

**SEXUALITÉ
ET
DROIT INTERNATIONAL
DES DROITS DE L'HOMME**

Actes du colloque d'Angers 26 et 27 mai 2016

sous la direction
de

Julien CAZALA, Yannick LÉCUYER et Bérangère TAXIL

Préface
Jean-Paul COSTA

Editions A. PEDONE

PARIS

HOMOSEXUELS, TRANSSEXUELS, ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE*

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

Les affaires portant sur l'orientation et l'identité sexuelles ont été et demeurent un moteur puissant de développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Nombreuses de ces affaires ont été l'occasion à la fois de développer de nouveaux principes sur l'interprétation, les sources de droit et la compétence de la Cour (I), mais aussi d'un point de vue substantiel, ont permis à la Cour d'aborder et de développer un vaste spectre de garanties protégées par la Convention (II).

I. DÉVELOPPEMENT DE NOUVEAUX PRINCIPES PAR LA COUR

A. Principes d'interprétation

C'est pour la première fois dans une affaire portant sur la transmission d'un bail au sein d'un couple de même sexe après le décès de l'un des partenaires que la Cour a reconnu que la Convention a pour objet non seulement les plaintes individuelles mais aussi les questions d'intérêt général qui doivent être tranchées avec le souci *d'élever* la protection des droits de l'homme et d'étendre la jurisprudence à l'ensemble de la communauté des Etats membres¹. En l'espèce, le requérant étant décédé pendant la procédure devant la Cour et en l'absence d'héritier désireux de poursuivre l'instance, le gouvernement autrichien avait demandé à la Cour que la requête soit rayée du rôle en application de l'article 37 de la Convention². Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour a considéré que le respect des droits de l'homme tel qu'il est défini dans la Convention et ses Protocoles exigeait le maintien de l'affaire et a rejeté en conséquence la demande de

* Je tiens à remercier Sontia Nkenkeu-Keck pour sa participation à la recherche et à la rédaction de cet article.

¹ « Si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des Etats parties à la Convention », CourEDH, *Karner c. Autriche*, n° 40016/98, § 26, 24 juillet 2003.

² CourEDH, *Karner c. Autriche*, précité, § 20.

radiation³. La Cour a ainsi adopté une position en faveur de l'effet *erga omnes* des arrêts de la Cour et d'une interprétation évolutive et « progressiste » de la Convention.

Un autre principe d'interprétation fondamental a été établi par la Cour dans l'affaire *Goodwin* sur le transsexualisme⁴. La requérante se plaignait de la non-reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle⁵. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention, en raison d'une tendance claire et continue internationalement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels et vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels⁶.

La Cour a ainsi reconnu la possibilité en absence d'un consensus européen de chercher au-delà des frontières des Etats membres pour trouver un consensus international qui incluait à l'époque notamment les Etats-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande⁷. Il s'agit d'une conception large de l'influence du droit international public sur l'interprétation de la Convention. Cette approche marque une rupture avec la jurisprudence antérieure de la Cour où les précédentes tentatives s'étaient soldées par un rejet de l'existence d'un consensus européen à la reconnaissance du statut juridique des transsexuels⁸.

Dans l'arrêt *Golder* déjà, la Cour avait reconnu l'importance des principes généraux du droit international dans l'interprétation de la Convention⁹. Dans l'affaire *Goodwin* la Cour a réaffirmé et exacerbé l'ouverture de la jurisprudence de la Cour sur le droit international public, la décision étant basée sur la tendance internationale en l'absence d'un consensus européen.

L'interprétation par la Cour de la Convention est donc celui d'un droit ouvert, mais à quels droits ?

³ *Ibid.*, §§ 27-28.

⁴ CourEDH [GC], *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, 11 juillet 2002.

⁵ *Ibid.*, § 60.

⁶ « 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 » CourEDH, *Goodwin*, précité, § 85.

⁷ CourEDH, *Goodwin*, précité, § 84.

⁸ Voir parmi d'autres, CourEDH [GC], *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 22985/93 et 23390/94, § 58, 30 juillet 1998 : « Le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les Etats contractants ».

