requête porte sur le refus des autorités françaises de faire droit à la demande d'agrément pour adopter de la requérante en raison, selon elle, de son orientation sexuelle.

En février 1998, la requérante déposa auprès des services sociaux du département du Jura une demande d'agrément pour adopter un enfant. Durant la procédure d'adoption, elle fit part de son homosexualité et de sa relation stable avec R.

Sur le fondement des rapports rendus par une assistante sociale et une psychologue, la Commission chargée d'examiner les demandes d'agrément rendit un avis défavorable en novembre 1998. Peu après, le président du conseil général du Jura prit une décision de refus de la demande d'agrément. Suite à un recours de la requérante, le président du conseil général confirma son refus en mars 1999. Ses deux décisions furent motivées par le défaut de « repères identificatoires » dû à l'absence d'image ou de référent paternel et par l'ambiguïté de la situation de la compagne de la requérante par rapport à la procédure d'adoption.

Saisi par la requérante, le tribunal administratif de Besançon annula les deux décisions du président du conseil général le 24 février 2000. Le département du Jura interjeta appel de ce jugement. La cour administrative d'appel de Nancy annula le jugement du tribunal administratif le 21 décembre 2000 ; elle estima que le refus d'agrément n'était pas fondé sur le choix de vie de la requérante et n'avait donc pas entraîné de violation des articles 8 et 14 de la Convention.

113. Pour un résumé de la solution rendue dans cette affaire : voir *infra* le résumé qui est en fait au paragraphe 70 de l'arrêt *E.B c. France* du 22 janvier 2008.

La requérante forma un pourvoi en cassation, faisant notamment valoir que sa demande d'adoption avait été rejetée en raison de ses orientations sexuelles. Par un arrêt du 5 juin 2002, le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi d'E.B., au motif notamment que la cour administrative d'appel n'avait pas fondé sa décision sur une position de principe concernant les orientations sexuelles de l'intéressée, mais avait tenu compte des besoins et de l'intérêt d'un enfant adopté.

Invoquant l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8, la requérante alléguait avoir subi, à toutes les phases de la procédure de demande d'agrément en vue d'adopter, un traitement discriminatoire fondé sur son orientation sexuelle et portant atteinte à son droit au respect de sa vie privée.

La décision de la Cour

La Cour conclut par une courte majorité (dix voix contre sept), à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8. Son argumentation est la suivante.

« 70. La Cour rappelle que, dans l'affaire *Fretté c. France* (précitée), la chambre avait jugé que les décisions de rejet de la demande d'agrément poursuivaient un but légitime, à savoir protéger la santé et les droits des enfants pouvant être concernés par une procédure d'adoption (§ 38). Quant à la justification d'un traitement différencié et après avoir relevé l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants, la chambre avait accepté que les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans un tel domaine, sous réserve d'un contrôle de la Cour (§ 41). Au regard des intérêts concurrents du requérant et des enfants pouvant être adoptés, ainsi que de l'intérêt supérieur de ces derniers, elle avait noté la division de la communauté scientifique, qui était partagée sur les conséquences éventuelles de l'accueil d'un enfant par un ou des parents homosexuels, les profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales, ainsi que l'insuffisance du nombre d'enfants adoptables par rapport aux demandes (§ 42). Tenant compte de la grande marge d'appréciation à laisser aux Etats et de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs des enfants pour atteindre l'équilibre voulu, la chambre avait considéré que le refus d'agrément n'avait pas transgressé le principe de proportionnalité et que, dès lors, la justification avancée par le Gouvernement paraissant objective et raisonnable, la différence de traitement litigieuse n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention (§§ 42 et 43).

71. La Cour constate que la présente affaire concerne également la question du traitement d'une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par une personne célibataire homosexuelle ; elle présente néanmoins un certain nombre de différences avec l'affaire *Fretté* précitée. La Cour relève en particulier que si le motif lié à l'absence d'un référent de l'autre sexe se retrouve dans les deux cas, les autorités administratives internes n'ont pas fait référence, du moins expressément, aux « choix de vie » d'E.B. (*Fretté*, précité, § 32) ; elles ont en outre relevé les qualités de la requérante, ainsi que ses capacités éducatives et affectives, à la différence de l'affaire *Fretté* dans laquelle le requérant s'était vu opposé des difficultés pour projeter dans le concret les bouleversements occasionnés par l'arrivée d'un enfant (§§ 28 et 29) ; par ailleurs, dans la présente affaire, les autorités internes ont pris en compte l'attitude de la compagne d'E.B., avec qui cette dernière avait indiqué vivre une relation stable et durable, question qui était étrangère à la requête introduite par M. Fretté.

72. En l'espèce, la Cour relève que les autorités administratives internes, puis les juridictions saisies du recours de la requérante, se sont principalement fondées sur deux motifs pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter.

73. S'agissant du recours, par les autorités internes, au motif tiré de l'absence de référent paternel ou maternel dans le foyer d'un demandeur à l'agrément en vue d'adopter, la Cour estime que cela ne pose pas nécessairement problème en soi. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé d'un tel motif qui a finalement pour conséquence d'exiger de la requérante qu'elle justifie, dans son entourage proche, de la présence d'un référent de l'autre sexe, risquant ainsi de vider de sa substance le droit qu'ont les célibataires de demander l'agrément, dès lors que la présente affaire ne concerne pas une demande d'agrément en vue d'adopter présentée par un couple, marié ou non, mais par une célibataire. Aux yeux de la Cour, un tel motif aurait donc pu conduire à un refus arbitraire et servir de prétexte pour écarter la demande de la requérante en raison de son homosexualité.

74. La Cour constate d'ailleurs que le Gouvernement, sur qui pesait la charge de la preuve (voir, *mutatis mutandis*, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, §§ 41-42, CEDH 2003-IX), n'a pas été en mesure de produire des informations statistiques sur le recours à un tel motif selon l'orientation sexuelle – déclarée ou connue – des demandeurs, seules à même de fournir une image fidèle de la pratique administrative et d'établir l'absence de discriminations dans son utilisation.

75. Aux yeux de la Cour, le second motif retenu par les autorités internes, fondé sur le comportement de la compagne de la requérante, appelle une approche différente. Alors qu'elle était la compagne ancienne

et déclarée de la requérante, M^{lle} R. ne se sentait pas engagée par la demande d'adoption de son amie. Les autorités, qui ont constamment relevé ce point, de façon expresse et motivée, en ont déduit que la requérante n'offrait pas les garanties suffisantes pour accueillir un enfant au sein de son foyer.

76. Il convient de relever tout d'abord que, contrairement à ce que soutient la requérante, la question de l'attitude de sa compagne, avec qui elle indique vivre une relation stable et durable, n'est pas sans intérêt et sans pertinence pour l'appréciation de sa demande. Il est légitime que les autorités s'entourent de toutes les garanties en vue de l'accueil éventuel d'un enfant dans une famille. Partant, dès lors que le demandeur ou la demanderesse, bien que célibataire, a déjà constitué un foyer avec un ou une partenaire, la position de ce dernier et la place qu'il occupera nécessairement au quotidien auprès de l'enfant qui viendra vivre dans le foyer déjà formé commandent un examen spécifique, dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il serait d'ailleurs pour le moins surprenant que les autorités compétentes, informées de l'existence d'un couple « de fait », feignent d'ignorer une telle donnée dans l'évaluation des conditions d'accueil et de vie future d'un enfant au sein de son nouveau foyer. Le statut juridique de la demanderesse n'est en effet pas incompatible avec une analyse de sa situation réelle et le constat subséquent de la présence non pas d'un mais de deux adultes dans le foyer.

77. La Cour note d'ailleurs que l'article 4 du décret du 1^{er} septembre 1998 exige du président du conseil général qu'il s'assure des conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique. L'importance de ces garanties dont doivent s'entourer les autorités avant d'autoriser une personne à adopter ressort également des instruments internationaux en la matière, qu'il s'agisse de la Convention des droits de l'enfant des Nations Unies du 20 novembre 1989, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 ou du projet de Convention européenne en matière d'adoption des enfants.

78. De l'avis de la Cour, rien ne permet d'établir qu'un tel motif serait fondé sur l'orientation sexuelle de la requérante. Au contraire, la Cour estime que ce motif, étranger à toute considération sur l'orientation sexuelle de l'intéressée, repose sur une simple analyse de la situation de fait avérée et des conséquences de celle-ci quant à l'accueil d'un enfant.

79. Il ne saurait donc y avoir de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de la requérante sur ce point.

80. Reste que ces deux motifs principaux s'inscrivent dans le cadre d'une appréciation globale de la situation de la requérante. Pour cette raison, la Cour estime qu'ils ne sauraient être considérés alternativement, mais doivent au contraire être appréciés cumulativement. En conséquence, le caractère illégitime de l'un des motifs a pour effet de contaminer l'ensemble de la décision.

81. S'agissant de la phase administrative, la Cour constate en effet que le président du conseil général a fondé sa décision non pas sur le second motif à titre exclusif ou principal, mais sur « l'ensemble » des éléments, à savoir sur les deux motifs, sans qu'il soit possible de considérer que l'un d'eux ait été prédominant ou que l'un des deux ait été, à lui seul, suffisant pour arrêter sa décision de refus.

82. S'agissant de la phase juridictionnelle, la cour administrative d'appel de Nancy a relevé que cette décision se fondait sur deux motifs, le défaut de référent paternel et l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer. Elle a ajouté qu'il ressortait des pièces du dossier et des conclusions de l'examen de la demande que les conditions de vie de la requérante ne présentaient pas de garanties suffisantes pour accueillir un enfant adopté, tout en contestant que le président du Conseil général eût fondé son refus sur une position de principe à l'égard de son choix de vie, à savoir de son homosexualité.

83. Par la suite, le Conseil d'Etat a jugé que les deux motifs utilisés pour fonder le refus d'agrément opposé à la requérante étaient conformes aux dispositions légales. Il a également considéré que la référence aux « conditions de vie » de la requérante s'expliquait par les pièces du dossier soumises aux juges du fond, lesquelles faisaient ressortir que la requérante était, au moment de la demande, engagée dans une relation homosexuelle stable, sans que cela puisse être interprété comme une position de principe concernant ses orientations sexuelles ou comme une quelconque discrimination.

84. La Cour constate donc que les juridictions administratives ont eu soin de juger que les orientations sexuelles de la requérante, bien que prises en compte, ne fondaient pas la décision litigieuse et ne faisaient pas l'objet d'une position de principe hostile.

85. Cependant, de l'avis de la Cour, le fait que l'homosexualité de la requérante ait été aussi présente dans les motivations des autorités internes est significatif. Outre leurs considérations sur les « conditions de vie » de la requérante, elles ont surtout confirmé la décision du président du Conseil général. Or la Cour rappelle que ce dernier s'est prononcé au vu de l'avis émis par la Commission d'agrément, dont les différents membres ont été amenés à s'exprimer individuellement par écrit, proposant et justifiant pour

l'essentiel de rejeter la demande pour les deux motifs litigieux. Elle constate que, précisément, certains avis étaient rédigés en des termes révélateurs, s'agissant de la prise en compte, de manière déterminante, de l'homosexualité de la requérante. En particulier, la Cour note que dans son avis du 12 octobre 1998, le psychologue au service d'aide sociale à l'enfance a émis un avis défavorable en évoquant notamment une « attitude particulière [de la requérante] vis-à-vis de l'homme dans le sens où il y a refus de l'homme ».

86. La Cour constate que, parfois, c'est le statut de célibataire qui a été contesté et opposé à la requérante, alors même que la loi prévoit expressément le droit pour les célibataires de demander à pouvoir adopter. Cela ressort notamment des conclusions de la psychologue qui, dans son compte rendu des entretiens du 28 août 1998 avec la requérante, affirme, en évoquant expressément le cas de la requérante et non une position d'ordre général – puisqu'elle précise préalablement ne pas vouloir diminuer la confiance de la requérante en elle-même ou insinuer qu'elle serait nuisible à un enfant – que « toutes les études sur la parentalité démontrent qu'un enfant a besoin de ses deux parents ». Le 28 octobre 1998, le représentant du conseil de famille, de l'association des pupilles et anciens pupilles, auprès de la Commission d'agrément, a fondé son avis défavorable sur le fait qu'il était nécessaire que la famille d'accueil d'un enfant à adopter soit composée « d'un couple mixte (homme et femme) ».

87. Quant au recours systématique à l'absence de « référent paternel », la Cour n'en conteste pas l'intérêt, mais bien l'importance accordée par les autorités internes s'agissant d'une adoption par une personne célibataire. La légitimité de la prise en compte d'un tel élément ne saurait faire disparaître le caractère excessif de son utilisation dans les circonstances de l'espèce.

88. Ainsi, malgré les précautions de la cour administrative d'appel de Nancy, puis du Conseil d'Etat, pour justifier la prise en compte des « conditions de vie » de la requérante, force est de constater que les orientations sexuelles de cette dernière n'ont cessé d'être au centre du débat la concernant et qu'elles ont été omniprésentes à tous les niveaux des procédures administrative et juridictionnelle.

89. La Cour considère que la référence à l'homosexualité de la requérante était sinon explicite du moins implicite. L'influence de l'homosexualité déclarée de la requérante sur l'appréciation de sa demande est avérée et, compte tenu de ce qui précède, elle a revêtu un caractère décisif, menant à la décision de refus d'agrément en vue d'adopter (voir, *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 35).

90. La requérante a donc fait l'objet d'une différence de traitement dont il convient de vérifier le but et, si ce dernier était légitime, s'il existait une justification pour une telle différence.

91. La Cour rappelle en effet qu'une distinction est discriminatoire, au sens de l'article 14, si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, notamment, *Karlheinz Schmidt*, précité, § 24 ; *Petrovic*, précité, § 30 ; *Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 29). Lorsque l'orientation sexuelle est en jeu, il faut des raisons particulièrement graves et convaincantes pour justifier une différence de traitement s'agissant de droits tombant sous l'empire de l'article 8 (voir, *mutatis mutandis*, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 89, CEDH 1999-VI ; *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, nos 31417/96 et 32377/96, § 82, 27 septembre 1999 ; *S.L. c. Autriche*, n° 45330/99, § 37, CEDH 2003-I).

92. La Cour rappelle également à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir, notamment, *Johnston et autres*, précité, § 53).

93. Or, de l'avis de la Cour, si les raisons avancées pour une telle distinction se rapportaient uniquement à des considérations sur l'orientation sexuelle de la requérante, la différence de traitement constituerait une discrimination au regard de la Convention (*Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 36).

94. La Cour rappelle que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par un célibataire, ouvrant ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle, ce qui n'est pas contesté. Compte tenu de cette réalité du régime légal interne, elle considère que 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.

95. Elle note enfin que les dispositions pertinentes du code civil restent muettes quant à la nécessité d'un référent de l'autre sexe, cette dernière ne dépendant de toute façon pas des orientations sexuelles du parent célibataire adoptif. En l'espèce, qui plus est, la requérante présentait, pour reprendre les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat, « des qualités humaines et éducatives certaines », ce qui servait assurément l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents.

96. Compte tenu de ce qui précède, force est donc de constater que les autorités internes ont, pour rejeter la demande d'agrément en vue d'adopter présentée par la requérante, opéré une distinction dictée par des considérations tenant à son orientation sexuelle, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention (voir l'arrêt *Salgueiro da Silva Mouta*, précité, § 36). [...]

98. Partant, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 8. »

§ 2 – L'adoption coparentale : le droit à un traitement identique des adoptants en couple hors mariage, indépendamment de leur orientation sexuelle

Il importe de préciser à titre liminaire que la solution jurisprudentielle décrite ci-après concerne l'adoption dite coparentale : c'est-à-dire l'adoption par laquelle un membre d'un couple adopte l'enfant de l'autre, sans que le premier parent ne perde ses droits légaux, le but étant que chacun des membres du couple ait le statut de parent légal. Cette hypothèse de l'adoption coparentale – également désignée « adoption par le second parent » – ne doit pas être confondue avec l'adoption conjointe par les deux membres du couple (dans laquelle ces derniers sont tous deux pareillement étrangers à l'enfant).

Depuis 2013, la Cour estime que lorsqu'un Etat permet l'adoption par le second parent pour une personne en couple en dehors du mariage, une différence de traitement en fonction de l'orientation sexuelle de l'adoptant est discriminatoire.

X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07

Les principaux faits

Les requérants sont deux ressortissantes autrichiennes (« la première requérante » et « la troisième requérante ») qui sont nées en 1967. Elles ont une relation lesbienne stable et vivent ensemble avec le fils de l'une d'elles (« le deuxième requérant »). Né hors mariage en 1995, celui-ci est sous la garde exclusive de sa mère. Les requérants vivent au sein du même foyer, où les deux femmes s'occupent ensemble de l'enfant.

Souhaitant créer une relation juridique entre la première requérante et l'enfant sans rompre la relation entre celui-ci et sa mère, les deux requérantes conclurent en février 2005 une convention d'adoption, qu'elles soumirent pour approbation au tribunal de district compétent. Conscientes que les dispositions pertinentes du code civil pouvaient être interprétées comme excluant l'adoption par un membre d'un couple homosexuel de l'enfant de son partenaire sans que le lien de l'enfant avec son parent biologique ne s'en trouve rompu, les requérantes invitèrent la Cour constitutionnelle à déclarer inconstitutionnelles lesdites dispositions au motif qu'elles leur faisaient subir une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle. En juin 2005, la Cour constitutionnelle rejeta leur demande pour irrecevabilité, le tribunal de district n'ayant pas encore statué.

En octobre 2005, le tribunal de district refusa d'approuver la convention d'adoption, estimant que le code civil prévoyait que, en cas d'adoption monoparentale, le parent adoptant remplaçait le parent biologique du même sexe, ce qui entraînait la rupture des liens entre celui-ci et l'enfant. Dans l'affaire des requérants, l'adoption de l'enfant par la première requérante aurait eu pour effet de rompre la relation de l'enfant avec sa mère, et non avec son père.

En février 2006, le tribunal régional rejeta le recours formé par les requérants. Faisant siens les motifs retenus par le tribunal de district, le tribunal régional ajouta que le droit autrichien, s'il ne donnait pas de définition précise du terme « parents », désignait clairement par ce terme deux personnes de sexe différent. Lorsque, comme dans l'affaire des requérants, l'enfant avait ses deux parents, il n'y avait pas lieu de remplacer l'un d'eux par un parent adoptif. Le tribunal fit observer à cet égard qu'il ressortait du dossier que l'enfant avait des contacts réguliers avec son père. Il n'examina pas la question de savoir si, comme le prétendaient les requérants, il y avait des raisons de passer outre au refus du père de consentir à l'adoption. En septembre 2006, la Cour suprême rejeta le pourvoi en cassation des requérants, estimant que l'adoption d'un enfant par la partenaire de sa mère était juridiquement impossible et que les dispositions pertinentes du code civil ne révélaient aucune apparence d'inconstitutionnalité.

Invoquant l'article 14 combiné avec l'article 8, les requérants se disaient victimes d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes. D'après eux, il n'existait aucun motif raisonnable et objectif propre à justifier que l'on ouvre l'adoption coparentale aux couples de sexes opposés – mariés ou non – mais qu'on l'interdise aux couples de même sexe.

La décision de la Cour

Mettant en œuvre l'article 14 combiné avec l'article 8, la Cour compare alors la situation juridique des requérants du point de vue de l'adoption parentale, d'une part, avec celle des couples hétérosexuels non mariés et, d'autre part, avec celles des couples hétérosexuels mariés et conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 dans le premier cas et à l'absence de violation dans le second. La première hypothèse – celle portant sur la comparaison entre des couples hors mariage – sera exposée dès à présent ; la seconde – portant sur la comparaison entre des couples mariés et non mariés – le sera plus tard, lors des développements consacrés à la question du mariage (*cf. infra*).

La Cour admet que la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

Le droit autrichien ouvre l'adoption coparentale aux couples hétérosexuels non mariés. En revanche, il est juridiquement impossible à un couple homosexuel de procéder à une adoption coparentale, car les dispositions pertinentes du code civil prévoient que l'adoptant se substitue au parent biologique du même sexe que lui.

La première requérante étant une femme, en cas d'adoption par elle de l'enfant de sa compagne, seuls les liens juridiques entre celui-ci et cette dernière auraient pu être rompus. Les intéressées ne pouvaient donc pas recourir à l'adoption en vue de créer, entre la première requérante et le deuxième requérant, un lien de filiation qui se serait ajoutée à celui qui existait entre l'enfant et sa mère.

La différence de traitement subie par les intéressés par rapport à un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre était fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes.

« 136. [...] [L]a Cour relève que l'article 8 de la Convention n'impose pas aux Etats contractants d'étendre le droit à l'adoption coparentale aux couples non mariés [...]. Toutefois, la législation autrichienne ouvre cette forme d'adoption aux couples hétérosexuels non mariés. En conséquence, la Cour doit rechercher si le refus d'accorder ce droit aux couples homosexuels (non mariés) poursuit un but légitime et est proportionné à ce but. »

Selon les juridictions internes et le Gouvernement, le droit autrichien de l'adoption vise à recréer la situation que l'on trouve dans une famille biologique.

« 137. [...] [L]es juridictions internes et le Gouvernement ont mis en avant le souci de protéger la famille traditionnelle, lui-même fondé sur le postulat tacite selon lequel seules les familles composées de parents de sexe opposé sont capables d'élever convenablement des enfants. »

138. La Cour reconnaît que le souci de protéger la famille au sens traditionnel du terme constitue en principe un motif important et légitime apte à justifier une différence de traitement (Karner, précité, § 40, et Kozak, précité, § 98). Il va sans dire que la protection de l'intérêt de l'enfant est aussi un but légitime. Reste à savoir si le principe de proportionnalité a été respecté en l'espèce.

[...]

140. Lorsque la marge d'appréciation laissée aux Etats est étroite, dans le cas par exemple d'une différence de traitement fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle, non seulement le principe de proportionnalité exige que la mesure retenue soit normalement de nature à permettre la réalisation du but recherché, mais il oblige aussi à démontrer qu'il était nécessaire, pour atteindre ce but, d'exclure certaines personnes – en l'espèce les individus vivant une relation homosexuelle – du champ d'application de la mesure dont il s'agit (Karner, précité, § 41, et Kozak, précité, § 99).

Le gouvernement autrichien n'a pas fourni de preuve établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple lesbien ou gay ou bien d'avoir légalement deux mères ou deux pères.

« 142. [...] Le Gouvernement n'a pas présenté d'arguments précis, d'études scientifiques ou d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer que les familles homoparentales ne peuvent en aucun cas s'occuper convenablement d'un enfant.

[...]

« 144. En outre, le droit autrichien paraît manquer de cohérence. Il autorise l'adoption par une seule personne, même homosexuelle. Si celle-ci vit avec un partenaire enregistré, le consentement de celui-ci est requis [...]. Par conséquent, le législateur admet qu'un enfant peut grandir au sein d'une famille fondée sur un couple homosexuel, reconnaissant ainsi que cette situation n'est pas préjudiciable à l'enfant. [...] »

145. La Cour juge pertinente la thèse des requérants selon laquelle les familles de fait fondées sur un couple homosexuel sont une réalité que le droit ne reconnaît et ne protège pas. Elle constate que, contrairement à l'adoption monoparentale et à l'adoption conjointe, qui visent habituellement à créer des liens entre un enfant et un adoptant étrangers l'un à l'autre, l'adoption coparentale a pour objet de conférer au partenaire de l'un des parents de l'enfant des droits à l'égard de celui-ci. La Cour elle-même a fréquemment souligné l'importance que revêt la reconnaissance juridique des familles de fait (*Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, n° 76240/01, § 119, 28 juin 2007 ; voir aussi, en matière d'adoption coparentale, *Eski*, précité, § 39, et *Emonet et autres*, précité, §§ 63-64).

146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale – suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale [...]. En l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militent en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents [...].

[...]

149. En outre, et dans le seul but de répondre à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existe pas de consensus européen en la matière, il convient de garder à l'esprit que la Cour n'est pas appelée à se prononcer sur la question générale de l'accès des homosexuels à l'adoption coparentale, mais sur celle d'une différence de traitement alléguée entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels dans ce domaine. Dans ces conditions, seuls les dix Etats membres du Conseil de l'Europe qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés peuvent servir de point de comparaison. Six d'entre eux traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard. Ils sont quatre à avoir adopté la même position que l'Autriche [...]. La Cour est d'avis que l'étroitesse de cet échantillon ne permet de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe.

En conclusion, la Cour estime que le Gouvernement n'a pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale ouverte aux couples hétérosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection de l'intérêt de l'enfant. Partant, la différence de traitement litigieuse était discriminatoire.

Section 2 – Le mariage : un domaine pleinement à l'appréciation des Etats : l'absence d'un droit au mariage homosexuel

Il ressort de la jurisprudence européenne que le droit au mariage est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme uniquement au profit des couples composés d'un homme et d'une femme et non aux couples dont les membres sont de même sexe.

En d'autres termes, la question de la reconnaissance, ou non, du droit au mariage entre des personnes de même sexe est laissée à la libre appréciation des Etats pour soit le refuser, soit l'autoriser.

Par voie de conséquence, est également laissé à l'appréciation des Etats, l'établissement, ou non, de certaines différences de traitement entre les couples mariés et les unions civiles, et donc indirectement entre les couples mariés de sexes opposés et les partenariats enregistrés entre des personnes de même sexe.

§ 1 – La possibilité étatique de reconnaître, ou non, le droit au mariage homosexuel

Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04

Les principaux faits

Les requérants, Horst Michael Schalk et Johann Franz Kopf, sont des ressortissants autrichiens nés en 1962 et 1960 respectivement et résidant à Vienne. Ils forment un couple du même sexe.

En septembre 2002, ils prièrent les autorités compétentes de les autoriser à se marier. La mairie de Vienne rejeta leur demande au motif que seules deux personnes de sexe opposé pouvaient se marier. Ils attaquèrent la décision de la mairie devant le chef du gouvernement provincial de Vienne, qui la confirma en avril 2003.

Dans le cadre du recours constitutionnel qu'ils formèrent ultérieurement, les requérants alléguèrent en particulier que l'impossibilité juridique pour eux de se marier méconnaissait leur droit au respect de la vie privée et familiale et le principe de non-discrimination. En décembre 2003, la Cour constitutionnelle rejeta ce recours, jugeant notamment que ni la Constitution autrichienne ni la Convention européenne des droits de l'homme n'exigeaient l'extension de la notion de mariage, institution ayant pour cause la procréation, à des relations d'une autre nature et que la protection des relations entre personnes de même sexe, sur le terrain de la Convention, n'imposait pas de modifier les lois relatives au mariage.

Le 1^{er} janvier 2010 entra en vigueur en Autriche la loi sur le concubinage officiel, visant à offrir aux couples de même sexe un mécanisme formel permettant de reconnaître leurs relations et de donner juridiquement effet à celles-ci. Bien que ce texte donne aux concubins officiels la plupart des mêmes droits et obligations que les personnes mariées, certaines différences demeurent. Ainsi, l'adoption d'un enfant par les concubins officiels, l'adoption de l'enfant de l'un d'eux par l'autre et le recours à l'insémination artificielle sont interdits.

Invoquant l'article 12 de la Convention, les requérants se plaignaient du refus des autorités de les autoriser à se marier. Sur le terrain de l'article 14 combiné avec l'article 8, ils se disaient en outre victimes d'une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle en ce qu'on leur avait refusé le droit de se marier et qu'ils n'avaient pas eu d'autre possibilité de faire légalement reconnaître leur relation avant l'entrée en vigueur de la loi sur le concubinage officiel.

La décision de la Cour

Sur la question du mariage, la Cour reconnaît aux États une large marge d'appréciation pour accorder, ou non, aux lesbiennes et aux gays un droit au mariage : d'une part, l'absence de reconnaissance du droit au mariage au profit des couples de même sexe ne viole pas l'article 12 énonçant le droit au mariage et, d'autre part, la différence de traitement entre les couples homosexuels et hétérosexuels à cet égard n'est donc pas regardée comme étant contraire au principe de non-discrimination que renferme l'article 14 combiné avec l'article 8 énonçant le droit au respect de la vie privée et familiale.

► Concernant la violation alléguée de l'article 12 de la Convention, la Cour adopte le raisonnement suivant.

« 49. D'après la jurisprudence constante de la Cour, par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Son exercice entraîne des conséquences d'ordre personnel, social et juridique. Il « obéit aux lois nationales des États contractants », mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, § 34, 13 septembre 2005, et *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 32, série A n° 128).

50. La Cour observe d'emblée qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'examiner la question de savoir si deux personnes de même sexe peuvent prétendre au droit de se marier. Toutefois, elle peut déduire certains principes de sa jurisprudence relative aux transsexuels.

51. Dans un certain nombre d'affaires, la question s'est posée de savoir si le refus de permettre à un transsexuel opéré de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe emportait violation de l'article 12. Dans ses premiers arrêts sur le sujet, la Cour a jugé que l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 fournissait à l'État défendeur un motif suffisant de continuer d'appliquer des critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage. Elle a ainsi considéré que cette matière relevait du pouvoir dont jouissent les États contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier (*Sheffield et Horsham*, précité, § 67, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, § 46, série A n° 184, et *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, §§ 49-50, série A n° 106).

52. Dans l'arrêt *Christine Goodwin* (précité, §§ 100-104), la Cour s'est écartée de cette jurisprudence : elle a considéré que les termes utilisés à l'article 12, à savoir le droit pour un homme et une femme de se marier, ne pouvaient plus être compris comme impliquant que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques. A cet égard, elle a noté que, depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société. De plus, elle s'est référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le libellé diffère de celui de l'article 12. Enfin, la Cour a noté que le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle recueillait une grande adhésion. Pour conclure, la Cour a jugé que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle avait emporté violation de l'article 12 de la Convention.

53. Deux autres affaires présentent un intérêt dans le présent contexte : *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, CEDH 2006-XV, et *R. et F. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 35748/05, 28 novembre 2006). Dans les deux cas, les requérantes formaient un couple marié composé d'une femme et d'un transsexuel passé du sexe

masculin au sexe féminin à la suite d'une opération. Elles se plaignaient notamment sous l'angle de l'article 12 de la Convention de l'obligation de mettre un terme à leur mariage pour que la seconde requérante puisse obtenir la pleine reconnaissance juridique de son changement de sexe. La Cour a rejeté ce grief pour défaut manifeste de fondement après avoir noté que le droit interne ne permettait le mariage qu'entre personnes de sexe opposé, qu'il s'agisse du sexe à la naissance ou du sexe résultant d'une procédure de reconnaissance de l'identité sexuelle, et qu'il n'autorisait pas le mariage homosexuel. Elle a rappelé que, de même, l'article 12 consacrait le concept traditionnel du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme. La Cour a reconnu qu'un certain nombre d'Etats contractants avaient ouvert le mariage aux partenaires de même sexe tout en précisant que ce choix reflétait leur propre conception du rôle du mariage dans leur société et ne découlait pas d'une interprétation du droit fondamental en cause tel qu'énoncé par les Etats contractants dans la Convention en 1950. La Cour a conclu que la question de savoir comment encadrer juridiquement les effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait de la marge d'appréciation de l'Etat. Elle a en outre estimé que, au cas où les requérantes décideraient de divorcer pour permettre au conjoint transsexuel d'obtenir une reconnaissance complète de sa nouvelle identité sexuelle, le fait que les requérantes aient la possibilité de conclure un partenariat civil contribuait à conférer un caractère proportionnel au régime de reconnaissance de l'appartenance sexuelle attaqué.

54. La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 12, « l'homme et la femme » ont le droit de se marier. Selon le texte anglais, « *men and women (...) have the right to marry*. Cette disposition énonce de plus le droit de fonder une famille.

55. Les requérants plaident que ce libellé n'implique pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et *vice versa*. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et liberté à « toute personne » ou indiquent que « nul » ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. De surcroît, il faut tenir compte du contexte historique dans lequel la Convention a été adoptée. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent.

56. Quant au rapport entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille, la Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit de se marier (*Christine Goodwin*, précité, § 98). Cependant, ce constat n'autorise pas à tirer une quelconque conclusion au sujet du mariage homosexuel.

57. Quoiqu'il en soit, les requérants ne s'appuient pas principalement sur une interprétation littérale de l'article 12. Ils invoquent en substance la jurisprudence de la Cour selon laquelle la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui (*E.B. c. France* [GC], n° 43546/02, § 92, CEDH 2008-..., et *Christine Goodwin*, précité, §§ 74-75). D'après les requérants, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, l'article 12 doit se comprendre comme accordant aux couples homosexuels le droit au mariage ou, en d'autres termes, comme obligeant les Etats membres à leur accorder ce droit dans leur législation.

58. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Bien que, comme elle l'a noté dans l'arrêt *Christine Goodwin*, l'institution du mariage ait été profondément bouleversée par l'évolution de la société depuis l'adoption de la Convention, elle observe qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question du mariage homosexuel. A l'heure actuelle, seuls six Etats contractants sur quarante-sept autorisent le mariage entre partenaires de même sexe.

59. Ainsi que le gouvernement défendeur et le gouvernement britannique, tiers intervenant, l'ont fait valoir à juste titre, il convient d'établir une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Christine Goodwin*. Dans cet arrêt (précité, § 103), la Cour a observé qu'il existait une convergence des normes s'agissant du mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle. De plus, cette affaire ne concernait que le mariage de partenaires n'appartenant pas au même sexe (*gender* en anglais), cette notion étant définie non à l'aide de critères purement biologiques mais en tenant compte d'autres facteurs tels que le changement de sexe de l'un des partenaires.

60. Pour en venir à la comparaison entre l'article 12 de la Convention et l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« la Charte »), la Cour a déjà indiqué que la référence à l'homme et à la femme a été délibérément omise de cette dernière disposition (*Christine Goodwin*, précité, § 100). Le commentaire relatif à la Charte, qui est devenu juridiquement contraignant en décembre 2009, confirme que l'article 9 est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme. En même temps, la référence qu'il contient aux lois nationales reflète la diversité des législations de chaque pays, qui vont d'une autorisation du mariage homosexuel à une interdiction explicite de celui-ci. En mentionnant les lois nationales, l'article 9 de la

Charte laisse les Etats décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel. Pour reprendre les termes du commentaire : « on pourrait dire que rien ne s'oppose à la reconnaissance des relations entre personnes de même sexe dans le cadre du mariage. Cependant, cette disposition n'exige pas non plus explicitement que les lois nationales facilitent ce type de mariage. »

61. Dès lors, prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants.

62. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, précité, § 36).

63. En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants.

64. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 12 de la Convention. ».

► Concernant la violation alléguée de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, la Cour adopte le raisonnement qui suit.

« 65. Sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, les requérants se plaignent d'avoir subi une discrimination fondée sur leur orientation sexuelle au motif que le droit de se marier leur a été refusé et qu'ils n'avaient pas d'autre possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

[...]

97. D'une part, la Cour a maintes fois dit que, comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Karner*, précité, § 37, *L. et V. c. Autriche*, précité, § 45, et *Smith et Grady*, précité, § 90). D'autre part, la marge d'appréciation accordée à l'Etat au titre de la Convention est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale (voir, par exemple, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 65731/01, § 52, CEDH 2006-VI).

98. L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (*Petrovic*, précité, § 38).

99. Bien que les parties ne se soient pas expressément prononcées sur le point de savoir si les requérants se trouvaient dans une situation comparable aux couples hétérosexuels, la Cour se fonde sur la prémisse selon laquelle les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables. Les requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation.

100. Les requérants soutiennent qu'ils subissent une discrimination en tant que couple homosexuel, premièrement parce qu'ils n'ont toujours pas accès au mariage et, deuxièmement, parce qu'ils ne disposaient d'aucun autre moyen juridique de faire reconnaître leur relation jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré.

101. Pour autant que les requérants semblent faire valoir que le droit au mariage homosexuel peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 à défaut d'être inclus dans l'article 12, la Cour marque son désaccord avec cette thèse. Elle rappelle que la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres (*Johnston et autres*, précité, § 57). Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation.

102. Pour en venir à la seconde branche du grief des requérants, à savoir l'absence d'autre forme de reconnaissance juridique, la Cour note qu'à l'époque où les requérants ont introduit leur requête ils ne disposaient d'aucune possibilité de faire reconnaître leur relation en droit autrichien. Cette situation a perduré jusqu'au 1^{er} janvier 2010, date à laquelle est entrée en vigueur la loi sur le partenariat enregistré.

103. La Cour rappelle à cet égard que, dans une affaire tirant son origine d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie (*F. c. Suisse*, précité, § 31). Sachant que les requérants peuvent désormais conclure un partenariat enregistré, la Cour n'a pas à rechercher si l'absence de reconnaissance juridique des couples homosexuels aurait emporté violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 si telle était encore la situation.

104. La question qui reste à trancher en l'occurrence est celle de savoir si l'Etat défendeur aurait dû fournir aux requérants un autre mode de reconnaissance juridique de leur relation plus tôt qu'il ne l'a fait.

105. Force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives (*Courten*, déc. précitée, et *M.W. c. Royaume-Uni* (déc.), n° 11313/02, 23 juin 2009, ces deux décisions se rapportant à l'introduction de la loi sur le partenariat civil au Royaume-Uni).

106. La loi autrichienne sur le partenariat enregistré, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, reflète l'évolution décrite ci-dessus et s'inscrit ainsi dans le cadre du consensus européen qui est en train d'apparaître. Même s'il n'est pas à l'avant-garde, le législateur autrichien ne saurait se voir reprocher de ne pas avoir créé plus tôt la loi sur le partenariat enregistré (voir, *mutatis mutandis*, *Petrovic*, précité, § 41).

107. Enfin, la Cour entend se pencher sur l'argument des requérants selon lequel ils subissent encore une discrimination en tant que couple homosexuel à raison des différences existant entre, d'une part, le statut conféré par le mariage et, d'autre part, celui découlant du partenariat enregistré.

108. La Cour part de ses constats précédents, à savoir que les Etats demeurent libres, tant au regard de l'article 12 qu'au titre de l'article 14 combiné avec l'article 8, de n'ouvrir le mariage qu'aux couples hétérosexuels. Néanmoins, les requérants paraissent soutenir que, si un Etat décide d'offrir aux couples homosexuels un autre mode de reconnaissance juridique, il est obligé de leur conférer un statut qui, même s'il porte un nom différent, correspond à tous égards au mariage. La Cour n'est pas convaincue par cet argument. Elle pense au contraire que les Etats bénéficient d'une certaine marge d'appréciation pour décider de la nature exacte du statut conféré par les autres modes de reconnaissance juridique.

109. La Cour observe que la loi sur le partenariat enregistré donne aux requérants la possibilité d'obtenir un statut juridique équivalent ou similaire au mariage à de nombreux égards. Les différences s'agissant des conséquences matérielles sont minimales tandis que celles qui subsistent quant aux droits parentaux sont importantes. Toutefois, cela correspond dans l'ensemble à la tendance observée dans d'autres Etats membres. De plus, la Cour n'a pas à se prononcer en l'espèce sur chacune de ces différences de manière détaillée. Par exemple, les requérants n'ayant pas allégué qu'ils étaient directement touchés par les restrictions en matière d'insémination artificielle ou d'adoption, rechercher si ces différences sont justifiées dépasserait du cadre de la présente requête. Dans l'ensemble, la Cour ne discerne nul signe indiquant que l'Etat défendeur aurait outrepassé sa marge d'appréciation dans le choix qu'il a fait des droits et obligations conférés par le partenariat enregistré.

110. Partant, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8. »

§ 2 – La possibilité étatique d'établir, ou non, certaines différences de traitement entre les couples mariés et les unions civiles

La fait que, la Convention, n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples gays ou lesbiens – ni sur fondement de l'article 12, ni sur celui de l'article 14 combiné avec l'article 8 – a pour conséquence que la question de la reconnaissance, ou non, du couple homosexuel relève de la libre appréciation des Etats. Les Etats sont donc libres d'offrir aux couples de même sexe une certaine reconnaissance juridique, soit sous la forme du mariage, soit sous la forme d'une union civile. Lorsque les Etats décident d'offrir aux couples de même sexe un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient, sur le terrain de l'article 14, d'une certaine marge d'appréciation pour établir des distinctions entre les couples mariés et ceux non mariés et donc – indirectement – entre les couples hétérosexuels et les couples homosexuels.

Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, n° 25951/07

C'est donc, depuis ce point de vue des conséquences indirectes pour les couples de même sexe que cette affaire mérite d'être examinée.

Les principaux faits

Les requérantes, Valérie Gas et Nathalie Dubois, sont deux ressortissantes françaises qui vivent en concubinage en France depuis 1989. En septembre 2000, Nathalie Dubois donna naissance en France à une fille, A., conçue en Belgique par procréation médicalement assistée avec donneur anonyme (IAD). L'enfant, qui n'a pas de filiation établie à l'égard du père, conformément à la loi belge, a été reconnue par sa mère le 9 octobre 2000. Elle vit depuis sa naissance au domicile commun des requérantes. En avril 2002, Mmes Gas et Dubois conclurent une forme d'union civile appelée « pacte civil de solidarité » (PACS).