⁹ CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 35, 21 février 1975.

B. Sources de droit

Dans ses décisions portant sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, la Cour a étendu les sources de droit au soutien de sa jurisprudence.

La Cour s'est ainsi fondée sur de la *soft law* telle que la Recommandation 924 (1981) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) relative à la discrimination à l'égard des homosexuels dénonçant les différentes formes de discriminations à l'égard des homosexuels dans certains Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁰ ; la Recommandation 1474 (2000) sur « la situation des lesbiennes et gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe » invitant les Etats membres, entre autres, à adopter des législations prévoyant le partenariat enregistré¹¹ ; et la Recommandation 1470 (2000) relative au sujet plus spécifique de la « situation des gays et lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe », priant le Comité des Ministres de demander aux Etats membres, notamment, « de revoir leur politique en matière de droits sociaux et de protection des migrants de manière à ce que les couples et les familles homosexuels soient traités selon les mêmes règles que les couples et les familles hétérosexuels »¹². La Cour s'est également fondée sur la Résolution 1728 (2010) intitulée « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre » invitant les Etats membres « à garantir la reconnaissance juridique des couples de même sexe, lorsque la législation nationale prévoit une telle reconnaissance »¹³, et sur la Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres portant sur « des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre »¹⁴.

C. Conditions de recevabilité

L'impact des affaires portant sur l'orientation et l'identité sexuelles sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour peut également être établi en ce qui concerne les conditions de recevabilité des requêtes devant la Cour.

Dans l'affaire *Dudgeon* portant sur la législation en vigueur en Irlande du Nord qui incriminait pénalement les relations homosexuelles masculines, le requérant, homosexuel, se plaignait d'avoir éprouvé des sentiments de peur, de souffrance et d'angoisse résultant de l'existence même des lois en

¹⁰ CourEDH [GC], *Vallianatos et autres c. Grèce*, n° 29381/09 et 32684/09, § 27, 30 juillet 1998.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibid.*, § 91.

¹⁴ CourEDH [GC], *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, § 150, 19 février 2013 et CourEDH, *Vallianatos*, précité, § 91.

question, y compris la crainte de brimades et de chantage¹⁵. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention. Selon elle, « 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) [...] elle se répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci [...] : 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 homosexuels, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales »¹⁶. La Cour a ainsi pour la première fois accepté de contrôler la compatibilité d'une loi avec la Convention. En d'autres termes, la simple existence d'une loi qui punissait l'homosexualité entre adultes consentants a donc permis le contrôle par la Cour.

C'est ainsi un grand pas en avant franchi dans une affaire relative à la sexualité à mettre en perspective avec l'irrecevabilité de principe des *actio popularis*, car le requérant n'était le sujet d'aucune procédure. La Cour a souligné que la Convention n'envisage pas la possibilité d'engager une *actio popularis* aux fins de l'interprétation des droits qui y sont reconnus et qu'elle n'autorise pas non plus les particuliers à se plaindre d'une disposition de droit interne simplement parce qu'il leur semble, sans qu'ils en aient directement subi les effets, qu'elle enfreint la Convention¹⁷. Le développement dans l'affaire *Dudgeon* est à rapprocher du principe de victime potentielle développé par la suite, reconnaissant la possibilité à une personne de soutenir qu'une loi viole ses droits, en l'absence d'acte individuel d'exécution, si l'intéressé est obligé de changer de comportement sous peine de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation¹⁸.

Ces conditions de recevabilité souples ont été confirmées dans l'affaire *Vallianatos* qui va encore plus loin en acceptant le contrôle d'une loi grecque en tant que telle en première instance. Cette affaire concernait le « pacte de vie commune » introduit par une loi grecque de 2008 laquelle instituait une forme officielle de partenariat permettant aux intéressés d'inscrire leur relation dans un cadre juridique plus souple que l'institution du mariage. La loi en question ne prévoyait cependant ce pacte de vie commune que pour les couples de sexe opposé, excluant du même coup et de plein droit les couples

¹⁵ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 7525/76, 22 octobre 1981.

¹⁶ *Ibid.*, § 41.