Le 3 mars 2006, Mme Gas forma devant le tribunal de grande instance de Nanterre une requête en adoption simple de la fille de sa partenaire, Mme Dubois, avec le consentement exprès de celle-ci donné devant notaire. Le 4 juillet 2006, le tribunal rejeta la demande aux motifs que l'adoption demandée en se fondant sur l'article 365 du code civil, qui n'interdit pas en soi l'adoption dans un tel cas, mais parce que celle-ci aurait eu pour effet de transférer de manière exclusive à Mme Gas l'autorité parentale, en privant Mme Dubois de celle-ci. L'article 365 ne prévoit en effet qu'une seule exception à ce transfert exclusif, lorsque l'adoptant est le conjoint du parent. Or M^{me} Gas n'est pas le conjoint de M^{me} Dubois et, en l'état du droit français, ne peut pas l'être, puisqu'il reconnaît le mariage uniquement pour les personnes de sexe opposé et non pour celles de même sexe¹¹⁴. La Cour d'appel de Versailles confirma cette conclusion : dès lors que les requérantes ne pouvaient bénéficier du partage de l'autorité parentale prévu par le code civil en cas d'adoption par l'époux ou par l'épouse du parent biologique, Mme Dubois aurait été privée, du fait de l'adoption, de tout droit sur son enfant.

Mmes Gas et Dubois se plaignaient du rejet de l'adoption simple, sollicitée par Mme Gas, de l'enfant de Mme Dubois. Elles estimaient que cette décision avait porté atteinte à leur droit à la vie privée et familiale de façon discriminatoire, en violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

La décision de la Cour

Dans son arrêt de chambre, la Cour estime que le principe de non-discrimination garanti par la Convention n'a pas été violé au terme d'un raisonnement qui est le suivant. La Cour a estimé, d'une part, qu'on ne saurait considérer que les requérantes se trouvaient dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés concernant l'adoption par le second parent. La Cour n'a, d'autre part, pas relevé de différence de traitement basée sur l'orientation sexuelle des requérantes puisque les couples hétérosexuels pacsés se voient également refuser les adoptions simples. Répondant à l'argumentation des requérantes selon laquelle les couples hétérosexuels pacsés pouvaient échapper à cette interdiction en se mariant, la Cour a réitéré ses conclusions concernant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (*Schalk et Kopf c. Autriche*).

X et autres c. Autriche, 19 février 2013, n° 19010/07

Dans cette affaire, dont les faits ont été exposés en détails précédemment et qui concerne la question de l'adoption coparentale (*cf. supra*), deux femmes vivant ensemble une relation lesbienne stable se plaignaient du refus des juridictions autrichiennes de faire droit à la demande de l'une d'elles d'adopter le fils de l'autre sans que les liens juridiques entre la mère et l'enfant ne s'en trouvent rompus.

D'un côté, la Cour compare le régime juridique appliqué aux requérantes, d'un côté, avec celui prévue pour les couples hétérosexuels non mariés et aboutit à la conclusion de la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (ce point a été exposé précédemment : *cf. supra*). De l'autre, elle effectue de la comparaison avec le régime juridique prévu pour les couples hétérosexuels mariés (lesquels sont les seuls à pouvoir se marier selon l'état du droit autrichien à l'époque des faits) et conclut à l'absence de violation l'article 14 et en l'espèce combiné avec l'article 8 de la Convention au terme d'un raisonnement qui ici le suivant.

La Cour confirme sur ce point précis la solution qu'elle a rendue dans l'arrêt qu'elle a récemment rendu dans l'affaire *Gas et Dubois c. France*, dans la quelle elle a jugé que la situation d'un couple lesbien dont l'un des membres souhaitait adopter l'enfant de l'autre sans que les liens juridiques rattachant la mère à son enfant ne s'en trouvent rompus n'était pas comparable à celle d'un couple marié. En d'autres termes, la différence de

¹¹⁴L'article 365 du code civil régit la dévolution de l'exercice de l'autorité parentale dans l'adoption simple. L'autorité parentale est transférée à l'adoptant, le ou les parent(s) d'origine perdant ainsi l'autorité parentale, à l'exception des cas d'adoption de l'enfant de l'époux ou de l'épouse de l'adoptant (dans ce cas, l'autorité parentale est partagée entre les époux). Cette exception ne s'applique pas aux partenaires liés par un PACS.

traitement entre les couples mariés et les couples non mariés est regardée comme étant justifiée et donc non discriminatoire. La Cour n'aperçoit pas de raison de s'écarter ici de la solution à laquelle elle est parvenue dans l'arrêt en question. Cette affaire confirme donc le fait que le critère de distinction qu'elle considère comme objectivement justifié pour autoriser ou non l'adoption coparentale à un couple est celui l'existence ou non d'un lien marital. La question ici en jeu n'est donc celle de l'orientation sexuelle mais du mariage.

Elle rappelle que la Convention n'impose pas aux Etats membres l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Lorsque les Etats décident d'offrir aux couples gays ou lesbien un autre mode de reconnaissance juridique, ils bénéficient d'une certaine latitude (marge d'appréciation) pour décider de la nature exacte du statut conféré. En outre, le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent et emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. La Cour conclut en l'espèce que la situation des requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple marié. Par conséquent, il n'y a pas eu violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des intéressées à celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre. En conclusion, la Cour consacre la possibilité de différencier le régime d'adoption des couples mariés et non mariés.

Sabine Boeckel et Anja Gessner-Boeckel c. Allemagne, 7 mai 2013, n° 8017/11

Cette affaire concerne un couple de femmes, liées par un partenariat civil enregistré et durant lequel l'une d'elle a eu un enfant ; celui-ci a été adopté par sa partenaire selon une procédure d'adoption coparentale permettant ainsi aux deux femmes composant le couple d'exercer l'autorité parentale vis-à-vis de l'enfant. Toutefois les règles d'inscription du statut de parent sur l'acte de naissance de l'enfant diffèrent selon que l'enfant est né dans le cadre d'un mariage entre des personnes de sexe opposé et ou en dehors du mariage dans le cadre d'un partenariat civil entre des personnes de même sexe comme en l'espèce. Les requérantes se plaignaient, sous l'angle de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) pris isolément et combiné avec l'article 14 (interdiction de la discrimination), du refus d'inscrire l'une comme parent sur l'acte de naissance de l'enfant auquel l'autre a donné le jour pendant leur partenariat, contrairement à la possibilité offerte au mari d'une mère d'un enfant né dans le cadre du mariage. La Cour a jugé que la situation des requérantes n'est pas comparable à celle d'un couple hétérosexuel marié en ce qui concerne les mentions à porter sur l'acte de naissance d'un enfant et a rejeté la requête comme étant irrecevable car pour défaut manifeste de fondement.

Titre II

Le standard de protection des personnes transgenres

Initialement, dans les années 1980, la Cour européenne des droits de l'homme avait affirmé qu'en matière de protection des personnes transgenres, les États européens bénéficient d'une manière générale d'une large marge d'appréciation.

Cette position a progressivement été nuancée de sorte qu'il importe aujourd'hui de distinguer les domaines dans lesquels les États ont au fil du temps perdu cette large marge d'appréciation et ceux dans lesquels elle a été maintenue.

La marge nationale d'appréciation a été réduite, d'abord de manière circonstanciée à partir du début des années 1990 – le premier arrêt de violation datant de 1992 –, puis de manière plus large ou décisive à partir du début des années 2000 – à la suite d'un important arrêt rendu 2002 – pour tout ce qui concerne principalement la reconnaissance de la conversion sexuelle et de la possibilité des personnes transgenres de se marier.

En revanche, la marge nationale d'appréciation demeure large au profit des États membres de la Convention pour ce qui a trait, depuis 2006, à la question de l'établissement d'une filiation à l'égard d'un enfant non biologique et, depuis 1997, à celle des répercussions possibles de la reconnaissance de la conversion sexuelle sur l'absence de reconnaissance du droit au mariage homosexuel.

Chapitre I

Les domaines relevant d'un droit commun européen

En l'état actuel, la jurisprudence européenne reconnaît aux personnes transgenres un véritable droit à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle ainsi que le droit des personnes transgenres de se marier à une personne du sexe opposé (au nouveau sexe après conversion). Le premier de ces droits est établi, de manière circonstanciée, depuis l'arrêt *B. c. France* de 1992, et, de manière principielle, à la suite du célèbre arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* de 2002. Le second n'a été obtenu qu'en 2002 par ce même et dernier arrêt *Goodwin*. Sur ces deux questions, la Cour européenne des droits de l'homme impose désormais aux Etats membres de la Convention une marge d'appréciation restreinte et offre aux personnes transgenres un standard de protection commun à l'ensemble des États européens.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Durant la période antérieure, depuis un arrêt *Rees c. Royaume-Uni* de 1986 et une série d'applications jurisprudentielles (*Cossey* de 1990 et *Sheffield et Horsham* de 1998), le juge européen refusait de consacrer l'un et l'autre droit et accordait en ces matières aux Etats contractants une large marge d'appréciation.

L'arrêt *Goodwin*, précité, résume lui-même la position de la Cour durant la période qui l'a précédé :

73. La Cour rappelle qu'elle a déjà eu à examiner des griefs relatifs à la situation des transsexuels au Royaume-Uni (arrêts *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A n° 106, *Cossey* précité, X, Y et Z c. *Royaume-Uni* du 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II, et *Sheffield et Horsham* précité, p. 2011). Dans ces affaires, elle avait conclu que le refus du gouvernement britannique de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits qui ont une substance et une nature différentes de celles des mentions originales concernant le sexe déclaré de l'individu, ne pouvait passer pour une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée (arrêts *Rees*, p. 14, § 35, et *Cossey*, p. 15, § 36, précités). Elle avait également estimé que l'Etat défendeur n'avait aucune obligation positive de remanier son système d'enregistrement des naissances en créant un nouveau système ou type de documents aptes à fournir la preuve de l'état civil actuel. Elle avait de même considéré que l'Etat n'était pas astreint à autoriser des annotations dans le registre des naissances ni tenu d'empêcher de divulguer une telle annotation à des tiers (arrêts *Rees*, p. 17, § 42, et *Cossey*, p. 15, §§ 38-39, précités). Dans ces affaires, la Cour avait constaté que les autorités avaient pris des mesures pour minimiser les risques pour les transsexuels de se voir poser des questions embarrassantes (par exemple en leur permettant d'obtenir des permis de conduire, des passeports et d'autres types de documents établis sous leurs nouveaux prénoms et sexe). En outre, elle avait estimé que le parcours personnel des requérants dans ces affaires ne démontrait pas que la non-reconnaissance générale sur le plan juridique de leur conversion sexuelle leur causât des inconvénients d'une gravité suffisante pour que l'on pût considérer qu'il y avait dépassement de la marge d'appréciation de l'Etat en la matière (arrêt *Sheffield et Horsham* précité, pp. 2028-2029, § 59).

74. [...] Dans le contexte en cause, la Cour, depuis 1986, s'est déclarée à maintes reprises consciente de la gravité des problèmes que rencontraient les transsexuels et a souligné l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées en la matière (arrêts *Rees*, pp. 18-19, § 47, *Cossey*, p. 17, § 42, et *Sheffield et Horsham*, p. 2029, § 60, précités).

Par l'arrêt *Goodwin* rendu en 2002, la Cour abandonne la solution rendue dans les arrêts *Rees* de 1986, *Cossey* de 1990 et *Sheffield et Horsham* de 1998. Malgré la persistance des divergences de vues des Etats parties à

la Convention au sujet de la reconnaissance juridique de changement de sexe, la Cour estime que « la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer » et décide que « l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière ». En conséquence, désormais, l'article 8 de la Convention impose aux Etats membres une obligation positive, d'une part, de reconnaître juridiquement, d'une manière ou d'une autre, la conversion sexuelle et, d'autre part, de conférer à la personne transgenre opérée la possibilité de se marier à une personne du sexe opposé (au nouveau sexe après conversion).

Section 1 – Le droit à la reconnaissance de la conversion sexuelle

Dans son principe, le droit à la reconnaissance de la conversion sexuelle a été posé par le célèbre arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* du 11 juillet 2002.

D'autres arrêts posent une série de droits qui peuvent tous être regardés comme des droits connexes au principe général de la reconnaissance de la conversion sexuelle.

§ 1 – Le principe posé par l'arrêt *Goodwin*

Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95

Les faits

Les faits de l'espèce sont présentés par la Cour de la façon suivante.

« 12. Ressortissante britannique née en 1937, la requérante est une transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin.

13. Dès sa petite enfance, elle a eu tendance à s'habiller en fille et, en 1963-1964, elle subit une thérapie d'aversion. Vers le milieu des années 60, les médecins conclurent qu'elle était transsexuelle. Cela ne l'empêcha pas d'épouser une femme et d'avoir avec elle quatre enfants, mais elle avait la conviction que son « sexe cérébral » ne correspondait pas à son physique. A partir de cette époque et jusqu'en 1984, elle s'habilla en homme dans sa vie professionnelle mais en femme durant ses loisirs. En janvier 1985, elle entama réellement un traitement, se rendant une fois tous les trois mois pour des consultations dans un service de Charing Cross Hospital spécialisé dans les problèmes d'identité sexuelle, où elle eut régulièrement des entretiens avec un psychiatre et, parfois, avec un psychologue. On lui prescrivit un traitement hormonal et elle commença à suivre des cours dans le but de travailler son apparence et sa voix. Depuis lors, elle vit totalement comme une femme. En octobre 1986, elle subit une intervention chirurgicale de raccourcissement des cordes vocales. En août 1987, elle fut admise sur une liste d'attente en vue d'une opération de conversion sexuelle. En octobre 1990, elle subit cette opération dans un hôpital du service national de santé (*National Health Service*). Son traitement et l'intervention chirurgicale furent assurés et payés par le service national de santé.

14. La requérante divorça d'avec celle qui avait été son épouse à une date non précisée, mais ses enfants continuèrent à lui témoigner amour et soutien.

15. La requérante prétend avoir été victime de harcèlement sexuel de la part de collègues de travail entre 1990 et 1992. Désireuse d'engager une action pour harcèlement sexuel devant le tribunal du travail (*Industrial Tribunal*), elle ne put le faire au motif, selon elle, qu'elle était considérée comme un homme sur le plan juridique. Elle ne contesta pas cette décision devant la Cour du travail (*Employment Appeal Tribunal*). Licenciée ultérieurement pour raisons de santé, elle affirme que le véritable motif de sa mise à pied réside dans sa transsexualité.

16. En 1996, elle commença à travailler pour un nouvel employeur et fut invitée à fournir son numéro d'assurance nationale. Craignant que l'employeur ne fût en mesure de retrouver les données la concernant (une fois en possession du numéro, celui-ci aurait en effet pu découvrir ses employeurs antérieurs et leur demander des renseignements), elle sollicita, mais en vain, l'attribution d'un nouveau numéro d'assurance nationale auprès du ministère des Affaires sociales (*Department of Social Security* – le « DSS »). Elle communiqua finalement à son nouvel employeur celui qu'elle possédait. Elle affirme que son employeur connaît désormais son identité, car elle a commencé à avoir des problèmes au travail. Ses collègues ont cessé de lui adresser la parole et on lui a rapporté que tout le monde parle d'elle en catimini.

17. Le service des cotisations du DSS informa la requérante qu'elle ne pourrait pas bénéficier d'une pension de retraite de l'Etat à soixante ans, âge d'ouverture des droits à pension pour les femmes au Royaume-Uni. En avril 1997, ce même service l'avisait qu'elle devait continuer à cotiser jusqu'à la date anniversaire de ses

soixante-cinq ans, âge d'admission à la retraite des hommes, c'est-à-dire jusqu'en avril 2002. Le 23 avril 1997, elle s'engagea donc auprès du DSS à payer directement ses cotisations sociales, qui normalement auraient été déduites par son employeur, comme pour tous les employés de sexe masculin. En foi de quoi, le 2 mai 1997, le service des cotisations du DSS lui délivra une attestation de dérogation d'âge (formulaire CF384 – voir « Le droit et la pratique internes pertinents » ci-dessous).

18. Les dossiers de la requérante au DSS furent classés « confidentiels » de façon à ce que seuls les employés d'un certain grade y aient accès. Concrètement, cela signifiait que la requérante devait toujours prendre rendez-vous, même pour les questions les plus insignifiantes, et ne pouvait s'adresser directement au bureau local ou régler des questions par téléphone. Dans son dossier, il est toujours précisé qu'elle est de sexe masculin et, malgré les « procédures spéciales », elle a reçu des lettres du DSS portant le prénom masculin qui lui avait été donné à la naissance.

19. La requérante affirme qu'à plusieurs reprises elle a dû choisir entre divulguer son acte de naissance et renoncer à certains avantages subordonnés à la présentation de ce document. En particulier, elle a préféré ne pas contracter un emprunt pour lequel elle devait souscrire une assurance décès, s'est abstenue de donner suite à une offre de prêt hypothécaire complémentaire et a renoncé à bénéficier pendant l'hiver d'une allocation de chauffage du DSS à laquelle elle pouvait prétendre. De même, elle continue de devoir payer les primes d'assurance automobile – plus élevées – applicables aux hommes. Enfin, elle s'est sentie incapable de signaler à la police un vol de deux cents livres sterling, craignant que l'enquête ne l'obligeât à révéler son identité. »

Dans ces conditions, la requérante s'est plainte de la non reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle et du statut juridique réservés aux personnes transgenres au Royaume-Uni. Elle a dénoncé en particulier le fait que l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance de sa nouvelle identité sexuelle sur le plan juridique a eu des conséquences dommageables sur différents aspects de sa vie privée tant dans les domaines de l'emploi que de la sécurité sociale et des pensions.

La décision de la Cour

La Cour examine cette question de l'absence de reconnaissance de la conversion sexuelle sous l'angle du respect de l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect de la vie privée. Son raisonnement est le suivant.

« 1. Considérations liminaires

71. La présente affaire soulève la question de savoir si l'Etat défendeur a ou non méconnu son obligation positive de garantir à la requérante, transsexuelle opérée, le droit au respect de sa vie privée, notamment en ne reconnaissant pas la conversion sexuelle de l'intéressée sur le plan juridique.

72. La Cour réaffirme que la notion de « respect », au sens de l'article 8, manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants, et la marge d'appréciation laissée aux autorités peut être plus large en cette matière que pour d'autres questions relevant de la Convention. Afin de déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A n° 184, p. 15, § 37).

[...]

75. La Cour se propose [...] d'examiner la situation dans l'Etat contractant concerné et en dehors de celui-ci pour évaluer, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui », quelles sont l'interprétation et l'application de la Convention qui s'imposent à l'heure actuelle (voir l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31, et la jurisprudence ultérieure).

2. La situation de la requérante en tant que transsexuelle

76. La Cour constate que la requérante, déclarée de sexe masculin à la naissance, a subi une opération de conversion sexuelle et mène désormais une vie sociale de femme. Nonobstant, l'intéressée demeure un homme sur le plan juridique. Cette situation a eu et continue d'avoir des répercussions sur sa vie lorsque le sexe revêt une pertinence juridique et que des distinctions sont opérées entre hommes et femmes, par exemple pour les pensions et l'âge d'admission à la retraite. Ainsi, du fait qu'on la considère juridiquement comme un homme, elle doit continuer de payer ses cotisations à l'assurance nationale jusqu'à l'âge de soixante-cinq ans. Toutefois, étant donné qu'elle est employée sous son identité sexuelle féminine, elle

a pu obtenir une attestation de dérogation d'âge qui lui permet de se substituer à son employeur pour ce qui est du versement des cotisations. Si le Gouvernement fait valoir que cette mesure tient dûment compte de la situation difficile de la requérante, la Cour constate que celle-ci doit néanmoins accomplir une démarche spéciale qui, en soi, peut attirer l'attention sur sa condition.

77. Il faut également reconnaître qu'il peut y avoir une atteinte grave à la vie privée lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41). 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. On a affaire à un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété.

78. Dans le cas d'espèce, comme dans beaucoup d'autres, la conversion sexuelle de la requérante a été prise en charge par le service national de santé, qui reconnaît l'état de dysphorie sexuelle et, entre autres choses, assure la conversion par intervention chirurgicale en vue de parvenir à l'un de ses buts essentiels, à savoir que la personne transsexuelle se rapproche autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir réellement. La Cour est frappée par le fait que la conversion sexuelle, qui est opérée en toute légalité, ne débouche pourtant pas sur une pleine consécration en droit, qui pourrait être considérée comme l'étape ultime et l'aboutissement du processus de transformation long et difficile subi par l'intéressée. Pour l'appréciation à effectuer sous l'angle de l'article 8 de la Convention, il y a lieu d'attacher de l'importance à la cohérence des pratiques administratives et juridiques dans l'ordre interne. Lorsqu'un Etat autorise le traitement et l'intervention chirurgicale permettant de soulager la situation d'une personne transsexuelle, finance tout ou partie des opérations et va jusqu'à consentir à l'insémination artificielle d'une femme qui vit avec un transsexuel (ainsi que le montre l'affaire *X, Y et Z c. Royaume-Uni* précitée), il paraît illogique qu'il refuse de reconnaître les implications juridiques du résultat auquel le traitement conduit.