¹⁷ CourEDH [GC], *Aksu c. Turquie*, n°s 4149/04 et 41029/04, § 50, 15 mars 2012 ; CourEDH [GC], *Burden c. Royaume-Uni*, n° 13378/05, § 33, 9 avril 2008.

¹⁸ CourEDH [GC], *Burden c. Royaume-Uni*, précité, § 34 ; CourEDH [GC], *Tănase c. Moldova*, n° 7/08, § 104, 27 avril 2010 ; CourEDH, *Michaud c. France*, n° 12323/11, §§ 51-52, 6 juin 2012 ; CourEDH [GC], *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n°s 27996/06 et 34836/06, § 28, 22 décembre 2009.

de même sexe de son champ d'application¹⁹. La Cour en tant que cour constitutionnelle européenne de première instance, s'est reconnue compétente pour le contrôle de la loi grecque et a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de la discrimination) combiné avec l'article 8 de la Convention²⁰.

D. Effet horizontal de la Convention

Autre impact des affaires portant sur l'orientation et l'identité sexuelles, la Cour a reconnu l'effet horizontal de la Convention. Et ce, dans le cadre d'affaires concernant des actions disciplinaires contre des employés ayant refusé, pour des motifs religieux, d'accomplir des tâches concernant des couples de même sexe mais aussi dans des affaires concernant le refus par des compagnies d'assurances privées de rembourser des frais d'opérations de réassignation de genre. Dans l'affaire *Eweida et autres c. Royaume Uni*, un des requérants, McFarlane avait fait l'objet d'une procédure disciplinaire et d'un licenciement, que les juridictions nationales avaient confirmé, par une organisation privée suite à son refus de fournir des services de conseil relationnel à des couples homosexuels sur le fondement de ses convictions religieuses²¹. La Cour a retenu la non-violation des articles 14 et 9 de la Convention. En invoquant la marge d'appréciation afin d'affirmer la primauté d'un des deux intérêts, elle a accepté en termes pratiques que la déontologie professionnelle interne puisse primer sur les convictions religieuses du requérant²².

Dans le même sens, dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne* où la requérante se plaignait d'un manque d'équité des procédures auxquelles avait donné lieu l'action en remboursement de frais complémentaires afférents à sa conversion sexuelle intentée par elle devant les tribunaux allemands contre une compagnie d'assurance privée ; la Cour a retenu la violation des articles 6§1 et 8 de la Convention car les cours nationales n'avaient pas imposé à l'assurance le remboursement des frais²³.

II. CATÉGORIES D'AFFAIRES

La Cour a été amenée à développer un large spectre de garanties de la Convention dans le cadre d'affaires relatives à l'orientation et à l'identité sexuelles. Ces catégories d'affaires ont porté sur l'article 3 et les obligations

¹⁹ CourEDH, *Vallianatos*, précité, § 79.

²⁰ *Ibid.*, § 92.

²¹ CourEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, 15 janvier 2013.

²² *Ibid.*, § 109.

²³ CourEDH, *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 64, 12 juin 2003.

positives de protection et d'investigation, l'article 8 sur le respect de la vie privée et familiale et plus précisément en ce qui concerne la conduite sexuelle, l'identité sexuelle, le domicile, la garde d'enfant, les visites et l'adoption ainsi que sur le mariage et le partenariat enregistré. La Cour a également été amenée à développer sa jurisprudence sur l'article 10 garantissant la liberté d'expression notamment dans des affaires de discours homophobes et l'article 11 sur la liberté de réunion et plus précisément sur les défilés²⁴.

A. Article 3 – Interdiction de la torture et orientation sexuelle

Dans l'affaire *Stasi c. France*, le requérant se plaignait d'avoir été victime de mauvais traitements de la part de ses codétenus au cours de son incarcération, notamment en raison de son homosexualité et il alléguait que les autorités n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour le protéger²⁵. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 3 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) de la Convention²⁶. Elle a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des faits qui avaient été portés à leur connaissance, les autorités avaient pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour protéger l'intégrité physique du requérant²⁷.