79. La Cour note que le caractère insatisfaisant de la situation et des difficultés actuelles des transsexuels au Royaume-Uni a été reconnu par les tribunaux internes (voir l'affaire *Bellinger v. Bellinger* [...]) et par le groupe de travail interministériel qui a examiné la situation au Royaume-Uni et conclu que, nonobstant les dispositions prises dans la pratique, les transsexuels connaissent des problèmes auxquels la majorité de la population n'a pas à faire face.

80. Cela étant, la Cour a examiné les arguments contraires tenant à l'intérêt général qui ont été invoqués pour justifier le maintien de la situation actuelle. Elle constate que dans les affaires britanniques antérieures elle a attaché de l'importance aux aspects médicaux et scientifiques du problème, au point de savoir dans quelle mesure on pouvait parler d'une communauté de vues aux niveaux européen et international, et aux conséquences que pourraient avoir des modifications apportées au système des registres des naissances.

3. Aspects médicaux et scientifiques

81. Il demeure vrai qu'aucune découverte concluante n'est intervenue concernant les causes du transsexualisme (en particulier le point de savoir si les origines en sont entièrement psychologiques ou liées à une différenciation physique dans le cerveau). Dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger*, les expertises ont été interprétées comme indiquant une tendance croissante à admettre l'existence d'une différenciation des cerveaux masculin et féminin dès avant la naissance, bien que les preuves scientifiques à l'appui de cette théorie fussent loin d'être exhaustives. La Cour juge toutefois plus significatif le fait qu'il est largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées (par exemple, le *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, quatrième édition (DMS-IV) a remplacé le diagnostic de transsexualisme par celui de « trouble de l'identité sexuelle » ; voir également la *Classification internationale des maladies*, dixième révision (CIM-10)). Les services de santé du Royaume-Uni, tout comme ceux de la plupart des autres Etats contractants, reconnaissent l'existence de cet état médical et assurent ou permettent des traitements, y compris des interventions chirurgicales irréversibles. Les actes médicaux et chirurgicaux qui ont rendu possible la conversion sexuelle de la requérante en l'espèce ont en fait été effectués sous le contrôle des autorités sanitaires nationales. En outre, étant donné les nombreuses et pénibles interventions qu'entraîne une telle chirurgie et le degré de détermination et de conviction requis pour changer de rôle sexuel dans la société, on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'arbitraire ou d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une conversion sexuelle. Aussi le fait que les causes exactes du transsexualisme soient toujours débattues par la communauté scientifique et médicale ne revêt-il plus une aussi grande importance.

82. S'il demeure vrai également qu'une personne transsexuelle ne peut pas acquérir toutes les caractéristiques biologiques du nouveau sexe (arrêt *Sheffield et Horsham* précité, p. 2028, § 56), la Cour constate qu'avec

la sophistication croissante des interventions chirurgicales et des types de traitements hormonaux, le principal aspect biologique de l'identité sexuelle qui reste inchangé est l'élément chromosomique. Or on sait que des anomalies chromosomiques peuvent survenir naturellement (par exemple dans les cas d'intersexualité, où les critères biologiques à la naissance ne concordent pas entre eux) et que certaines personnes qui en sont atteintes doivent subir une conversion à l'un ou à l'autre sexe, selon le cas. Pour la Cour, il n'est pas évident que l'élément chromosomique doive inévitablement constituer – à l'exclusion de tout autre – le critère déterminant aux fins de l'attribution juridique d'une identité sexuelle aux transsexuels (voir l'opinion dissidente de *Lord Justice Thorpe* dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger* [...], et la décision du juge Chisholm dans l'affaire australienne *Re Kevin* [...]).

83. Dès lors, la Cour n'est pas convaincue que l'état des connaissances médicales ou scientifiques fournisse un argument déterminant quant à la reconnaissance juridique des transsexuels.

4. Mesure dans laquelle on peut parler d'une communauté de vues aux niveaux européen et international

84. Déjà à l'époque de l'affaire *Sheffield et Horsham*, un consensus était en train de se dessiner au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe quant à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle (arrêt *Sheffield et Horsham* précité, p. 2021, § 35). La dernière étude soumise par Liberty en l'espèce montre que cette tendance se confirme au niveau international. Ainsi, en Australie et en Nouvelle-Zélande, il apparaît que les tribunaux abandonnent le critère du sexe biologique à la naissance (tel qu'énoncé dans l'affaire britannique *Corbett v. Corbett*) pour considérer que, dans le contexte du mariage d'une personne transsexuelle, le sexe doit dépendre d'une multitude de facteurs à prendre en compte au moment du mariage.

85. La Cour constate que dans l'affaire *Rees*, en 1986, elle avait relevé qu'il n'existait guère de communauté de vues entre les Etats, certains autorisant la conversion sexuelle et d'autres non, et que, dans l'ensemble, le droit paraissait traverser une phase de transition (arrêt *Rees* précité, p. 15, § 37). Dans l'affaire *Sheffield et Horsham* tranchée par elle ultérieurement, elle mit l'accent sur l'absence d'une démarche européenne commune quant à la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe pouvait avoir dans d'autres domaines du droit tels que le mariage, la filiation ou la protection de la vie privée ou des données. Si cela semble demeurer le cas, l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques. Conformément au principe de subsidiarité, il appartient en effet avant tout aux Etats contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation. Aussi la Cour attache-t-elle moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à 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.

5. Incidences sur le système d'enregistrement des naissances

86. Dans l'affaire *Rees*, la Cour avait admis que le Gouvernement pouvait accorder une grande importance à la nature historique du système d'enregistrement des naissances. L'argument selon lequel le fait d'autoriser des exceptions nuirait à la finalité du système avait fortement pesé dans son appréciation.

87. On peut constater toutefois que le caractère historique du système d'enregistrement des naissances connaît déjà plusieurs exceptions : ainsi, en cas de légitimation ou d'adoption, il est possible de délivrer des extraits reflétant le changement d'état intervenu. Pour la Cour, faire une autre exception dans le cas des transsexuels (dont le nombre se situe entre 2 000 et 5 000 au Royaume-Uni d'après le rapport du groupe de travail interministériel (p. 26)) ne mettrait pas en péril tout le système. Le gouvernement britannique a certes invoqué par le passé l'inconvénient que cela représenterait pour les tiers, qui risqueraient de se voir privés d'un accès aux inscriptions initiales, ainsi que les complications qui en résulteraient dans le domaine du droit de la famille et des successions (arrêt *Rees* précité, p. 18, § 43). Il s'agissait là toutefois d'assertions formulées de manière générale et, au vu des éléments dont elle dispose à l'heure actuelle, la Cour constate qu'aucun risque réel de préjudice susceptible de résulter de modifications du système actuel n'a été identifié.

88. Elle note par ailleurs que le gouvernement a récemment formulé des propositions de réforme tendant à rendre possible en permanence la modification des données relatives à l'état civil. Elle n'est donc pas convaincue que la nécessité de maintenir inébranlablement l'intégrité de la dimension historique du système d'enregistrement des naissances revête aujourd'hui la même importance qu'en 1986.

6. Recherche d'un équilibre en l'espèce

89. La Cour a relevé ci-dessus (§§ 76-79) les difficultés et anomalies de la situation de la requérante en tant que transsexuelle opérée. Elle reconnaît que le niveau d'ingérence quotidienne que subissait la requérante dans l'affaire *B. c. France* précitée n'est pas atteint en l'occurrence et que, sur certains points, les pratiques adoptées par les autorités permettent d'éviter ou de minimiser le risque de difficultés et d'embarras auquel la requérante en l'espèce se trouve exposée.

90. Cela dit, la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sur le terrain de l'article 8 de la Convention en particulier, où la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de cette disposition, la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain (voir, notamment, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 62, CEDH 2002-III, et *Mikulić c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I). Au XXI^e siècle, la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement, à l'instar de leurs concitoyens, du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée exigeant du temps pour que l'on parvienne à appréhender plus clairement les problèmes en jeu. En résumé, la situation insatisfaisante des transsexuels opérés, qui vivent entre deux mondes parce qu'ils n'appartiennent pas vraiment à un sexe ni à l'autre, ne peut plus durer. Cette appréciation trouve confirmation au niveau national dans le rapport du groupe de travail interministériel et dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'affaire *Bellinger v. Bellinger*.

91. La Cour ne sous-estime pas les difficultés que pose un changement fondamental du système ni les importantes répercussions qu'une telle mesure aura inévitablement, non seulement pour l'enregistrement des naissances, mais aussi dans des domaines tels que l'accès aux registres, le droit de la famille, la filiation, la succession, la justice pénale, l'emploi, la sécurité sociale et les assurances. Toutefois, il ressort clairement du rapport du groupe de travail interministériel que ces problèmes sont loin d'être insurmontables, ledit groupe de travail ayant estimé pouvoir proposer comme l'une des options la pleine reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle, sous réserve de certains critères et procédures. Ainsi que *Lord Justice Thorpe* l'a fait observer dans l'affaire *Bellinger*, toutes les difficultés corollaires qui pourraient en surgir, en particulier dans le domaine du droit de la famille, sont à la fois gérables et acceptables si l'on se limite aux transsexuels opérés ayant pleinement réalisé leur conversion. La Cour n'est pas non plus convaincue par la thèse du Gouvernement consistant à dire que le fait de tolérer l'application à la requérante des dispositions spécifiques aux femmes, ce qui changerait également la date à laquelle celle-ci pourrait bénéficier de sa pension d'Etat, serait source d'injustice pour les autres personnes affiliées à l'assurance nationale et au régime de pensions de l'Etat. En fait, il n'a pas été démontré qu'une modification de la condition des transsexuels risquerait d'entraîner des difficultés concrètes ou notables ou une atteinte à l'intérêt public. Quant aux autres conséquences éventuelles, la Cour considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect, conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances.

92. Dans les affaires britanniques dont elle a eu à connaître depuis 1986, la Cour a toujours souligné l'importance d'examiner de manière permanente la nécessité de mesures juridiques appropriées, eu égard à l'évolution de la science et de la société (voir les références au § 73 ci-dessus). Dans la dernière d'entre elles, l'affaire *Sheffield et Horsham*, tranchée en 1998, elle observa que l'Etat défendeur n'avait adopté aucune mesure, malgré une meilleure acceptation sociale du transsexualisme et une reconnaissance croissante des problèmes auxquels ont à faire face les transsexuels opérés (arrêt *Sheffield et Horsham* précité, p. 2029, § 60). Tout en ne constatant aucune violation dans ladite affaire, elle réaffirma explicitement que la question devait donner lieu à un examen permanent. Depuis lors, le groupe de travail interministériel a publié en avril 2000 un rapport dans lequel il examine la situation actuelle des transsexuels, notamment dans les domaines du droit pénal, de la famille et de l'emploi, et dégage diverses options en vue d'une réforme. Rien n'a réellement été fait pour mettre en œuvre ces propositions et, en juillet 2001, la Cour d'appel a constaté qu'il n'y avait aucun projet en ce sens. On peut constater que la seule réforme législative notable à avoir vu le jour, et qui applique certaines dispositions non discriminatoires aux transsexuels, fut entreprise à la suite d'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 avril 1996 qui assimilait une discrimination fondée sur le changement de sexe à une discrimination fondée sur le sexe.

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. Dès lors, il y a eu manquement au respect du droit de l'intéressée à sa vie privée, en violation de l'article 8 de la Convention. »

À la suite de l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire *Goodwin*, le Royaume-Uni a instauré un mécanisme par lequel un transsexuel peut demander un certificat de reconnaissance de son sexe.

§ 2 – Les corollaires du principe de reconnaissance de la conversion sexuelle

Si les Etats disposent d'une certaine latitude concernant les moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du changement de sexe (comme l'indique le § 83 de l'arrêt *Goodwin*), celle-ci reste néanmoins très encadrée.

La Cour a en effet élaboré une jurisprudence qui confère aux personnes transgenres un ensemble de droits qui peuvent être regardés comme des corollaires au droit à la reconnaissance de la conversion sexuelle. Pour les uns, ils ont été affirmés dans un arrêt préfigurant l'arrêt *Goodwin*, l'arrêt *B. c. France* de 1992 portant sur la modification de l'état civil à la suite d'une conversion. Pour une autre part, ils ont été dégagés dans le sillage de l'arrêt *Goodwin*, à l'instar des arrêts *L. c. Lituanie* de 2007, *Van Kück* de 2003, ou *Schlumpf* de 2009 portant respectivement sur la question de l'adoption d'une réglementation permettant une conversion suivie d'une reconnaissance complètes, celle de l'admission des preuves médicales de transsexualité devant les tribunaux ou bien celle de la publicité des audiences relatives à la question de la conversion sexuelle.

A – L'adoption d'une réglementation permettant une conversion et une reconnaissance complètes

Il résulte de l'arrêt rendu dans l'affaire *L. c. Lituanie* qu'une personne transsexuelle doit pouvoir bénéficier d'un cadre légal qui lui permettant de mener à terme son changement de sexe et d'obtenir la pleine reconnaissance de son identité de genre choisie ; elle ne saurait être contrainte à demeurer dans une situation de conversion sexuelle partielle du fait de l'incomplétude de la législation nationale qui régit les opérations de conversion sexuelle.

L. c. Lituanie, 11 septembre 2007, n° 27527/03

Principaux faits

L'affaire concerne une requête introduite par un ressortissant lituanien, M. L., né en 1978 et résidant à Klaipėda (Lituanie). A sa naissance, il fut inscrit sur le registre d'état civil comme étant de sexe féminin et son nom reflétait ce sexe de manière reconnaissable. Il soutient toutefois que, très tôt, il s'est senti appartenir plutôt au sexe masculin qu'au sexe féminin. Depuis 1998, il vit une relation stable avec une femme. Le 18 mai 1997, il consulta un spécialiste de microchirurgie en vue de changer de sexe. Ce médecin lui recommanda de consulter un psychologue. En novembre 1997, le requérant se rendit donc pour y subir des tests à l'hôpital psychiatrique de Vilnius, où on diagnostiqua qu'il était transsexuel. Le 16 décembre 1997, un médecin de l'hôpital Santariškės de l'université de Vilnius émit aussi le diagnostic que le requérant était transsexuel et lui conseilla de consulter un psychologue. Une mention inscrite dans son dossier médical le 28 janvier 1998 recommandait qu'il suive un traitement hormonal préalablement à une opération chirurgicale de conversion sexuelle. On lui prescrivit alors officiellement un traitement hormonal de deux mois. Le requérant soutient qu'en 1999 son médecin refusa de lui prescrire une thérapie hormonale en raison de l'incertitude qui régnait quant au point de savoir s'il serait possible de procéder légalement à une conversion sexuelle complète. Le requérant poursuivit donc le traitement hormonal de manière non officielle. En 1999, il entra à l'université de Vilnius. Sa demande d'y être inscrit sous le nom masculin qu'il avait choisi fut acceptée pour des motifs de compassion. La même année, il demanda à faire changer son nom sur tous ses papiers officiels afin de refléter son identité masculine. Cela lui fut toutefois refusé. Du 3 au 9 mai 2000, le requérant subit une « opération chirurgicale de conversion sexuelle partielle », à savoir une ablation des seins, en prévision de l'adoption du nouveau code civil. L'article 2.27 § 1 du code, entré en vigueur le 1er juillet 2003, dispose qu'« un adulte célibataire a droit à une conversion sexuelle (pakeisti lytį) médicale si cela est médicalement possible ». Le second paragraphe de cette disposition prévoit que « les conditions et la procédure de conversion sexuelle sont fixées par la loi ». Le requérant convint avec les médecins qu'une autre opération serait effectuée après l'adoption des lois fixant ces « conditions et procédures ». Aucune loi n'a à ce jour été adoptée à cette fin. En 2000, avec l'aide d'un député au Parlement lituanien, le requérant choisit un nouveau nom et un nouveau prénom d'origine slave et ne reflétant pas le sexe pour les faire figurer sur son acte de naissance et son passeport. En lituanien, en effet, les noms et prénoms se déclinent suivant le genre. Toutefois, le code personnel figurant sur son acte de naissance et son passeport (ainsi que sur le diplôme délivré par l'université de Vilnius) reste inchangé. Or il commence par le chiffre 4, qui désigne les individus de sexe féminin. Le requérant allègue qu'il doit faire face à de multiples difficultés quotidiennes ; par exemple, il ne peut pas postuler pour un emploi, payer ses cotisations sociales, consulter un médecin, communiquer avec les autorités, obtenir un prêt bancaire ou traverser la frontière du pays sans voir révéler qu'il est de sexe féminin. En conséquence, il affirme être condamné à l'ostracisme social

parce qu'il a l'apparence d'un homme alors que ses papiers officiels le désignent comme étant une femme. Du fait de cette situation, il est dans un état permanent de dépression, associé à des tendances suicidaires.

M. L. se plaignait de l'absence d'une législation qui lui permettrait de subir les interventions chirurgicales qui termineraient le processus de conversion sexuelle et soutenait que cette lacune législative enfreignait notamment l'article 8 de la Convention (vie privée).

Décision de la Cour

Si la Cour constaté la violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement qui est le suivant :

« 56. La Cour tient à souligner l'obligation positive incombant aux Etats de garantir le respect de la vie privée, notamment le respect de la dignité humaine et, à certains égards, de la qualité de la vie (voir, *mutatis mutandis*, *Pretty*, précité, § 65). Elle a déjà examiné à la lumière des conditions de vie actuelles plusieurs affaires se rapportant aux problèmes rencontrés par les transsexuels [...]

57. La présente affaire a pour objet un autre aspect des problèmes que peuvent rencontrer les transsexuels. D'une part, le droit lituanien reconnaît à ceux-ci le droit de changer non seulement de sexe mais aussi d'état civil. D'autre part, la législation pertinente présente une lacune : elle ne comporte aucun texte qui régleme les opérations de conversion sexuelle complète. Il semble que, tant qu'un texte de ce type n'aura pas été adopté, aucune des ressources médicales nécessaires ne sera accessible ou disponible en Lituanie dans des conditions raisonnables. Le requérant se trouve donc dans la situation intermédiaire d'un transsexuel préopératoire qui a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle et qui a pu faire modifier certains actes importants de l'état civil. Toutefois, tant qu'il n'aura pas subi les interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle, son code personnel restera le même, ce qui signifie que, dans certains domaines importants de sa vie privée, par exemple la recherche d'un emploi ou les voyages à l'étranger, il sera toujours une femme.

58. La Cour relève que le requérant a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle. La possibilité pour lui de mener à terme son changement de sexe en Lituanie est incertaine [...]. Dans la mesure toutefois où ni l'une ni l'autre des parties en l'espèce ne l'ont évoquée, cette éventualité est vraisemblablement à exclure. Une solution à court terme consisterait pour le requérant à subir les dernières interventions chirurgicales à l'étranger, moyennant une prise en charge totale ou partielle des frais par l'Etat lituanien.

59. La Cour constate l'existence, au vu des circonstances de l'espèce, d'une lacune législative limitée en matière d'opérations de changement de sexe, du fait de laquelle le requérant se trouve dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité. Si des restrictions budgétaires dans le système public de santé ont pu justifier au départ certains retards dans la prise d'effet des droits des transsexuels énoncés dans le code civil, plus de quatre années se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur des dispositions pertinentes et, bien que rédigée, la loi d'application nécessaire n'a pas encore été adoptée. Vu le faible nombre de personnes concernées (une cinquantaine selon des estimations officieuses), le budget de l'Etat n'aurait pas été excessivement grevé par l'adoption de cette mesure. Aussi la Cour estime-t-elle qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre l'intérêt général et les droits du requérant.

60. Au vu de ce qui précède, la Cour conclut à la violation de l'article 8 de la Convention. »

B – La modification de l'état civil à la suite d'une conversion sexuelle

Il importe de rappeler que l'arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992 est le premier arrêt dans lequel la Cour conclut à la violation de l'article 8 dans une affaire relative à la reconnaissance des personnes transgenres. Il préfigurait, pour ainsi dire, l'arrêt *Goodwin* rendu dix années plus tard. Il affirmait dès 1992 le droit à la modification de l'état civil à la suite d'une conversion sexuelle.

B. c. France, 25 mars 1992, n° 13343/87

Les principaux faits

Née en Algérie en 1935, la requérante est déclarée de sexe masculin à sa naissance sous les prénoms de Norbert et Antoine. Dès son plus jeune âge, elle adopte un comportement féminin parce qu'elle s'assimile à un être de sexe féminin et que sa famille la considère comme une fille. Après avoir accompli son service militaire, elle se rend en 1963 à Paris, où elle réside aujourd'hui, et travaille dans le monde du spectacle. Elle est soignée pour dépression de 1963 à 1967, puis subit une hormonothérapie qui entraîne la féminisation de sa physiologie. Elle se soumet à une intervention chirurgicale de conversion sexuelle au Maroc en 1972, et vit depuis lors avec un

homme qu'elle souhaiterait épouser. En 1978, elle intente une action en déclaration de son sexe féminin et en rectification de son acte de naissance, pour que soient indiqués son genre souhaité et ses nouveaux prénoms féminins, Lyne Antoinette. Le tribunal de grande instance de Libourne la déboute en novembre 1979 ; la cour d'appel de Bordeaux, puis la Cour de cassation rejettent ses recours en mai 1985 et mars 1987. Ses documents officiels, dont son passeport, sa carte d'identité et son permis de conduire, sont établis au nom de « Norbert B. » et sa carte de sécurité sociale porte le numéro de code utilisé pour les personnes du sexe masculin.