Un an plus tard, dans l'affaire *X c. Turquie* qui concernait un détenu homosexuel qui, après s'être plaint d'actes d'intimidation et de harcèlement de la part de ses codétenus, avait été placé à l'isolement pendant plus de 8 mois au total²⁸, la Cour a considéré que ces conditions de détention lui avaient causé des souffrances mentales et physiques ainsi qu'un sentiment de profonde atteinte à la dignité humaine qui s'analysaient en un « traitement inhumain et dégradant » contraire à l'article 3 de la Convention²⁹. La Cour a estimé également que le principal motif de l'isolement imposé au requérant n'avait pas été sa protection mais son orientation sexuelle et a dès lors conclu à un traitement discriminatoire contraire à l'article 14 de la Convention³⁰.

²⁴ Les informations factuelles sur les affaires sont celles des fiches thématiques de l'Unité de Presse de la Cour, mises à jours régulièrement et à consulter sur :

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=press/factsheets&c=fra>.

En particulier les fiches « Homosexualité : aspects pénaux (avril 2014) » ; Orientation sexuelle (mai 2016) et « Identité de genre (avril 2016) ont été utilisées pour ces recherches. Elles sont à consulter sur : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_FRA.pdf ; http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Homosexuality_FRA.pdf et http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_FRA.pdf

²⁵ CourEDH, *Stasi c. France*, n° 25001/07, 20 octobre 2011.

²⁶ *Ibid.*, § 102.

²⁷ *Idem.*

²⁸ CourEDH, *X c. Turquie*, n° 24626/09, §§ 8-10, 9 octobre 2012.

²⁹ *Ibid.*, § 51.

³⁰ *Ibid.*, § 64.

L'affaire *Identoba et autres c. Géorgie* portait sur l'incapacité de l'Etat à enquêter sur les motifs homophobes entraînant des violences lors d'une manifestation³¹. Cette affaire concernait une manifestation pacifique organisée par la première requérante, une ONG, pour marquer la journée internationale contre l'homophobie, qui avait été violemment perturbée par des contre-manifestants³². Les requérants se plaignaient en particulier que les autorités géorgiennes ne les avaient pas protégés contre les attaques violentes des contre-manifestants et n'avaient pas mené d'enquête effective sur les incidents en établissant, en particulier, le mobile discriminatoire de ces attaques³³. La Cour a conclu à la violation de l'article 3 combiné avec l'article 14 de la Convention dans le chef des requérants qui avaient participé à la manifestation³⁴. Eu égard tout d'abord à divers rapports sur la situation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transgenres en Géorgie, elle a observé que les attitudes négatives à l'égard de ces personnes étaient largement répandues dans certaines parties de la société géorgienne³⁵. Dans ce contexte, le caractère discriminatoire des attaques dirigées contre les participants à la manifestation était particulièrement clair³⁶. Les autorités, qui savaient ou auraient dû savoir que la manifestation comportait des risques, avaient donc l'obligation de fournir une protection adéquate³⁷. Relevant que, d'après le droit pénal géorgien, la discrimination fondée sur l'orientation et l'identité sexuelle doit être traitée comme une circonstance aggravante dans la commission d'une infraction, la Cour a jugé qu'il eût été essentiel que les autorités conduisent l'enquête dans ce contexte spécifique, ce qu'elles n'avaient pas fait³⁸. Elles n'avaient donc pas conduit une enquête adéquate sur les allégations de mauvais traitement formulées par les requérants³⁹.

B. Article 8 – Vie privée et conduite sexuelle

La Cour a abordé les garanties de la vie privée dans le cadre de législations incriminant les actes homosexuels entre majeurs consentants dès 1981 dans l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* précitée et par la suite dans l'affaire *Norris c. Irlande*⁴⁰. Dans cette seconde affaire la législation en vigueur en Irlande incriminait pénalement les relations homosexuelles masculines⁴¹. Le requérant, homosexuel, se plaignait de cette législation, portant d'après lui

³¹ CourEDH, *Identoba et autres c. Géorgie*, n° 73235/12, 12 mai 2015.

³² *Ibid.*, §§ 10-19.

³³ *Ibid.*, § 40, 50.

³⁴ *Ibid.*, § 81.

³⁵ *Ibid.*, § 80.

³⁶ *Ibid.*, § 70.

³⁷ *Ibid.*, § 74.

³⁸ *Ibid.*, § 77.

³⁹ *Ibid.*, § 78.

⁴⁰ CourEDH, *Norris c. Irlande*, n° 10581/83, 26 octobre 1988.

⁴¹ *Ibid.*, §§ 8-11.

une atteinte excessive à son droit au respect de sa vie privée, y compris sa vie sexuelle⁴². La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁴³. Elle a jugé impossible d'affirmer qu'un « besoin social impérieux » commandait, en Irlande, d'ériger des actes homosexuels en infractions pénales⁴⁴.

Dans le même sens, dans l'affaire *Modinos c. Chypre*, le requérant, homosexuel entretenant une relation avec un autre homme adulte, affirmait que les textes législatifs incriminant certains actes homosexuels étaient pour lui source de grande tension, d'appréhension et de craintes de poursuites⁴⁵. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁴⁶. Selon elle, l'existence de cette législation atteignait en permanence et directement le requérant dans sa vie privée⁴⁷.

Dans l'affaire *A.D.T. c. Royaume-Uni* le requérant soutenait principalement que son inculpation et sa condamnation pour participation, dans le cadre privé de son domicile, à des actes sexuels avec plus d'un adulte consentant de sexe masculin, avaient constitué une atteinte à sa vie privée⁴⁸. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁴⁹. Selon elle, les activités en cause revêtaient un caractère purement privé, aussi la marge d'appréciation de l'Etat défendeur était-elle étroite⁵⁰. La Cour n'a constaté aucun « besoin social impérieux » de nature à justifier la législation en cause ou son application dans les poursuites engagées contre le requérant⁵¹.

Enfin, dans l'affaire *L. et V. c. Autriche*, les requérants furent condamnés pénalement pour avoir eu des relations homosexuelles avec des jeunes hommes de 14 à 18 ans⁵². La loi autrichienne incriminait les relations sexuelles entre des hommes adultes et des jeunes hommes âgés de 14 à 18 ans, mais pas celles entre des hommes adultes et des jeunes filles de 14 à 18 ans⁵³. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention⁵⁴. Elle n'a vu aucune justification suffisante pour la différence de traitement litigieuse et a jugé obsolète la thèse de l'« influence dangereuse » sur les jeunes hommes⁵⁵.

C. Article 8 – Vie privée et identité sexuelle

L'absence de reconnaissance juridique du changement de sexe et l'impossibilité pour un transsexuel de se marier ont été abordées dans plusieurs affaires par la Cour sous l'angle du respect de la vie privée.

L'affaire *Goodwin* précitée a été un tournant dans la jurisprudence de la Cour qui avait rendu plusieurs arrêts antérieurs sur la question de la reconnaissance juridique du changement de genre. Dans l'affaire *Rees*, le requérant se plaignait que le droit britannique ne lui conférât pas un statut juridique correspondant à sa condition réelle⁵⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention⁵⁷. De même, dans l'affaire *Cossey* la Cour a abouti à des conclusions similaires et n'a pas relevé d'éléments nouveaux ou de circonstances particulières qui la conduiraient à s'écarter de cet arrêt et a conclu à la non-violation de l'article 8⁵⁸.

Dans *B. c. France*, la Cour a conclu pour la première fois à la violation de l'article 8 de la Convention dans une affaire relative à la reconnaissance des transsexuels⁵⁹. La requérante, transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin, se plaignait du refus des autorités françaises de lui accorder la modification d'état civil qu'elle sollicitait⁶⁰. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention prenant en considération des éléments distinguant l'affaire *B.* des affaires *Rees* et *Cossey*, notamment les différences entre les systèmes anglais et français d'état civil⁶¹. Alors qu'il existait en effet au Royaume-Uni des obstacles majeurs à la modification des actes de naissance, ils avaient en France vocation à être mis à jour tout au long de la vie des citoyens⁶². La Cour a ainsi estimé que le refus de modifier l'état civil de la requérante la plaçait quotidiennement « dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée » du fait qu'en France de nombreux documents officiels révélaient « la discordance entre [le] sexe légal et [le] sexe apparent » d'un transsexuel qui apparaissait également sur les documents émanant des caisses de sécurité sociale et sur les feuilles de paye⁶³.