Dans sa requête, Mlle B. se plaint du refus des autorités françaises de reconnaître sa véritable identité de genre et notamment de refuser de lui accorder la modification d'état civil qu'elle sollicite ; elle invoque notamment l'article 8 de la Convention.

La décision de la Cour

Dans cette affaire, la Cour conclut, par quinze voix contre six, qu'il y a violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement ainsi motivé.

« 43. Selon la requérante, le refus de reconnaître sa véritable identité sexuelle enfreint l'article 8 [...] Faute de consentir à corriger la mention de son sexe tant sur le registre de l'état civil que sur ses pièces officielles d'identité, les autorités françaises la contraindraient à révéler à des tiers des informations d'ordre intime et personnel; elle rencontrerait aussi de grandes difficultés dans sa vie professionnelle.

44. La notion de «respect» inscrite à l'article 8 (art. 8), la Cour le rappelle d'emblée, manque de netteté. Il en va surtout ainsi quand il s'agit, comme en l'occurrence (arrêts Rees et Cossey c. Royaume-Uni des 17 octobre 1986 et 27 septembre 1990, série A n° 106, p. 14, par. 35, et n° 184, p. 15, par. 36), des obligations positives qu'elle implique, ses exigences variant beaucoup d'un cas à l'autre selon les pratiques suivies et les conditions régnant dans les États contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (voir notamment l'arrêt Cossey précité, p. 15, par. 37). [...]

1. Sur l'évolution scientifique, juridique et sociale

46. a) Dans son arrêt Cossey, la Cour a déclaré «n'a[voir] connaissance d'aucun progrès scientifique significatif accompli» depuis son arrêt Rees: «il demeur[ait] vrai, notamment (...), qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîn[ait] pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé» (loc. cit., p. 16, par. 40).

Or, d'après la requérante, la science paraît apporter deux éléments nouveaux dans le débat relatif au contraste entre l'apparence (sexe somatique transformé, sexe gonadique «bricolé») et la réalité (sexe chromosomique inchangé mais sexe psychosocial opposé) du sexe des transsexuels: d'un côté, le critère chromosomique n'aurait rien d'inaffable (cas des personnes pourvues de testicules intra-abdominaux dit féminisants, ou dotées de chromosomes XY malgré leurs dehors féminins); de l'autre, les recherches en cours donneraient à penser que l'ingestion de certaines substances à un stade donné de la grossesse, ou dans les premiers jours de la vie, déterminerait un comportement transsexuel et que le transsexualisme pourrait découler d'une anomalie chromosomique. Le phénomène pourrait donc avoir une explication non seulement psychique, mais matérielle, si bien que l'on ne saurait invoquer aucun prétexte pour refuser d'en tenir compte sur le plan du droit.

b) En ce qui concerne les aspects juridiques du problème, Mlle B. s'appuie sur l'opinion dissidente du juge Martens, jointe à l'arrêt Cossey (série A n° 184, pp. 35-36, par. 5.5): les dissemblances qui subsistent entre les États membres du Conseil de l'Europe quant à l'attitude à adopter envers les transsexuels (ibidem, p. 16, par. 40) seraient, de plus en plus, contrebalancées par l'évolution de la législation et de la jurisprudence de nombre de ces États. Des résolutions et recommandations de l'Assemblée du Conseil de l'Europe et du Parlement européen iraient dans le même sens.

c) L'intéressée souligne enfin la rapidité des mutations sociales que connaissent les États européens et la diversité des cultures représentées par ceux d'entre eux qui ont adapté leur droit à la situation des transsexuels.

[...]

48. La Cour estime indéniable que les mentalités ont évolué, que la science a progressé et que l'on attache une importance croissante au problème du transsexualisme.

Elle note cependant, à la lumière des études et travaux entrepris par des experts en la matière, que toute incertitude n'a pas disparu quant à la nature profonde du transsexualisme et que l'on s'interroge parfois sur

la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas. Les situations juridiques qui en résultent se révèlent en outre très complexes: questions de nature anatomique, biologique, psychologique et morale liées à la transsexualité et à sa définition; consentement et autres exigences à remplir avant toute opération; conditions dans lesquelles peut être autorisé un changement d'identité sexuelle (validité, présumés scientifiques et répercussions juridiques du recours à la chirurgie, aptitude à vivre avec la nouvelle identité sexuelle); aspects internationaux (lieu de l'intervention); effets juridiques, rétroactifs ou non, de pareil changement (rectification des actes de l'état civil); possibilité de choisir un autre prénom; confidentialité des documents et renseignements relatant le changement; incidences d'ordre familial (droit de se marier, sort d'un mariage existant, filiation), etc. A ces divers égards, il ne règne 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.

2. Sur les différences entre les systèmes français et anglais

[...]

51. La Cour constate d'emblée qu'il existe entre la France et l'Angleterre des différences sensibles quant à leur droit et à leur pratique en matière d'état civil, de changement de prénoms, d'emploi de pièces d'identité, etc. [...]. Elle recherchera ci-après les conséquences qui peuvent en résulter en l'espèce sur le terrain de la Convention.

a) L'état civil

i) La rectification des actes de l'état civil

[...]

55. La Cour commence par relever que rien n'aurait empêché, après jugement, d'introduire dans l'acte de naissance de Mlle B., sous une forme ou une autre, une mention destinée sinon à corriger, à proprement parler, une véritable erreur initiale, du moins à refléter la situation présente de l'intéressée. Du reste, de nombreuses juridictions de première instance et d'appel ont déjà ordonné pareille insertion dans le cas d'autres transsexuels et le ministère public n'a presque jamais attaqué de telles décisions, désormais définitives dans leur grande majorité. Quant à la Cour de cassation, sa doctrine va dans le sens opposé mais elle pourrait évoluer.

La requérante, il est vrai, a subi son intervention chirurgicale à l'étranger, sans bénéficier de toutes les garanties médicales et psychologiques désormais exigées en France. L'opération n'en a pas moins entraîné l'abandon irréversible des marques extérieures du sexe d'origine de Mlle B. La Cour estime que la détermination dont a témoigné l'intéressée constitue, dans les circonstances de la cause, un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (art. 8).

ii) Le changement de prénoms

56. La requérante rappelle que la loi du 6 fructidor an II interdit à tout citoyen de porter un nom ou prénom différents de ceux qui figurent sur son acte de naissance. Au regard de la loi elle se prénommerait donc Norbert; toutes ses pièces d'identité (carte d'identité, passeport, carte d'électeur, etc.), ses chèques et son courrier officiel (téléphone, impôts, etc.) la désigneraient ainsi. Quant à la possibilité de changer de prénom, elle ne dépendrait pas comme au Royaume-Uni de sa seule volonté: l'article 57 du code civil la subordonne à une autorisation judiciaire et à la démonstration d'un «intérêt légitime» propre à la justifier. Or Mlle B. ne connaîtrait aucune décision qui ait vu dans le transsexualisme la source d'un tel intérêt. De toute manière, le tribunal de grande instance de Libourne puis la cour d'appel de Bordeaux avaient refusé de lui attribuer les prénoms de Lyne Antoinette. Enfin, le statut des appellations d'usage serait fort incertain. [...]

57. Selon le Gouvernement au contraire, il existe en la matière une jurisprudence positive, abondante et soutenue par le parquet. Elle se bornerait à exiger le choix d'un prénom «neutre» comme Claude, Dominique ou Camille; or la requérante avait demandé des prénoms exclusivement féminins.

D'autre part, beaucoup de personnes se serviraient couramment d'un «prénom d'usage» différent de celui que consigne leur acte de naissance. Le Gouvernement concède pourtant que cette pratique n'a aucune valeur légale.

58. Les jugements et arrêts communiqués à la Cour par le Gouvernement montrent bien que la non-reconnaissance du changement de sexe n'empêche pas forcément l'individu concerné d'obtenir un nouveau prénom destiné à mieux refléter son apparence physique.

Toutefois, cette jurisprudence ne se trouvait pas établie à l'époque où ont statué le tribunal de Libourne et la cour de Bordeaux; en réalité, elle paraît ne l'être pas même aujourd'hui car la Cour de cassation semble n'avoir jamais eu l'occasion de la confirmer. En outre, elle n'ouvre qu'une porte fort étroite: le choix entre les quelques rares prénoms neutres. Quant aux prénoms d'usage, ils ne jouissent d'aucune consécration juridique.

En conclusion, la Cour estime que le refus d'accorder à la requérante le changement de prénom souhaité par elle constitue lui aussi un élément pertinent sous l'angle de l'article 8 (art. 8).

b) Les documents

59. a) La requérante souligne que les documents officiels indiquant le sexe se multiplient: extraits de naissance, cartes d'identité informatisées, passeport des Communautés européennes, etc. Partant, un transsexuel ne saurait franchir une frontière, subir un contrôle d'identité ou accomplir l'une des multiples démarches de la vie quotidienne qui impliquent une justification d'identité, sans révéler la discordance entre son sexe légal et son sexe apparent.

b) La mention du sexe se trouverait aussi sur toutes les pièces où apparaît le numéro d'identification attribué à chacun par l'INSEE. Or ce numéro serait d'un usage systématique dans les rapports entre les caisses de sécurité sociale, les employeurs et les assurés; il figurerait en conséquence sur les bordereaux de versement des cotisations et sur les feuilles de paye. Un transsexuel ne pourrait donc cacher sa situation à un employeur potentiel et à son personnel administratif, ni dans les multiples occasions de la vie quotidienne où l'on doit prouver la réalité et le montant de son salaire (conclusion d'un bail, ouverture d'un compte en banque, demande de crédit, etc.). Des difficultés en résulteraient pour l'insertion sociale et professionnelle des transsexuels. Mlle B. en aurait elle-même été la victime. Le numéro de l'INSEE servirait également pour la tenue, par la Banque de France, de la liste des chèques volés ou sans provision.

c) Enfin, la requérante traverserait des épreuves quotidiennes dans sa vie économique en ce que ses factures et ses chèques indiqueraient son sexe d'origine en sus des nom et prénoms.

60. La Commission souscrit en substance à la thèse de l'intéressée. D'après elle, celle-ci subit, en raison de la nécessité fréquente de révéler à des tiers des éléments relatifs à sa vie privée, des perturbations trop graves pour que le respect des droits d'autrui puisse les justifier.

61. Le Gouvernement répond d'abord que la fiche d'état civil et de nationalité française, le permis de conduire, la carte d'électeur et la carte nationale d'identité traditionnelle ne signalent pas le sexe.

Sans doute n'en va-t-il pas de même du passeport communautaire, mais sa création découle de règlements de Bruxelles; il ne s'agit donc pas d'une obligation de source française. Au demeurant, la requérante jouirait de la liberté de circulation indépendamment de son identité sexuelle et certains des exemples qu'elle cite manqueraient de pertinence; ainsi, la déclaration d'un accident automobile ou d'un autre sinistre n'exigerait nullement l'indication du sexe de l'assuré.

Quant au numéro de l'INSEE, créé après la Deuxième Guerre mondiale à des fins de statistique démographique, on l'aurait utilisé par la suite pour identifier les bénéficiaires de prestations de la Sécurité sociale française. Il ne servirait guère qu'à cela et ne figurerait ni sur les cartes d'identité, ni sur les passeports ou autres documents administratifs. De toute manière, les organismes publics auxquels on le communique seraient tenus au secret. Les employeurs, eux, auraient besoin de le connaître pour acquitter une partie des cotisations sociales de leurs salariés.

A ce sujet, le Gouvernement exprime l'opinion que si Mlle B. n'a pu trouver un travail rémunéré en dehors du monde du spectacle, la chose peut s'expliquer par beaucoup d'autres raisons que sa qualité de transsexuelle; nombre de transsexuels exerceraient d'autres professions également honorables. Bien mieux: l'article 416-1 du code pénal réprimerait toute discrimination à l'embauche fondée sur le sexe ou les mœurs de l'intéressé; or aucun transsexuel ne l'aurait jamais invoqué.

Rien n'empêcherait non plus de demander aux banques que seuls apparaissent sur les chèques les nom et prénoms du tireur, non précédés de «M.», «Mme» ou «Mlle», et elles ne vérifieraient pas la concordance des prénoms indiqués avec ceux qui figurent à l'état civil. De même, les factures ne mentionneraient pas d'ordinaire le sexe ni les prénoms du client, mais uniquement son nom. Les transsexuels disposeraient ainsi des moyens de préserver leur vie privée.

62. La Cour ne juge pas cette thèse convaincante. Avec la Commission, elle estime que les inconvénients dont la requérante se plaint dans le domaine en question atteignent un degré de gravité suffisant pour entrer en ligne de compte aux fins de l'article 8 (art. 8).

c) Conclusion

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 (§ 44 ci-dessus), donc infraction à l'article 8 (art. 8).

Plusieurs moyens d'y remédier s'offrent au choix de l'État défendeur; la Cour n'a pas à lui indiquer le plus adéquat (voir notamment les arrêts *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 25, par. 58, et *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n° 32, p. 15, par. 26). »

C – L'admission des preuves médicales de transsexualité devant les tribunaux

Il résulte des arrêts *Van Kück c. Allemagne* du 12 juin 2003 et *Schlumpf c. Suisse* du 9 janvier 2009 que lorsque les tribunaux sont amenés à porter une appréciation sur la nécessité médicale de la chirurgie de conversion sexuelle, la personne intéressée doit pouvoir faire examiner de manière effective les moyens, arguments et offres de preuve, notamment d'ordre médical, relatifs à sa transsexualité.

A défaut, la Cour prononce la violation de l'article 6 § 1 de la Convention garantissant le droit à un procès équitable et celle de l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée, en raison des répercussions de l'iniquité de la procédure juridictionnelle sur le droit au respect de l'identité sexuelle, laquelle constitue un aspect fondamental de la vie privée.

Van Kück c. Allemagne, 12 juin 2003, n° 35968/97

Cette affaire porte sur le refus des tribunaux allemands d'ordonner le remboursement à une personne transgenre des frais complémentaires afférents au traitement pour sa conversion sexuelle et sur la manière dont ils ont apprécié le caractère « médicalement nécessaire » des mesures de conversion sexuelle.

Les principaux faits

La requérante, M^{me} Van Kück, réside à Berlin. Née de sexe masculin en 1948, elle prit les prénoms Carola Brenda en décembre 1991. L'année d'après, elle intenta une action en justice contre une compagnie d'assurance maladie pour obtenir le remboursement des frais engagés pour son traitement hormonal et un jugement déclaratoire selon lequel la compagnie était tenue de lui rembourser 50 % des frais de son opération de conversion sexuelle. Le tribunal régional rejeta ces demandes au motif que le traitement et l'intervention chirurgicale en question ne pouvaient raisonnablement être considérés comme un traitement médical nécessaire : il n'avait pas été démontré de façon probante que le traitement et l'opération amélioreraient l'état de santé de l'intéressée et celle-ci aurait d'abord dû suivre une psychothérapie approfondie. La cour d'appel confirma cette décision, ajoutant que M^{me} Van Kück n'avait pas droit au remboursement car elle avait causé sa maladie elle-même. A cet égard, la cour d'appel invoqua le fait que l'intéressée avait commencé à prendre des hormones femelles, sans avis médical, seulement après avoir découvert, alors qu'elle était homme, qu'elle était stérile. Dans l'intervalle, M^{me} Van Kück subit une opération de conversion sexuelle. Par la suite, elle saisit en vain la Cour constitutionnelle.

Invoquant l'article 6 § 1 (droit à procès équitable) de la Convention, la requérante se plaignait de l'iniquité de la procédure devant les juridictions allemandes. Elle alléguait également la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée) et de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec les articles 6 § 1 et 8.

La décision de la Cour

1) L'article 6 § 1 : le constat de violation du droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve relatifs à la transsexualité.

La requérante se plaint d'un manque d'équité des procédures auxquelles a donné lieu l'action en remboursement de frais médicaux intentée par elle devant les tribunaux allemands contre une compagnie d'assurance privée. Elle se plaint notamment de ce qu'ils ne se sont pas livrés à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve qui leur ont été soumis. Elle dénonce à cet égard tout particulièrement l'appréciation portée sur l'origine de la transsexualité de la requérante et l'appréciation du caractère « médicalement nécessaire » des mesures de conversion sexuelle. La Cour conclut qu'il y a eu violation des articles 6 § 1 au terme du raisonnement comportant plusieurs étapes et qui sont les suivantes.

« [a]. L'appréciation du caractère « médicalement nécessaire » des mesures de conversion sexuelle

53. La Cour relève que dans la procédure engagée par elle contre sa compagnie d'assurance maladie privée la requérante, qui avait changé de prénoms après que les tribunaux, faisant application de la loi sur le transsexualisme, eurent reconnu sa transsexualité en 1991, revendiquait le droit à obtenir le remboursement des frais médicaux liés à des mesures de conversion sexuelle, à savoir une hormonothérapie et une intervention chirurgicale. En 1992, le tribunal régional ordonna une expertise afin de clarifier certains points concernant la transsexualité de l'intéressée et d'apprécier le caractère médicalement nécessaire des mesures en question. Le tribunal régional et la cour d'appel estimèrent que l'expert n'avait pas clairement affirmé la nécessité médicale de la chirurgie de conversion sexuelle. A cet égard, le tribunal régional releva, d'une part, qu'un traitement moins radical, tel qu'une psychothérapie intensive, aurait pu être entrepris et, d'autre part, que la nécessité médicale des mesures de conversion sexuelle n'avait pas été clairement établie, l'expert s'étant borné à les préconiser au motif qu'elles lui paraissaient de nature à améliorer la situation sociale de l'intéressée. La cour d'appel fit sien le second volet du raisonnement du tribunal régional et conclut que la requérante n'avait pas rapporté la preuve du caractère médicalement nécessaire de la chirurgie de conversion sexuelle puisque aussi bien des incertitudes demeuraient sur ce point.

54. Compte tenu de la difficulté à apprécier la transsexualité de la requérante et la nécessité d'un traitement médical, la Cour considère que c'est à juste titre que le tribunal régional décida de prendre l'avis d'un expert en médecine sur ces questions. Toutefois, bien que ce dernier eût clairement préconisé le recours à des mesures de conversion sexuelle dans le cas de l'intéressée, les juridictions allemandes estimèrent que la requérante n'avait pas démontré le caractère médicalement nécessaire des mesures en question. Elles jugèrent que l'opinion de l'expert selon laquelle des mesures de conversion sexuelle auraient amélioré la situation sociale de la requérante ne s'analysait pas en une affirmation de la nécessité médicale de pareilles mesures. La Cour estime que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas affaire d'appréciation juridique. Dans son arrêt *Christine Goodwin*, la Cour s'est référée au rapport d'expertise qui avait été produit devant les juridictions britanniques à l'occasion de l'affaire *Bellinger v. Bellinger*. Il y était fait état d'une « tendance croissante à admettre l'existence d'une différenciation des cerveaux masculin et féminin dès avant la naissance, bien que les preuves scientifiques à l'appui de cette théorie fussent loin d'être exhaustives ». La Cour a jugé plus significatif le fait qu'il était « largement reconnu au niveau international que le transsexualisme constitue un état médical justifiant un traitement destiné à aider les personnes concernées ».

55. En l'espèce, l'appréciation faite du rapport d'expertise par les juridictions allemandes et leur décision selon laquelle l'amélioration de la situation sociale de la requérante – considérée comme un élément de son traitement psychologique – ne satisfaisait pas au critère de nécessité médicale ne paraissent pas compatibles avec les conclusions de la Cour évoquées ci-dessus (*Christine Goodwin*, précité). En tout état de cause, pareille décision aurait dû s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées et une expertise en matière de transsexualisme. Eu égard à la particularité de l'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au docteur H., ou à tout autre expert en médecine, des explications orales ou écrites complémentaires.

56. En outre, l'évolution récente (arrêts *I. c. Royaume-Uni* et *Christine Goodwin*, précités, § 62 et § 82 respectivement) 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.

57. Dans ces conditions, la Cour estime que la façon dont les juridictions internes ont interprété la notion de « nécessité médicale » et apprécié les éléments de preuve produits à cet égard n'a pas revêtu un caractère raisonnable.