Cette décision était donc fondée sur les circonstances administratives spécifiques en France, comme l'a confirmé l'affaire *Sheffield et Horsham c. Royaume Uni* où la Cour n'était pas convaincue de la nécessité de s'écarter de

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibid.*, § 47.

⁴⁴ *Ibid.*, § 46.

⁴⁵ CourEDH, *Modinos c. Chypre*, n° 15070/89, 22 avril 1993.

⁴⁶ *Ibid.*, § 26.

⁴⁷ *Ibid.*, § 24.

⁴⁸ CourEDH, *A.D.T. c. Royaume-Uni*, n° 35765/97, 31 juillet 2000, § 20.

⁴⁹ *Ibid.*, § 39.

⁵⁰ *Ibid.*, § 37.

⁵¹ *Ibid.*, §§ 27, 38.

⁵² CourEDH, *L. et V. c. Autriche*, n°s 39392/98 et 39829/98, 9 janvier 2003.

⁵³ *Ibid.*, § 18.

⁵⁴ *Ibid.*, § 54.

⁵⁵ *Ibid.*, § 51.

⁵⁶ CourEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, n° 9532/81, §§ 33-34, 17 octobre 1986.

⁵⁷ *Ibid.*, § 46.

⁵⁸ CourEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, § 40, 27 septembre 1990.

⁵⁹ CourEDH, *B. c. France*, n° 13343/87, § 63, 25 mars 1992.

⁶⁰ *Ibid.*, § 43.

⁶¹ *Ibid.*, § 63.

⁶² *Ibid.*, § 52.

⁶³ *Ibid.*, § 59.

ses arrêts *Rees et Cossey*⁶⁴. Elle a ainsi soutenu que « le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l'objet d'une approche générale suivie dans les Etats contractants » et a conclu à la non-violation de l'article 8⁶⁵.

L'affaire *Goodwin* est donc le réel tournant dans la jurisprudence de la Cour en concluant à la violation de l'article 8 indépendamment des conditions administratives, en raison d'une tendance claire et continue internationalement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels et vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés⁶⁶. La Cour a ainsi soutenu qu'« 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 notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante »⁶⁷.

Dans le cadre de l'identité sexuelle, la Cour a par la suite abordé le refus d'ordonner à une compagnie d'assurances privée le remboursement des frais d'une opération de réassignation du genre dans l'affaire *Van Kück c. Allemagne* précitée et étudiée précédemment, où la Cour, sur le fondement de l'épanouissement personnel de la requérante a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention⁶⁸. L'identité sexuelle étant l'un des aspects les plus intimes de la vie privée d'une personne, il apparaissait disproportionné d'exiger de la requérante qu'elle prouve la nécessité médicale du traitement⁶⁹. Un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurances d'une part et ceux de l'individu d'autre part⁷⁰.

La Cour a également conclu à la violation de l'article 8 de la Convention par le défaut d'adoption d'un décret d'application qui permettrait à un transsexuel de subir une opération de conversion sexuelle et de faire changer son identification sexuelle sur les documents officiels dans l'affaire *L. c. Lituanie*⁷¹. La Cour avait retenu que la lacune législative plaçait le requérant dans une pénible incertitude quant à sa vie privée et à la reconnaissance de sa véritable identité⁷². L'Etat ayant invoqué des contraintes budgétaires la Cour avait cependant conclu que l'Etat n'avait pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les droits de l'intéressé⁷³.

⁶⁴ CourEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, précité.

⁶⁵ *Ibid.*, § 58.

⁶⁶ CourEDH, *Goodwin*, précité, § 85.

⁶⁷ *Ibid.*, § 93.

⁶⁸ CourEDH, *Van Kück*, précité, § 75.

⁶⁹ *Ibid.*, § 82.

⁷⁰ *Ibid.*, § 84.

⁷¹ CourEDH, *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, §§ 59-60, 11 septembre 2007.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

La Cour a cependant reconnu une marge d'appréciation des Etats dans la reconnaissance du nouveau statut juridique qui peut être soumis à des conditions, telle qu'une intervention chirurgicale finale. Dans l'affaire *Nunez c. France* la requérante dénonçait une violation de son droit au respect de sa vie privée résultant de la marginalisation forcée dans laquelle elle se trouvait depuis plusieurs années du fait de la lenteur du processus hormono-chirurgical de réassignation sexuelle, condition de la reconnaissance de son nouveau statut juridique⁷⁴. La Cour n'a pas estimé déraisonnable que, dans le cadre de sa marge d'appréciation, l'Etat subordonne sa pleine reconnaissance du nouveau statut à l'achèvement du processus hormono-chirurgical, c'est-à-dire l'intervention chirurgicale finale⁷⁵.

Cependant, dans l'affaire *Y.Y. c. Turquie*, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention jugeant qu'en déniait au requérant, pendant de nombreuses années, la possibilité d'accéder à une opération de changement de sexe au motif qu'il n'était pas dans l'incapacité définitive de procréer, l'Etat turc avait méconnu le droit de l'intéressé au respect de sa vie privée⁷⁶. La Cour a réitéré en particulier que la faculté pour les transsexuels de jouir pleinement du droit au développement personnel et à l'intégrité physique et morale ne saurait être considérée comme une question controversée⁷⁷. Elle conclut que l'ingérence dans son droit au respect de sa vie privée ne saurait passer pour avoir été « nécessaire » dans une société démocratique⁷⁸.

D. Article 8 – Garde, visite et adoption

Plusieurs affaires portant sur l'orientation et l'identité sexuelles et le droit de garde, de visite et d'adoption ont été portées devant la Cour.

Dans l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, le requérant, un homosexuel vivant avec un autre homme, s'était vu interdire par son ex-femme de rendre visite à sa fille, au mépris d'un accord conclu lors de leur divorce⁷⁹. Il se plaignait d'avoir été victime à la fois d'une ingérence injustifiée dans son droit au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention, et d'une discrimination contraire à l'article 14⁸⁰. Il dénonçait également, sur le terrain de l'article 8, le fait d'avoir été contraint par la cour d'appel à cacher son homosexualité lors de ses rencontres à sa fille⁸¹. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné

⁷⁴ CourEDH, *Nunez c. France* (déc), n° 18367/06, § 1, 27 mai 2008.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, §§ 120-122, 10 mars 2015.

⁷⁷ *Ibid.*, § 109.

⁷⁸ *Ibid.*, § 121.

⁷⁹ CourEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, n° 33290/96, § 21, 21 décembre 1999.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Ibid.*, §§ 34-35.

avec l'article 8 de la Convention⁸². La décision des juridictions portugaises reposait essentiellement sur le fait que le requérant était homosexuel et que « l'enfant [devait] vivre au sein d'une famille traditionnelle portugaise »⁸³. La Cour a jugé que cette distinction, dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle, ne pouvait être tolérée d'après la Convention⁸⁴.

L'arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* semble contraster avec cette jurisprudence en retenant la non-violation de l'article 8 dans le cas d'un refus d'enregistrer à l'état civil un transsexuel opéré comme père d'un enfant auquel sa partenaire a donné naissance par suite d'une insémination artificielle avec donneur⁸⁵. Le premier requérant X un transsexuel converti du sexe féminin au sexe masculin formait une union stable avec la deuxième requérante, Y, une femme⁸⁶. La troisième requérante, Z était née de la deuxième requérante après une insémination artificielle avec donneur⁸⁷. Les autorités ont refusé d'inscrire X comme père de Z en avançant que « seul un individu biologiquement de sexe masculin pouvait être enregistré comme père⁸⁸ ». Les requérants ne se plaignaient ainsi pas de ce que le droit interne ne prévoyait pas de reconnaissance de la nouvelle identité d'un transsexuel mais de ce que celui-ci ne pouvait pas se faire enregistrer comme le père d'un enfant, d'où l'examen de la Cour sous l'angle de la vie familiale, et non de la vie privée⁸⁹. Si la Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 de la Convention, elle a reconnu néanmoins l'existence d'une vie familiale entre un transsexuel et l'enfant de sa compagne⁹⁰. Cet arrêt est à étudier dans le contexte jurisprudentiel pré-*Goodwin* sur la reconnaissance juridique de l'identité des transsexuels. L'identité juridique du requérant étant encore celle attribuée à sa naissance, il était juridiquement une femme, ce qui explique la large marge d'appréciation accordée à l'Etat par la Cour du fait de l'absence de communauté de vue entre les Etats membres sur la question à l'époque⁹¹.