[b]. L'appréciation portée sur l'origine de la transsexualité de la requérante

58. La cour d'appel fonda également sa décision sur les stipulations du contrat d'assurance qui exonéraient la compagnie de son obligation de remboursement au motif que la requérante avait elle-même délibérément induit sa transsexualité. Elle releva à cet égard que ce n'était qu'après avoir été contrainte de reconnaître sa stérilité masculine que l'intéressée avait décidé de devenir une femme et qu'elle avait déclenché ce processus de transformation en absorbant, en dehors de tout avis médical, des hormones féminines.

59. La Cour réaffirme à cet égard ce qu'elle a dit dans ses arrêts *I. c. Royaume-Uni* et *Christine Goodwin* : étant donné les nombreuses et pénibles interventions qu'entraîne la chirurgie de conversion sexuelle et le degré de détermination et de conviction requis pour changer de rôle sexuel dans la société, on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'arbitraire ou d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une conversion sexuelle.

60. La Cour observe d'emblée que la requérante avait obtenu la reconnaissance judiciaire de sa transsexualité en 1991, en application de la loi sur le transsexualisme. En outre, elle avait déjà subi une opération de conversion sexuelle lorsque la cour d'appel rendit son arrêt.

61. La Cour relève que la question de l'origine de la transsexualité de la requérante ne figurait pas dans la mission que l'ordonnance du tribunal régional avait assignée au docteur H., qui ne la traita donc pas dans son rapport d'expertise. En dépit de la demande formée par l'intéressée à cet effet, la cour d'appel n'entendit pas elle-même le docteur H., ni les experts antérieurement désignés dans le cadre des procédures diligentées en 1990 et 1991. Elle préféra examiner les données biographiques de la requérante contenues dans l'anamnèse jointe à l'avis rendu par le docteur O. en 1991 pour les besoins de la procédure menée au titre de la loi sur le transsexualisme. Ledit avis portait uniquement sur les questions – auxquelles il répondait par l'affirmative – de savoir si la requérante était une transsexuelle et si depuis au moins trois ans elle se sentait contrainte de conformer son mode de vie à son orientation sexuelle.

62. La Cour considère que la cour d'appel ne pouvait légitimement estimer qu'elle possédait suffisamment d'informations et d'expertise en matière médicale pour apprécier correctement une question aussi complexe que celle consistant à déterminer si la requérante avait ou non délibérément provoqué sa transsexualité (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *H. c. France* du 24 octobre 1989, série A n° 162-A, pp. 25-26, § 70).

63. De surcroît, compte tenu de l'absence de certitudes scientifiques sur les causes du transsexualisme, en particulier sur le point de savoir si les origines en sont entièrement psychologiques ou liées à une différenciation physique dans le cerveau (voir, là aussi, *I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin*, précités, § 62 et § 82 respectivement), la démarche adoptée par la cour d'appel pour déterminer si la requérante avait délibérément provoqué son état apparaît inappropriée.

[c]. Conclusion

64. Eu égard à la manière dont les juridictions internes ont apprécié la nécessité de mesures de conversion sexuelle dans le cas de la requérante et déterminé la cause de sa transsexualité, la Cour estime que la procédure litigieuse, considérée dans son ensemble, n'a pas satisfait aux exigences d'un procès équitable.

65. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention. »

2) L'article 8 : le constat de violation du droit au respect de l'identité sexuelle (aspect fondamental de la vie privée) du fait de décisions judiciaires inéquitable.

Un aspect notable de cette affaire *Van Kück* réside dans la décision de la Cour d'examiner les mêmes faits sous l'angle de l'article 8 et non uniquement sous l'angle de l'article 6§ 1. La requérante se plaint en effet également du fait que les décisions judiciaires litigieuses portent une atteinte à son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention. La Cour donne raison à la requérante et conclut à la violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement qui est le suivant.

« 73. En l'espèce, la procédure qui s'est déroulée devant les tribunaux civils mettait en cause la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination. Devant la Cour, l'intéressée se plaint en substance que les juridictions allemandes, et notamment la cour d'appel de Berlin, n'aient pas dûment tenu compte de sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance.

74. La Cour note que les griefs soulevés par la requérante sur le terrain de l'article 8 § 1 portent sur la manière dont les tribunaux allemands ont recueilli et apprécié les éléments de preuve relatifs à sa transsexualité, point qui a déjà été examiné sur le terrain de l'article 6 § 1. Elle souligne cependant la différence de nature entre les intérêts protégés par l'article 6 § 1, qui accorde une garantie procédurale, et ceux protégés par l'article 8, qui assure notamment le juste respect de la vie privée, cette différence pouvant justifier l'examen d'un même ensemble de faits sous l'angle des deux articles (arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A n° 307-B, p. 57, § 91, *Buchberger c. Autriche*, n° 32899/96, § 49, 20 décembre 2001, et *P. C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, § 120, CEDH 2002-VI).

75. En l'espèce, les faits incriminés ont non seulement privé la requérante de son droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1, mais ils ont également eu des répercussions sur son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel, aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il convient d'examiner aussi le grief formulé par la requérante sur le terrain de l'article 8 et selon lequel la manière dont les juridictions allemandes ont traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'Etat.

76. La Cour relève en premier lieu que la procédure litigieuse s'est déroulée entre 1992 et 1995, à une époque où l'existence du phénomène du transsexualisme était généralement connue [...]. A cet égard, la Cour sait qu'il subsiste des incertitudes quant à la nature et aux causes profondes du transsexualisme et que l'on s'interroge parfois sur la licéité d'une intervention chirurgicale en pareil cas (voir les observations formulées par la Cour en 1992, 1998 et 2002 dans les arrêts précités *B. c. France, Sheffield et Horsham, I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin*, [...]).

77. La Cour a par ailleurs précédemment jugé que le fait que les services médicaux n'attendent pas, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux à des transsexuels, que chacun des aspects du statut juridique de ces personnes ait été examiné et réglé bénéficie aux intéressés et contribue à leur liberté de choix (*Rees*, précité, p. 18, § 45). Elle a aussi jugé que la détermination dont témoignent les personnes concernées constitue un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (*B. c. France*, précité, p. 51, § 55).

78. La question centrale qui se pose en l'espèce n'est pas celle de la légitimité des opérations de changement de sexe en général, mais celle de l'application faite par les juridictions allemandes des conditions existantes de prise en charge des frais médicaux lorsqu'elles ont eu à se prononcer sur la demande formée par la requérante en vue de se faire reconnaître un droit à remboursement pour les frais liés à une opération de conversion sexuelle. Par ailleurs, ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce, mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considéré comme l'un des aspects de son droit au respect de sa vie privée.

79. La Cour relève que le tribunal régional, prenant le contre-pied des recommandations formulées par l'expert dans son rapport, renvoya la requérante à la possibilité de suivre une psychothérapie, méthode de traitement moins radicale qu'une opération.

80. Par ailleurs, tant le tribunal régional que la cour d'appel, ignorant la recommandation non équivoque de l'expert, mirent en doute la nécessité thérapeutique de la conversion sexuelle, sans avoir cherché à obtenir des informations médicales complémentaires à ce sujet.

81. La cour d'appel reprocha en outre à la requérante d'avoir délibérément provoqué sa transsexualité. Pour apprécier l'identité et l'évolution sexuelles de l'intéressée, elle procéda à une analyse de la manière dont celle-ci se comportait avant son traitement hormonal et, estimant qu'elle avait jusque-là exclusivement vécu une vie d'homme, en conclut que sa véritable orientation sexuelle était masculine. Ce faisant, la cour d'appel, se fondant sur des suppositions générales concernant le comportement de l'homme et de la femme, substitua son propre jugement à celui de la requérante sur des sentiments et expériences très intimes, nonobstant le fait qu'elle ne disposait d'aucune compétence en matière médicale. Elle exigea ainsi de l'intéressée non seulement qu'elle démontrât que l'orientation sexuelle revendiquée par elle était réelle et revêtait un caractère pathologique requérant une hormonothérapie, mais aussi qu'elle justifiât de « l'authenticité » de sa transsexualité, alors que, comme la Cour l'a rappelé au § 76 ci-dessus, il subsiste des incertitudes quant à la nature et aux causes profondes du transsexualisme.

82. A la lumière de l'évolution récente (*I. c. Royaume-Uni et Christine Goodwin* précités, § 62 et § 82 respectivement), il apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée.

83. A ce propos, la Cour note qu'à l'époque pertinente la requérante, en accord avec son médecin traitant, avait subi l'opération de conversion sexuelle litigieuse.

84. Au vu de ces divers éléments, la Cour estime qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part.

85. Dans ces conditions, elle considère que les juridictions allemandes ont excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient en vertu du second § de l'article 8.

86. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 8 § 1 de la Convention. »

La position adoptée par la Cour dans l'affaire *Van Kück* a été résumée de façon pédagogique dans un arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 9 janvier 2009. Il semble donc instructif d'en restituer la teneur¹¹⁵.

¹¹⁵ Les faits et la décision d'espèce de cette affaire *Schlumpf c. Suisse* sont exposés immédiatement après.

« 52. L'article 6 § 1 implique notamment, à la charge des tribunaux, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59).

53. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* précité, elle a constaté que la décision sur la nécessité d'une opération de conversion sexuelle devait s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées et sur une expertise en matière de transsexualisme et que, eu égard à la particularité du cas d'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au médecin de la requérante ou à un autre expert des explications orales ou écrites complémentaires (n° 35968/97, § 55, CEDH 2003-VII). Dans la même affaire, la Cour a jugé qu'il était disproportionné d'exiger d'une personne transsexuelle de prouver la nécessité médicale d'un tel traitement (*ibidem*, § 56). Elle a également constaté que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas une affaire d'appréciation juridique (*ibidem*, § 54). »

Schlumpf c. Suisse, 9 janvier 2009, n° 29002/06

Les principaux faits

La requérante, Nadine Schlumpf, est une ressortissante suisse née en 1937 et résidant à Aarau (Suisse). Elle fut enregistrée à sa naissance sous le nom de Max Schlumpf et comme étant de sexe masculin.

L'affaire porte sur la décision de l'assurance maladie de la requérante de ne pas prendre en charge les coûts de son opération de conversion sexuelle, en raison du non-respect d'un délai de deux ans avant l'opération, période d'observation établie par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances comme condition pour la prise en charge des frais relatifs aux opérations de conversion sexuelle.

La requérante dit que la souffrance psychologique liée à ses problèmes d'identité sexuelle remonte à l'enfance et l'a conduite à des crises suicidaires répétées. Elle affirme avoir assumé malgré tout, et en dépit de sa certitude vers 40 ans d'être transgenre, son rôle de père et de mari jusqu'à la majorité de ses enfants et le décès de son épouse d'un cancer en 2002.

La requérante décida en 2002 d'effectuer sa conversion sexuelle et vécut dès lors sa vie quotidienne en tant que femme. Elle commença une thérapie hormonale et des traitements d'ordre psychothérapeutique et endocrinologique en 2003. Une expertise médicale d'octobre 2004 confirma le diagnostic de transsexualité « homme-femme », et que les conditions pour une opération de conversion sexuelle étaient réunies. En novembre 2004, la requérante demanda à la SWICA, sa compagnie d'assurance-maladie, une prise en charge des dépenses liées à l'opération de conversion sexuelle, et fournit l'expertise médicale. Le 29 novembre 2004, la SWICA refusa le remboursement des frais, constatant que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les frais d'une opération de conversion sexuelle relèvent des prestations obligatoires de l'assurance-maladie seulement dans les cas de « véritable transsexualisme », qui, selon cette jurisprudence, ne peut être établi qu'après un délai d'observation de deux ans. Le 30 novembre 2004, la requérante se fit malgré tout opérer avec succès. Mi-décembre 2004, elle fit une nouvelle demande à la SWICA qui refusa, confirmant son préavis négatif. Fin janvier 2005, la requérante fit opposition en vain contre cette décision. Elle tenta de démontrer que l'état actuel de la médecine permettait de diagnostiquer les véritables cas de transsexualisme avant même l'expiration du délai de deux ans. Elle proposa également que le médecin-chef de la polyclinique psychiatrique de Zurich soit sollicité dans le cadre d'une instruction complémentaire. Le 14 février 2005, la modification de l'identité sexuelle de la requérante sur le plan civil fut reconnue, sous le prénom de Nadine.

Début avril 2005, la requérante introduisit un recours auprès du tribunal cantonal des assurances et demanda une audience publique. Le tribunal cantonal des assurances l'ayant informée de la possibilité d'un renvoi à l'assurance-maladie pour complément d'instruction, la requérante retira cette demande dans l'hypothèse d'un tel renvoi. Cependant, elle indiqua que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances ou devant la Cour européenne des droits de l'homme. En juin 2005, sans avoir tenu d'audience, le tribunal cantonal des assurances annula la décision de l'assurance-maladie refusant la prise en charge des frais de l'opération de conversion sexuelle et lui renvoya l'affaire en vue d'investigations supplémentaires et d'une nouvelle décision.

En juillet 2005, la SWICA introduisit un recours auprès du Tribunal fédéral des assurances, faisant valoir que le tribunal cantonal des assurances s'était écarté de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question des frais ne devant être pris en charge qu'après un délai de deux ans et que, en outre, l'existence d'une maladie n'était pas établie. En septembre 2005, la requérante demanda explicitement au Tribunal fédéral des assurances une audience publique et l'audition d'experts pour répondre aux questions relatives au traitement du transsexualisme. Sa demande fut rejetée, le Tribunal fédéral estimant notamment que les problèmes concernés étaient

de nature juridique et qu'une audience publique n'était donc pas nécessaire. Le Tribunal réaffirma par ailleurs la pertinence du délai d'observation de deux ans. Il nota que malgré les prises de position d'experts pendant la procédure, et l'état de la médecine contemporaine, la retenue s'imposait, étant donné notamment l'irréversibilité de l'opération et la nécessité d'éviter des opérations injustifiées. Le Tribunal fédéral des assurances constata qu'au moment de l'opération le suivi psychiatrique datait de moins de deux ans et en conclut que l'assurance-maladie avait eu raison de refuser le remboursement des coûts de l'opération.

Invoquant l'article 6 § 1 (droit à un procès équitable), la requérante se plaignait notamment d'une atteinte à son droit d'être entendue équitablement. Elle alléguait par ailleurs que le juste équilibre entre les intérêts de son assurance-maladie et ses propres intérêts n'avait pas été garanti, ce qui constituait une violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée).

La décision de la Cour

Les faits de l'espèce de l'arrêt *Schlumpf* étant très proches de ceux de l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, la Cour a conclu de la même manière que l'agissement des tribunaux internes emportait, tout à la fois, la violation du droit d'être entendu garanti par l'article 6 § 1 et celle du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8.

1) L'article 6 § 1 : le constat de violation du droit à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve relatifs à l'identité de genre.

Sur le terrain du droit d'être entendu, l'argumentation de la Cour se présente comme suit.

« 54. En l'espèce, la requérante allègue une violation de son droit à un procès équitable, du fait que le Tribunal fédéral des assurances a refusé d'entendre des experts qu'elle avait proposés. Elle soutient qu'en raison de ce refus elle a été empêchée de prouver que l'opération devait nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de deux ans. Par ailleurs, elle soutient que ce délai, tel qu'il a été établi par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, ajoute une condition juridique au diagnostic du transsexualisme, qui est une question purement médicale.

55. La Cour constate que ce qui est en cause en l'espèce est l'application des articles 25 et 32 de la loi sur l'assurance-maladie, qui exposent les conditions requises pour la prise en charge des coûts d'un traitement par l'assurance-maladie. Ces articles exigent l'existence d'une maladie et énoncent que les prestations dont le remboursement est demandé doivent être efficaces, appropriées et économiques.

56. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a ajouté un critère supplémentaire pour les opérations de conversion sexuelle, à savoir celui de l'écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai a essentiellement pour but de déterminer avec certitude qu'il s'agit d'un cas de « véritable transsexualisme ». Alors que le diagnostic d'un tel transsexualisme n'était pas contesté en l'espèce, le Tribunal fédéral des assurances, invoquant le non-respect du délai de deux ans, n'a pas permis à la requérante d'apporter la preuve que l'opération devait intervenir avant l'écoulement de ce délai.

57. La Cour [...] considère qu'il est disproportionné de ne pas admettre des opinions d'experts, d'autant plus que l'existence d'une maladie n'était pas contestée en l'espèce. En refusant à la requérante de telles preuves, sur la base d'une règle abstraite dont l'origine remonte à deux de ses propres décisions de 1988, le Tribunal fédéral des assurances s'est substitué aux médecins et aux psychiatres, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique (*Van Kück*, précité, § 54).

58. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas bénéficié d'un procès équitable devant le Tribunal fédéral des assurances. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention. »

2) L'article 8 : le constat de violation du droit au respect de l'identité de genre (aspect fondamental de la vie privée) du fait de décisions judiciaires inéquitable.

Tout comme dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, la Cour conclut dans cette affaire *Schlumpf c. Suisse* à la violation de l'article 8 au terme d'un raisonnement qui est le suivant.

« 105. La Cour précise d'emblée que n'est pas en cause devant elle la reconnaissance, au sens juridique, du changement de sexe de la requérante (*Christine Goodwin*, précité, § 76, et *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, §§ 56-60, CEDH 2007-..., dans lesquelles la Cour a prononcé des violations de l'article 8), le président du tribunal de district d'Aarau ayant reconnu, le 14 février 2005, le changement de son identité sexuelle. Par la suite, les modifications d'état civil ont été effectuées. En revanche, l'intéressée se plaint en substance que le Tribunal fédéral, en dernière instance, n'ait pas dûment tenu compte des problèmes liés à sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance.

106. La Cour note que les griefs soulevés par la requérante sur le terrain de l'article 8 § 1 portent sur le refus de prendre en compte certains éléments de preuve relatifs à sa transsexualité, point qui a déjà été examiné sur le terrain de l'article 6 § 1. Elle souligne cependant la différence de nature entre les intérêts protégés par l'article 6 § 1, qui accorde une garantie procédurale, et ceux protégés par l'article 8, qui assure le respect de la vie privée ; cette différence peut justifier l'examen d'un même ensemble de faits sous l'angle des deux articles (arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A n° 307-B, p. 57, § 91, *Buchberger c. Autriche*, n° 32899/96, § 49, 20 décembre 2001, et *P., C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, § 120, CEDH 2002-VI).

107. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il convient d'examiner aussi le grief tiré par la requérante de l'article 8, selon lequel la manière dont le Tribunal fédéral des assurances a traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Van Kück*, précité, § 75).

108. La Cour tient à préciser que la question centrale qui se pose en l'espèce est celle de l'application faite par le Tribunal fédéral des assurances des conditions de prise en charge des frais médicaux lorsqu'il a eu à se prononcer sur la demande de la requérante de se faire reconnaître un droit au remboursement pour les frais liés à une opération de conversion sexuelle (voir, *mutatis mutandis*, *Van Kück*, précité, § 78).

109. La Cour observe qu'en l'occurrence le Tribunal fédéral des assurances s'est fondé sur un critère établi par sa propre jurisprudence, qui ne trouve sa base dans aucune loi. Cette condition supplémentaire ne permet le remboursement des frais de l'opération de conversion sexuelle qu'après écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai de deux ans s'explique, comme le soutient le Tribunal fédéral des assurances, par le fait qu'il garantit un équilibre entre les intérêts de la personne concernée, d'une part, et l'intérêt public visant à éviter les opérations inutiles, d'autre part.

110. La Cour est consciente des problèmes auxquels les compagnies d'assurances sociales sont confrontées dans leurs décisions de prise en charge des prestations. Elle ne sous-estime pas non plus l'ampleur des conséquences pour l'intéressée d'une opération de conversion sexuelle – intervention coûteuse et irréversible –, et, dès lors, l'intérêt de l'assurance et de l'intéressée à éviter qu'une décision soit prise hâtivement. C'est l'objectif principal – objectif certes légitime – poursuivi par le délai de deux ans. Toutefois, la Cour rappelle ce qu'elle a déjà affirmé en 2002, à savoir que l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société (voir, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, précité, § 81).

111. La Cour ne méconnaît pas non plus qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, singulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne [...]. Néanmoins, dans la mesure où la Cour est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, elle considère qu'une application trop rigide du délai de deux ans peut s'avérer contraire à l'article 8 de la Convention.

112. A cet égard, la Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir la jurisprudence citée au § 57 ci-dessus). Il en découle que, pour qu'ils puissent apparaître comme légitimes, les arguments invoqués pour justifier une ingérence doivent poursuivre concrètement et effectivement les motifs mentionnés au § 2 de l'article 8. En tant qu'exceptions à l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, ceux-ci appellent un examen attentif et soigneux par la Cour (*Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 77, CEDH 2007-...). En insistant sur le respect du délai de deux ans, le Tribunal fédéral a refusé de se livrer à une analyse des circonstances spécifiques du cas d'espèce et de peser les différents intérêts en jeu. La Cour estime que les autorités internes auraient dû prendre en compte les opinions des spécialistes afin d'examiner s'il y avait lieu d'admettre une exception à la règle des deux ans, notamment sur la base de l'âge relativement avancé de la requérante et de l'intérêt à ce qu'elle subisse une intervention chirurgicale dans un bref délai.

113. En outre, la Cour ne s'estime pas tenue de répondre définitivement à la question de savoir si ce délai de deux ans correspond aux courants actuels dans la pratique et la doctrine en matière de conversion sexuelle. En revanche, elle est convaincue que, depuis 1988, année où le Tribunal fédéral des assurances a rendu ses deux arrêts de principe, la médecine a fait des progrès dans l'établissement de la « véracité » du transsexualisme (voir, dans ce sens, *Christine Goodwin*, précité, §§ 81 et suiv., et § 92), ce dont le Tribunal fédéral des assurances n'a pas tenu compte. Or, la Cour a à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, p. 15, § 31, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, § 41, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 14 et suiv., § 26, *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII, et *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

114. La Cour a par ailleurs jugé que le fait que les services médicaux n'attendent pas, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux à des transsexuels, que chacun des aspects du statut juridique de ces personnes ait été examiné et réglé bénéficie aux intéressés et contribue à leur liberté de choix (*Rees*, précité, p. 18, § 45). Elle a aussi jugé que la détermination dont témoignent les personnes concernées constitue un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (*B. c. France*, précité, p. 51, § 55, et *Van Kück*, précité, § 77). A cet égard, la Cour considère comme important le fait que la décision tardive de la requérante de subir l'opération s'explique exclusivement par le respect qu'elle portait à ses enfants et à son ex-épouse, ce qui l'a conduite à reporter l'intervention jusqu'à la majorité des enfants et jusqu'au décès de son épouse. En un mot, l'application du délai d'attente de deux ans a eu pour effet de prolonger la situation insatisfaisante de la requérante (voir, dans le même sens, *Christine Goodwin*, précité, § 90).

115. Le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière dans laquelle se trouvait la requérante – âgée de plus de 67 ans au moment de sa demande de prise en charge des frais liés à l'opération –, et compte tenu de la marge d'appréciation étroite dont l'Etat défendeur bénéficiait s'agissant d'une question touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part.

116. Il y a donc eu violation de l'article 8. »

D – La publicité des audiences relatives à la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle

Schlumpf c. Suisse, 9 janvier 2009, n° 29002/06

Dans ce même arrêt *Schlumpf c. Suisse* du 8 janvier 2009, mentionné à l'instant, la Cour conclut également à la violation de l'article 6 en ce qu'il protège le droit à des débats publics. Son argumentation se présente ainsi.

« 62. La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribue à la préservation de la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1, à savoir le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique (voir, notamment, *Diennet c. France*, arrêt du 26 septembre 1995, série A n° 325-A, pp. 14-15, § 33, *Gautrin et autres c. France*, arrêt du 20 mai 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1023-1024, § 42 et *Hurter c. Suisse*, n° 53146/99, § 26, 15 décembre 2005).

63. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 § 1 n'empêchent une personne de renoncer à la publicité des débats, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important (voir, entre autres, *Håkansson et Stuesson c. Suède*, arrêt du 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20, § 66, et *Schuler-Zraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, pp. 19-20, § 58).

64. En outre, une audience publique peut ne pas être nécessaire compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, notamment lorsque celle-ci ne soulève pas de questions de fait ou de droit qui ne peuvent être résolues sur la seule base du dossier disponible et les observations des parties (*Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37, 12 novembre 2002, *Lundevall c. Suède*, n° 38629/97, § 34, 12 novembre 2002, *Salomonsson c. Suède*, n° 38978/97, § 34, 12 novembre 2002 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Fredin c. Suède* (n° 2), arrêt du 23 février 1994, série A n° 283-A, pp. 10-11, §§ 21-22, et *Fischer c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 312, pp. 20-21, § 44). Tel est notamment le cas s'agissant de situations portant sur des questions hautement techniques (*Schuler-Zraggen*, précité, pp. 19 et suiv., § 58 et *Döry*, précité, § 41).

65. La Cour réitère également le principe selon lequel un justiciable a normalement le droit d'être entendu publiquement devant au moins une instance. L'absence de débats publics devant une seconde ou troisième instance peut être justifiée par la nature particulière de la procédure concernée, si l'affaire a fait l'objet d'une audience publique en première instance (*Luginbühl c. Suisse* (déc.), n° 42756/02, 17 janvier 2006). Il s'ensuit que, sauf dans des circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier l'absence de débats publics, l'article 6 exige que l'intéressé soit entendu publiquement au moins devant une instance (*Döry*, précité, § 39, *Lundevall*, précité, § 36, *Salomonsson*, précité, § 36, et *Helmers c. Suède*, arrêt du 29 octobre 1991, série A n° 212-A, p. 16, § 36).

66. En l'espèce, la Cour considère qu'il s'agit d'abord de déterminer si le retrait de la demande d'audience publique devant le tribunal cantonal des assurances équivaut à une renonciation de la part de la requérante, comme le soutient le Gouvernement.

67. Selon la Cour, tel ne peut être le cas, étant donné que la requérante, tout au long de la procédure, a affirmé la nécessité de consulter des experts et qu'elle n'a retiré sa demande d'audience publique devant le tribunal cantonal que dans l'hypothèse d'un renvoi pour complément d'instruction, qui aurait forcément impliqué la consultation d'experts. En plus, elle a expressément indiqué que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances. Dans ces circonstances, l'on ne saurait considérer que la requérante a renoncé à l'audience publique devant le Tribunal fédéral des assurances.

68. Se pose donc, deuxièmement, la question de savoir si l'audience publique était nécessaire en l'espèce ou si, au contraire, la procédure ne concernait que des questions juridiques ou qu'elle revêtait un caractère tellement technique que les soumissions d'experts auraient pu être mieux appréciées dans le cadre d'une procédure écrite.

69. Compte tenu de ses conclusions relatives au droit d'être entendu (§§ [54]-58 ci-dessus), la Cour considère que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne saurait être qualifiée de question purement juridique. En outre, la Cour est d'avis que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne revêt pas un caractère technique au point qu'une exception au droit d'être entendu lors d'une audience publique s'avère justifiée, d'autant plus que les opinions des parties divergent quant à l'opportunité d'un délai d'attente. Par ailleurs, l'article 112 de la loi fédérale d'organisation judiciaire donne explicitement au président du Tribunal fédéral des assurances le droit d'ordonner des débats.

70. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas été entendue publiquement devant les juridictions internes. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1. »

Section 2 – Le droit de se marier à une personne du sexe opposé (au nouveau sexe après conversion)

L'arrêt *Goodwin* de 2002 se présente comme un arrêt important également en ce qu'il met fin à la jurisprudence *Rees* en ce qui concerne le refus opposé aux personnes transgenres de pouvoir se marier. Désormais, une personne ayant est en droit de se marier à une personne du sexe opposé au nouveau sexe après conversion. Une femme transgenre est fondée à se marier avec un homme ; symétriquement, un homme transgenre peut demander à se marier avec une femme.

Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, n° 28957/95

« 97. La Cour rappelle que dans les affaires *Rees*, *Cossey*, et *Sheffield et Horsham*, l'impossibilité pour les requérants transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe fut jugée non contraire à l'article 12 de la Convention. Cette conclusion procédait, suivant l'affaire, du raisonnement selon lequel le droit de se marier visait le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent (arrêt *Rees* précité, p. 19, § 49), de l'idée que l'attachement aux critères biologiques pour déterminer le sexe d'une personne aux fins du mariage relevait du pouvoir reconnu aux Etats contractants de réglementer par des lois l'exercice du droit de se marier et du constat que les lois de l'Etat défendeur en la matière ne pouvaient être considérées comme restreignant ou réduisant le droit pour une personne transsexuelle de se marier d'une manière ou à un degré qui l'eussent atteint dans sa substance même (arrêts *Cossey*, pp. 17-18, §§ 44-46, et *Sheffield et Horsham*, p. 2030, §§ 66-67, précités). La Cour se fonda également sur le libellé de l'article 12, interprété par elle comme protégeant le mariage en tant que fondement de la famille (arrêt *Rees*, *loc. cit.*).

98. Réexaminant la situation en 2002, la Cour observe que par l'article 12 se trouve garanti le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille. Toutefois, le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause.

99. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques. Il obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (arrêts *Rees* précité, p. 19, § 50, et *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, série A n° 128, p. 16, § 32).

100. Certes, la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme

de se marier. La Cour n'est pas convaincue que l'on puisse aujourd'hui continuer d'admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques (ainsi que l'avait déclaré le juge Ormrod dans l'affaire *Corbett v. Corbett*, [...]). Depuis l'adoption de la Convention, l'institution du mariage a été profondément bouleversée par l'évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l'article 8 de la Convention, que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'intéressé. D'autres facteurs doivent être pris en compte : la reconnaissance par la communauté médicale et les autorités sanitaires dans les Etats contractants de l'état médical de trouble de l'identité sexuelle, l'offre de traitements, y compris des interventions chirurgicales, censés permettre à la personne concernée de se rapprocher autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d'appartenir, et l'adoption par celle-ci du rôle social de son nouveau sexe. La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme (§ 58 ci-dessus).

101. Le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 n'englobe toutefois pas l'ensemble des questions se posant sur le terrain de l'article 12, lequel mentionne expressément les conditions imposées par les lois nationales. La Cour a donc examiné si le fait que le droit national retienne aux fins du mariage le sexe enregistré à la naissance constitue en l'espèce une limitation portant atteinte à la substance même du droit de se marier. A cet égard, elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser uniquement un homme. Or elle n'en a pas la possibilité. Pour la Cour, l'intéressée peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier.

102. La Cour n'aperçoit aucune autre raison qui l'empêcherait d'aboutir à cette conclusion. Le Gouvernement soutient que dans ce domaine sensible le contrôle du respect des conditions requises par le droit national pour se marier doit rester l'apanage des juridictions internes, dans le cadre de la marge d'appréciation de l'Etat ; et d'évoquer à cet égard les répercussions possibles sur les mariages déjà contractés dans lesquels l'un des partenaires est transsexuel. Il ressort toutefois des opinions exprimées par la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Bellinger v. Bellinger* que les tribunaux internes tendent à penser qu'il serait préférable que la question soit traitée par le pouvoir législatif ; or le gouvernement n'a à présent aucune intention de légiférer (§§ 52-53 ci-dessus).

103. Les éléments soumis par Liberty permettent de constater que si le mariage des transsexuels recueille une grande adhésion, le nombre des pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des Etats qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même. La Cour n'est toutefois pas convaincue que cela soit de nature à conforter la thèse selon laquelle les Etats contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur marge d'appréciation. En effet, cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un Etat contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier. La marge d'appréciation ne saurait être aussi large. S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier.

104. Elle conclut donc qu'il y a eu violation de l'article 12 de la Convention en l'espèce. »

Chapitre II

Les domaines relevant, partiellement ou pleinement, de la marge nationale d'appréciation

Il convient d'examiner les domaines dans lesquels une marge nationale d'appréciation demeure accordée aux Etats membres de la Convention. Deux questions doivent être évoquées.

La première porte sur la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle : une jurisprudence de 2006 conserve au profit des Etats une certaine marge d'appréciation leur permettant de refuser aux personnes transgenres déjà mariées le droit à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle. Le sujet de la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle est donc partagé : pour une large part, en ce qui concerne les personnes transgenres célibataires, les Etats ont perdu leur marge d'appréciation et ils sont tenus de reconnaître leur conversion ; mais pour une petite part, en ce qui concerne les personnes transgenres déjà mariées, les Etats ont conservé une marge d'appréciation et ils ne sont pas tenus de reconnaître leur conversion. Voilà pourquoi cette question de la reconnaissance juridique de la conversion demeure encore partiellement ou résiduellement à l'appréciation discrétionnaire des Etats.

La seconde question porte sur la filiation ou plus exactement l'établissement d'une filiation à l'égard d'un enfant non biologique : une jurisprudence de 1997 conserve au profit des Etats une pleine marge d'appréciation leur permettant de refuser à une personne transgenre le droit à l'établissement d'une filiation à l'égard de l'enfant de son partenaire.

Section 1 – La possibilité de refuser le droit à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle aux personnes déjà mariées

La possibilité accordée aux Etats de refuser aux personnes transgenres déjà mariées la reconnaissance juridique de leur conversion sexuelle résulte de deux décisions sur la recevabilité rendues en 2006 *Wena et Anita Parry c. Royaume-Uni* ainsi que *R. et F. c. Royaume-Uni* : dans ces deux affaires les requérants sont des transsexuels, mariées au moment de leur intervention chirurgicale de conversion sexuelle, qui ont souhaité recourir à la procédure de reconnaissance de leur nouveau sexe établie par la Royaume-Uni à partir de 2004 (consécutivement à l'arrêt *Goodwin* de 2002). Il en résulte qu'un État dont le droit interne ne reconnaît pas le mariage aux personnes de même sexe a, de ce fait, la possibilité de refuser le droit à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle aux personnes déjà mariées, puisqu'une telle reconnaissance aboutirait à une situation contraire au refus étatique d'un lien de mariage entre des personnes de même sexe. Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de chambre rendu au fond dans l'affaire *H. c. Finlande – ou Hamalainen c. Finlande –* du 13 novembre 2012¹¹⁶.

116. Cette affaire n° 37359/09, *H. c. Finlande* ou *Hamalainen c. Finlande*, a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour pour une audience le 16 octobre 2013.

Le principe posé par l'arrêt *Wena et Anita Parry*

Wena et Anita Parry c. Royaume-Uni, 28 novembre 2006, n° 42971/05 ;
R. et F. c. Royaume-Uni, 28 novembre 2006, n° 35748/05

Les principaux faits

Les requérants sont deux couples mariés et ont des enfants. Dans chaque couple, les maris ont subi une intervention chirurgicale de conversion sexuelle et ont poursuivi leur vie conjugale avec leur épouse. A la suite de l'introduction de la loi de 2004 sur la reconnaissance du sexe, les requérants qui avaient subi une conversion sexuelle demandèrent un certificat de reconnaissance de leur sexe, qui ne pouvait leur être délivré que s'ils n'étaient pas mariés. Pour ce faire, les requérants étaient tenus de divorcer car le mariage entre deux personnes du même sexe n'est pas autorisé en droit anglais ; ils pouvaient poursuivre leur relation dans le cadre d'une union civile comportant presque les mêmes droits et obligations que le mariage.

Les requérants se plaignaient en particulier sur le terrain des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 12 (droit au mariage) d'être obligés de divorcer pour obtenir la reconnaissance juridique de leur nouveau sexe.

La décision de la Cour

Ces deux requêtes ont été déclarées irrecevables pour défaut manifeste de fondement. La Cour a fait observer que lors de l'instauration du mécanisme de reconnaissance d'un nouveau sexe, à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire *Goodwin*, le législateur savait qu'il subsistait un petit nombre de transsexuels liées par un mariage, mais n'a délibérément pas prévu de disposition permettant à ces mariages de perdurer pour le cas où l'un des conjoints aurait recours à la procédure de reconnaissance de son nouveau sexe. Elle a estimé que l'on ne pouvait exiger de l'Etat qu'il fasse des aménagements pour ce petit nombre de mariages.

Le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Wena et Anita Parry c. le Royaume-Uni* sous l'angle respectif des articles 8 et 12 de la Convention est précisément le suivant.

Sur la recevabilité du grief au regard de l'article 8.

« La Cour rappelle que dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (précité), la Grande Chambre a constaté qu'il y avait eu violation de l'article 8 en ce sens que le Royaume-Uni n'avait pas reconnu juridiquement les transsexuels opérés. A la suite de cet arrêt, le Royaume-Uni a mis en place un système permettant aux transsexuels de demander un certificat de reconnaissance du sexe. La première requérante peut, si elle souhaite obtenir une reconnaissance juridique, demander ce certificat. Dans son cas cependant, elle doit au préalable mettre fin à son mariage avec le deuxième requérant.

La législation met clairement les requérants devant un dilemme – la première requérante doit, injustement, sacrifier son sexe ou son mariage, ce qui a un effet direct et attentatoire sur la jouissance par les requérants de leur droit au respect de leur vie privée et familiale. Il serait artificiel et beaucoup trop formaliste d'exclure ces derniers alors que le processus d'annulation modifierait en soi et de lui-même la vie familiale des requérants en tant que couple marié. Il faut cependant tenir compte du fait, comme le gouvernement l'a affirmé, que l'article 12 est la *lex specialis* pour le droit au mariage.

Il faut donc se demander si l'Etat défendeur a failli à son obligation positive de garantir les droits des requérants par les moyens choisis pour donner effet à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle. Dans ce contexte, la notion de « respect » au sens de l'article 8 manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ; ces exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants, et la marge d'appréciation laissée aux autorités peut être plus large en cette matière que pour d'autres questions relevant de la Convention. Il faut aussi, pour déterminer s'il existe une obligation positive, avoir égard, souci sous-jacent à la Convention tout entière, au juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu (arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, série A n° 184, p. 15, § 37).

Dans la présente affaire, la Cour note que l'obligation des requérants d'annuler leur mariage tient au fait que le droit anglais ne reconnaît le mariage qu'aux personnes de sexe opposé ; le mariage entre deux personnes de même sexe n'est pas autorisé. Il apparaît néanmoins que les requérants peuvent poursuivre leur relation dans tous les aspects fondamentaux actuels et peuvent aussi lui donner un statut juridique, différent du mariage, dans le cadre d'une union civile comportant presque les mêmes droits et obligations juridiques que le mariage. Il est vrai que les diverses procédures auront un coût. La Cour n'est toutefois pas persuadée du caractère prohibitif de ce coût et pense que l'option de l'union civile demeure viable.

En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour conclut que les effets du système ne se sont pas révélés disproportionnés et qu'un juste équilibre a été établi dans cette affaire.

Il s'ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée en application de l'article 35 de la Convention. »

Sur la recevabilité du grief au regard de l'article 12.

« L'article 12 reconnaît le droit fondamental d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille. L'exercice du droit de se marier emporte des conséquences sociales, personnelles et juridiques et l'article 12 prévoit expressément que le droit national régit le mariage. Compte tenu des choix moraux délicats qui sont en jeu et de l'importance qu'il faut attacher en particulier à la protection des enfants et à la création d'un milieu familial sécurisant, la Cour ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre (*B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, (déc.) 29 juin 2004, § 346). La question des conditions du mariage selon le droit national ne saurait toutefois être entièrement réglée par les Etats contractants dans le cadre de leur marge d'appréciation. En effet, cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un Etat contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier. La marge d'appréciation ne saurait être aussi large. Les limitations introduites ne doivent pas restreindre ou réduire le droit d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même (voir *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106, § 50 ; *F. c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, série A n° 128, § 32).

En l'espèce, la Cour relève que les requérants étaient mariés légalement conformément au droit interne et souhaitaient le rester. Bien qu'ils aient eu des enfants, rien ne suggérait qu'ils ou tout autre individu en pâtissent. En cherchant à se conformer à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (précitée) dans laquelle elle avait constaté que les critères biologiques régissant la capacité de se marier interdisaient effectivement aux transsexuels d'exercer leur droit au mariage, le législateur a mis en place un mécanisme qui permet à un transsexuel d'obtenir la reconnaissance juridique du changement et ainsi d'être en mesure, pour l'avenir, de se marier avec une personne du nouveau sexe opposé. La Cour fait observer que le législateur savait qu'il subsistait un petit nombre de transsexuels liés par le mariage mais n'a délibérément pas prévu de disposition permettant à ces mariages de perdurer pour le cas où l'un des conjoints aurait recours à la procédure de reconnaissance de son nouveau sexe.

Le droit interne ne reconnaît le mariage qu'aux personnes de sexe opposé, que ce sexe soit celui attribué à la naissance ou qu'il découle d'une procédure de reconnaissance. Le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé. L'article 12 de la Convention consacre aussi la notion traditionnelle de mariage entre un homme et une femme (*Rees*, arrêt précité, § 49). S'il est vrai qu'un certain nombre d'Etats contractants ont étendu le mariage aux partenaires de même sexe, cette extension témoigne de leur propre vision du rôle du mariage dans leur société et ne découle pas, ce que beaucoup regrettent peut-être, d'une interprétation du droit fondamental énoncé par les Parties contractantes à la Convention en 1950.

La Cour ne peut donc que conclure que la question de la réglementation des effets du changement de sexe dans le contexte du mariage relève de l'appréciation de l'Etat contractant (*Christine Goodwin*, arrêt précité, § 103). Elle ne peut être tenue de tenir compte du petit nombre de mariages que les deux partenaires souhaitent poursuivre malgré le changement de sexe de l'un d'eux. Cela n'est pas une consolation pour les requérants dans cette affaire, mais il est toutefois important, au regard de la proportionnalité des effets du régime de reconnaissance du sexe, que les dispositions relatives à l'union civile permettent à ces couples d'obtenir bon nombre des protections et des avantages du mariage. Les requérants ont mentionné avec force la valeur historique et sociale de l'institution du mariage qui lui confère une telle importance affective à leurs yeux ; c'est cependant cette valeur telle qu'elle est actuellement reconnue par la législation nationale qui les exclut.

Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée au sens de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention. »

Les applications jurisprudentielles

H. c. Finlande (ou Hamalainen c. Finlande), 13 novembre 2012, n° 37359/09¹¹⁷

La requérante, H. (Heli Hämäläinen), est de nationalité finlandaise et réside à Helsinki. Déclarée de sexe masculin à sa naissance en 1963, elle s'est toujours sentie comme étant une femme dans un corps d'homme. En

¹¹⁷ Cette affaire n° 37359/09, *H. c. Finlande ou Hamalainen c. Finlande*, a été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour pour une audience le 16 octobre 2013.

1996, H. a épousé une femme avec laquelle il eu un enfant en 2002. Diagnostiquée, en 2006, comme étant transgenre, H. subit en 2009 une intervention chirurgicale de conversion du sexe masculin vers le sexe féminin. Après avoir changé ses prénoms, H. demanda un nouveau numéro d'identité indiquant son sexe féminin dans ses documents officiels. Toutefois, à cette fin, son mariage avec une femme aurait dû être transformé en un partenariat civil, ce que H. refusa.

H. se plaignait que le fait de subordonner la pleine reconnaissance de son sexe choisi à la transformation de son mariage en un partenariat civil avait emporté violation de ses droits découlant en particulier des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de la discrimination).

La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 8 à la suite notamment de l'argumentation suivante.

« 50. While it is true that the applicant faces daily situations in which the incorrect identity number creates inconvenience for her, the Court considers that the applicant has a real possibility to change that state of affairs: her marriage can be turned at any time, ex lege, into a civil partnership with the consent of her spouse. If no such consent is obtained, the applicant has the possibility to divorce. For the Court it is not disproportionate to require that the spouse give consent to such a change as her rights are also at stake. Nor is it disproportionate that the applicant's marriage be turned into a civil partnership as the latter is a real option which provides legal protection for same-sex couples which is almost identical to that of marriage.

51. Moreover, although there is a child from the marriage, there is no suggestion that this child, or any other individual, would be adversely affected if the applicant's marriage were turned into a civil partnership. As the Government noted, the applicant's rights and obligations arising either from paternity or parenthood would not be altered if her marriage were turned into a civil partnership. »

Il en résulte, également, selon la Cour, que la différence de traitement qui existe entre une personne mariée ayant subi une opération de conversion sexuelle, à l'instar de la requérante, et les autres, les personnes non-transgenres ou les transgenres non-mariés, soit ne viole pas non plus le principe de non-discrimination énoncé par l'article 14 combiné à l'article 8.

Section 2 – La possibilité de refuser l'établissement d'une filiation à l'égard de l'enfant du partenaire ?

En l'état actuel de la jurisprudence, le domaine de la filiation peut être considéré comme faisant l'objet d'une large marge d'appréciation eu égard à l'absence de « communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe ».

Plus exactement, la question qui est ici en cause est celle de la filiation non biologique, c'est-à-dire de l'établissement d'une filiation à l'égard d'un enfant vis-à-vis duquel la personne transgenre n'est pas le parent biologique. Cette procédure de l'adoption, par le second parent, de l'enfant biologique (ou adopté) du partenaire et premier parent de l'enfant confère à ce dernier deux représentants légaux puisque le premier parent perd ses droits légaux.

La position de la Cour européenne sur cette question de l'adoption coparentale par un couple dont l'un des membres est transgenre a été précisée par un arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997. Cet arrêt accorde aux Etats toute latitude pour refuser, ou non, à une personne transgenre en couple avec une personne de sexe opposé (à son nouveau sexe) l'établissement d'une filiation à l'égard de l'enfant du partenaire du couple.

Il importe toutefois de se poser la question de savoir si cette jurisprudence, aujourd'hui assez ancienne, ne mériterait pas d'être relativisée au regard de la jurisprudence plus récente issue de l'arrêt *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013 portant sur l'adoption coparentale par un couple de même sexe. Ce dernier arrêt réduit la marge d'appréciation des Etats sur le fondement de l'interdiction de la discrimination : l'accès à l'adoption coparentale doit être identique pour les couples de même sexe et ceux de sexe opposé : soit que l'Etat l'autorise, soit qu'il ne l'autorise pas. Peut-on déduire de cet arrêt que, de la même manière, un Etat doit définir un régime d'adoption coparentale identique pour, d'un côté, les couples de sexe opposé incluant une personne transgenre et, de l'autre, les couples de sexe opposé n'incluant aucune personne transgenre ? En l'absence d'une jurisprudence circonstanciée, la question reste posée.

En l'absence d'une jurisprudence précise, il importe de continuer à mentionner l'arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997.

Les principaux faits

Les requérants sont des citoyens britanniques habitant Manchester : X est un homme transgenre. Il vit depuis 1979 avec Y une femme. En octobre 1992, Y donne naissance à Z, qui a été conçue par insémination artificielle au moyen du sperme d'un donneur (IAD) avec l'accord de la commission d'éthique de l'hôpital concerné.

En février 1992, X a demandé au conservateur en chef de l'état civil s'il y aurait des objections à ce qu'il soit enregistré comme le père de Z. Le ministre de la santé répond le 4 juin 1992 que, après avoir recueilli des avis juridiques, le conservateur en chef estime que seul un individu appartenant biologiquement au sexe masculin peut être considéré comme père aux fins de l'inscription à l'état civil. Z peut, en revanche, également porter le nom de X.

Après la naissance de Z, lorsque X et Y tentent de se faire enregistrer comme père et mère de l'enfant, les autorités compétentes refusent à X la faculté de figurer en tant que père et cette partie du formulaire n'est pas remplie. Z se voit attribuer le nom de X.

Dans leur requête, X, Y et Z allèguent principalement la violation de l'article 8 de la Convention en ce qu'il garantit le droit au respect de la vie familiale. A leurs yeux, l'état du droit britannique devrait être modifié de manière à permettre à un homme transgenre opéré de l'enregistrer à l'état civil comme père d'un enfant auquel sa compagne a donné naissance par suite d'une insémination artificielle avec donneur.

La décision de la Cour

La Cour conclut à la non-violation de l'article 8 la suite d'un raisonnement qui se présente comme suit.

« 42. La présente affaire se distingue des affaires de transsexuels dont la Cour a eu auparavant à connaître (arrêts Rees et Cossey précités et B. c. France du 25 mars 1992, série A n° 232-C) car, en l'occurrence, les requérants ne se plaignent pas de ce que le droit interne ne prévoit pas de reconnaître la nouvelle identité d'un transsexuel mais de ce que celui-ci ne peut pas se faire enregistrer comme le père d'un enfant. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour examine l'affaire sous l'angle de la vie familiale, et non de la vie privée.

43. Certes, comme la Cour l'a précédemment déclaré, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou aussitôt que possible après, l'intégration de l'enfant dans sa famille (voir, par exemple, l'arrêt Marckx précité, p. 15, par. 31, l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 29, par. 72, l'arrêt Keegan précité, p. 19, par. 50, et l'arrêt Kroon et autres précité, p. 56, par. 32). Cependant, elle n'a eu jusqu'à présent à connaître que de liens familiaux entre des parents et leurs enfants conçus naturellement. Or l'espèce soulève des questions différentes, puisque Z a été conçue par insémination artificielle avec donneur et n'a pas de lien de sang avec X, qui est un transsexuel.

44. La Cour relève qu'il n'existe pas de norme européenne en matière d'octroi des droits parentaux aux transsexuels. De plus, il n'a pas été démontré à la Cour que les Hautes Parties contractantes suivent dans l'ensemble une approche commune lorsqu'il s'agit de traduire sur le plan juridique la réalité sociale de la relation unissant un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur et la personne assumant le rôle de père. De fait, selon les informations dont dispose la Cour, si les techniques d'assistance médicale à la procréation ont cours en Europe depuis plusieurs décennies, nombre des questions qu'elles soulèvent, en matière de filiation notamment, font encore l'objet de controverses. Par exemple, il n'existe pas d'assentiment général des Etats membres du Conseil de l'Europe quant à savoir s'il est préférable, du point de vue de l'enfant ainsi conçu, de protéger l'anonymat du donneur de sperme ou de donner à l'enfant le droit de connaître l'identité de celui-ci.

Dès lors que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une large marge d'appréciation (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Rees précité, p. 15, par. 37, et l'arrêt Cossey précité, p. 16, par. 40).

[a]. Sur le point de savoir si un juste équilibre a été ménagé en l'espèce

[...]

47. Tout d'abord, la Cour relève qu'il est de l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant. A cet égard, la Cour note que, s'il n'a pas été suggéré que l'amendement du droit recherché par les requérants

serait contraire à l'intérêt de Z ou des enfants conçus par IAD en général, il n'est pas évident que cela serait nécessairement favorable à ces enfants.

Dans ces conditions, la Cour estime que l'Etat peut avoir de bonnes raisons de se montrer prudent dans ses réformes du droit, car il est possible que l'amendement recherché puisse avoir des conséquences indésirables ou imprévues pour les enfants se trouvant dans la même situation que Z. De plus, un tel amendement pourrait avoir des incidences sur d'autres branches du droit de la famille. Le droit pourrait par exemple être taxé d'incohérence si un transsexuel femme-homme pouvait légalement devenir «père» tout en continuant à être considéré en droit, à d'autres fins, comme étant de sexe féminin et pouvant contracter mariage avec un homme.

48. Face à ces intérêts d'ordre général, la Cour doit évaluer le poids des inconvénients qu'entraînerait pour les requérants le refus de reconnaître légalement X comme le «père» de Z.

Les requérants font état d'un certain nombre de conséquences découlant sur le plan juridique de la non-reconnaissance de ce rôle de père. Par exemple, ils font observer que si X mourait intestat, Z ne pourrait pas automatiquement hériter de lui. [...].

Partant, la Cour estime que ces conséquences juridiques sont peu susceptibles d'entraîner des épreuves excessives dans les circonstances de l'espèce.

49. Les requérants ont en outre fait valoir que Z pourrait connaître diverses difficultés dans son développement ou sa vie sociale. Elle pourrait ainsi être perturbée lorsqu'elle serait amenée à présenter une copie de son acte de naissance.

Quant au fait que le nom de X ne figure pas sur l'acte de naissance de Z, la Cour relève en premier lieu que, à moins que X et Y ne décident de révéler publiquement cette information, ni l'enfant ni aucun tiers ne saura que la rubrique «père» a été laissée en blanc parce que X était de sexe féminin à la naissance. Il s'ensuit que les requérants se trouvent dans une situation semblable à celle de toute famille où, pour une raison quelconque, la personne qui assume le rôle de «père» n'est pas enregistrée comme tel. La Cour ne juge pas établi qu'une opprobre particulière frappe encore les enfants ou les familles se trouvant dans ce cas.

En deuxième lieu, la Cour rappelle qu'au Royaume-Uni, les actes de naissance ne sont pas couramment utilisés dans l'administration ou pour l'établissement de l'identité, et une copie de l'acte de naissance complet n'est que rarement demandée.

50. Les requérants craignent également, de manière plus générale, que le sentiment d'identité personnelle et de sécurité que Z ressent au sein de sa famille ne soit amoindri parce que X n'est pas reconnu légalement comme son père.

A cet égard, la Cour relève que rien n'empêche X de se comporter comme le père de Z en société. Ainsi, par exemple, il vit avec elle, lui apporte un soutien affectif et financier, ainsi qu'à Y, et il est libre de se présenter comme son «père», à ses yeux et devant autrui, et de lui donner son patronyme. De plus, il peut demander avec Y une ordonnance de garde conjointe relativement à Z, ce qui leur conférerait automatiquement l'autorité parentale à son égard en vertu du droit anglais.

51. Il est impossible de prévoir dans quelle mesure l'absence de lien juridique entre X et Z aura des répercussions sur le développement de cette dernière. Comme indiqué précédemment, il subsiste actuellement des incertitudes quant à la meilleure manière de protéger les intérêts des enfants se trouvant dans la même situation que Z (§ 44 ci-dessus) et il n'appartient pas à la Cour d'adopter ou d'imposer un point de vue unique.

52. En conclusion, étant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants, la Cour estime que l'article 8 (art. 8) ne saurait passer pour impliquer que l'Etat défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. Dans ces conditions, le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation unissant X et Z ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition (art. 8).

Il s'ensuit qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention (art. 8). »

Sales agents for publications of the Council of Europe

Agents de vente des publications du Conseil de l'Europe

BELGIUM/BELGIQUE

La Librairie Européenne -
The European Bookshop
Rue de l'Orme, 1
BE-1040 BRUXELLES
Tel.: +32 (0)2 231 04 35
Fax: +32 (0)2 735 08 60
E-mail: info@libeurop.eu
<http://www.libeurop.be>

Jean De Lannoy/DL Services
Avenue du Roi 202 Koningslaan
BE-1190 BRUXELLES
Tel.: +32 (0)2 538 43 08
Fax: +32 (0)2 538 08 41
E-mail: jean.de.lannoy@dl-servi.com
<http://www.jean-de-lannoy.be>

BOSNIA AND HERZEGOVINA/ BOSNIE-HERZÉGOVINE

Robert's Plus d.o.o.
Marka Marulića 2/V
BA-71000 SARAJEVO
Tel.: + 387 33 640 818
Fax: + 387 33 640 818
E-mail: robertsplus@bih.net.ba

CANADA

Renouf Publishing Co. Ltd.
22-1010 Polytek Street
CDN-OTTAWA, ONT K1J 9J1
Tel.: +1 613 745 2665
Fax: +1 613 745 7660
Toll-Free Tel.: (866) 767-6766
E-mail: order.dept@renoufbooks.com
<http://www.renoufbooks.com>

CROATIA/CROATIE

Robert's Plus d.o.o.
Marasovičeva 67
HR-21000 SPLIT
Tel.: + 385 21 315 800, 801, 802, 803
Fax: + 385 21 315 804
E-mail: robertsplus@robertsplus.hr

CZECH REPUBLIC/ RÉPUBLIQUE TCHÈQUE

Suweco CZ, s.r.o.
Klecakova 347
CZ-180 21 PRAHA 9
Tel.: +420 2 424 59 204
Fax: +420 2 848 21 646
E-mail: import@suweco.cz
<http://www.suweco.cz>

DENMARK/DANEMARK

GAD
Vimmelskaftet 32
DK-1161 KØBENHAVN K
Tel.: +45 77 66 60 00
Fax: +45 77 66 60 01
E-mail: reception@gad.dk
<http://www.gad.dk>

FINLAND/FINLANDE

Akateeminen Kirjakauppa
PO Box 128
Keskuskatu 1
FI-00100 HELSINKI
Tel.: +358 (0)9 121 4430
Fax: +358 (0)9 121 4242
E-mail: akatilaus@akateeminen.com
<http://www.akateeminen.com>

FRANCE

Please contact directly /
Merci de contacter directement
Council of Europe Publishing
Editions du Conseil de l'Europe
FR-67075 STRASBOURG cedex
Tel.: +33 (0)3 88 41 25 81
Fax: +33 (0)3 88 41 39 10
E-mail: publishing@coe.int
<http://book.coe.int>

Librairie Kléber

1 rue des Francs-Bourgeois
FR-67000 STRASBOURG
Tel.: +33 (0)3 88 15 78 88
Fax: +33 (0)3 88 15 78 80
E-mail: librairie-kleber@coe.int
<http://www.librairie-kléber.com>

GREECE/GRÈCE

Librairie Kauffmann s.a.
Stadiou 28
GR-105 64 ATHINA
Tel.: +30 210 32 55 321
Fax: +30 210 32 30 320
E-mail: ord@otenet.gr
<http://www.kauffmann.gr>

HUNGARY/HONGRIE

Euro Info Service
Pannónia u. 58.
PF. 1039
HU-1136 BUDAPEST
Tel.: +36 1 329 2170
Fax: +36 1 349 2053
E-mail: euroinfo@euroinfo.hu
<http://www.euroinfo.hu>

ITALY/ITALIE

Licosa SpA
Via Duca di Calabria, 1/1
IT-50125 FIRENZE
Tel.: +39 0556 483215
Fax: +39 0556 41257
E-mail: licosa@licosa.com
<http://www.licosa.com>

NORWAY/NORVÈGE

Akademika
Postboks 84 Blindern
NO-0314 OSLO
Tel.: +47 2 218 8100
Fax: +47 2 218 8103
E-mail: support@akademika.no
<http://www.akademika.no>

POLAND/POLOGNE

Ars Polona JSC
25 Obroncow Street
PL-03-933 WARSZAWA
Tel.: +48 (0)22 509 86 00
Fax: +48 (0)22 509 86 10
E-mail: arspolona@arspolona.com.pl
<http://www.arspolona.com.pl>

PORTUGAL

Marka Lda
Rua dos Correios 61-3
PT-1100-162 LISBOA
Tel: 351 21 3224040
Fax: 351 21 3224044
Web: www.marka.pt
E mail: apoio.clientes@marka.pt

RUSSIAN FEDERATION/ FÉDÉRATION DE RUSSIE

Ves Mir
17b, Butlerova ul. - Office 338
RU-117342 MOSCOW
Tel.: +7 495 739 0971
Fax: +7 495 739 0971
E-mail: orders@vesmirbooks.ru
<http://www.vesmirbooks.ru>

SWITZERLAND/SUISSE

Planetis Sàrl
16 chemin des Pins
CH-1273 ARZIER
Tel.: +41 22 366 51 77
Fax: +41 22 366 51 78
E-mail: info@planetis.ch

TAIWAN

Tycoon Information Inc.
5th Floor, No. 500, Chang-Chun Road
Taipei, Taiwan
Tel.: 886-2-8712 8886
Fax: 886-2-8712 4747, 8712 4777
E-mail: info@tycoon-info.com.tw
orders@tycoon-info.com.tw

UNITED KINGDOM/ROYAUME-UNI

The Stationery Office Ltd
PO Box 29
GB-NORWICH NR3 1GN
Tel.: +44 (0)870 600 5522
Fax: +44 (0)870 600 5533
E-mail: book.enquiries@tso.co.uk
<http://www.tsoshop.co.uk>

UNITED STATES and CANADA/ ÉTATS-UNIS et CANADA

Manhattan Publishing Co
670 White Plains Road
USA-10583 SCARSDALE, NY
Tel: + 1 914 472 4650
Fax: +1 914 472 4316
E-mail: coe@manhattanpublishing.com
<http://www.manhattanpublishing.com>

Council of Europe Publishing/Editions du Conseil de l'Europe

FR-67075 STRASBOURG Cedex

Tel.: +33 (0)3 88 41 25 81 – Fax: +33 (0)3 88 41 39 10 – E-mail: publishing@coe.int – Website: <http://book.coe.int>

La Convention européenne des droits de l'homme de 1950 occupe une place centrale dans la définition des droits dont bénéficient les personnes lesbiennes, gays et transgenres au niveau européen. Ces droits ont été établis par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a joué un rôle à la fois essentiel et avant-gardiste aux niveaux international et européen en la matière puisqu'elle a été à l'origine de changements importants de législation sur certaines questions touchant à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre.

Cette publication fournit un aperçu structuré de cette abondante jurisprudence et aborde la question en deux temps. Dans une première partie, elle présente, article par article, les droits dont les personnes lesbiennes, gays et transgenres peuvent se prévaloir (droit à la liberté de la vie privée, droit à la liberté de manifestation, droit de ne pas être soumises à la discrimination, etc.) et les principes généraux de leur mise en œuvre.

Dans une seconde partie, elle expose le niveau de protection qu'offre la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes lesbiennes, gays et transgenres, selon une approche « thème par thème » ou « domaine par domaine » (la liberté sexuelle, l'accès à l'emploi, la justice, l'adoption, le mariage, etc.), et précise les solutions qui font l'objet d'une uniformisation au niveau européen et celles qui sont laissées à l'appréciation des États.

Cette publication est un manuel pour les professionnels, les chercheurs et les étudiants en droits de l'homme.

Frédéric Edel est chercheur au Centre d'expertise et de recherche administrative de l'École nationale d'administration (ENA) et chargé d'enseignement en droit public à l'université de Strasbourg (UDS). Il est l'auteur d'autres ouvrages publiés par le Conseil de l'Europe, en particulier L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme.

www.coe.int

Le Conseil de l'Europe est la principale organisation de défense des droits de l'homme du continent. Il compte 47 États membres, dont 28 sont également membres de l'Union européenne. Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont signé la Convention européenne des droits de l'homme, un traité visant à protéger les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle la mise en œuvre de la Convention dans les États membres.