L'affaire *Fretté c. France* semble aussi relever d'une jurisprudence dépassée. En l'espèce, le requérant, homosexuel, alléguait que la décision des juridictions internes rejetant sa demande d'agrément en vue d'une adoption s'analysait en une ingérence arbitraire dans sa vie privée et familiale car elle se serait fondée exclusivement sur un *a priori* défavorable envers son

orientation sexuelle⁹². La Cour avait conclu à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 de la Convention⁹³. Selon elle, les autorités nationales avaient légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter dont le requérant se prévalait trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés, nonobstant les aspirations légitimes du requérant et sans que soit remis en cause ses choix personnels⁹⁴. La législation française accordait pourtant le droit à l'agrément en vue d'une adoption aux personnes célibataires, et le refus d'agrément avait été justifié par les « choix de vie » du requérant⁹⁵. Cette affaire est donc à rapprocher de l'arrêt *E.B c. France* six ans plus tard qui vint apporter une réponse différente à des faits similaires.

En effet, dans l'affaire *E.B c. France* sur le refus d'agrément en vue d'adopter en raison de l'orientation sexuelle la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention⁹⁶. Elle a constaté en particulier que l'homosexualité de la requérante avait été prise en compte de façon décisive par les autorités pour rejeter sa demande, alors que le droit français autorise l'adoption d'un enfant par une personne célibataire et ouvre ainsi la voie à l'adoption par une personne célibataire homosexuelle⁹⁷.

Dans le même sens, dans l'affaire *X et autres c. Autriche* sur l'impossibilité pour le second parent au sein d'un couple homosexuel d'adopter l'enfant de l'autre, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention en raison de la différence de traitement subie par les requérants pour autant que l'on compare leur situation avec celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre⁹⁸. La Cour a estimé en particulier que la différence de traitement opérée entre les requérantes et 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 requérantes⁹⁹. Elle a jugé que le gouvernement autrichien n'avait pas fourni de raisons convaincantes propres à établir que la différence de traitement litigieuse était nécessaire à la préservation de la famille ou à la protection de l'intérêt de l'enfant¹⁰⁰.

⁸² *Ibid.*, § 36.

⁸³ *Ibid.*, § 34.

⁸⁴ *Ibid.*, § 36.

⁸⁵ CourEDH, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, n° 21830/93, §§ 12-19, 22 avril 1997.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibid.*, § 17.

⁸⁹ *Ibid.*, § 42.

⁹⁰ *Ibid.*, § 37.

⁹¹ *Ibid.*, § 44.

⁹² CourEDH, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 26, 26 février 2002.

⁹³ *Ibid.*, § 43.

⁹⁴ *Ibid.*, § 42.

⁹⁵ *Ibid.*, § 31.

⁹⁶ CourEDH [GC], *E.B. c. France*, n° 43546/02, §§ 96-98, 22 janvier 2008.

⁹⁷ *Ibid.*, § 94.

⁹⁸ CourEDH [GC], *X et autres c. Autriche* précité.

⁹⁹ *Ibid.*, § 130.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 151.

En matière d'adoption, tout comme pour les partenariats enregistrés, la Cour se fonde donc désormais sur le principe de non-discrimination de sorte que les célibataires homosexuels et hétérosexuels, ainsi que les couples de même sexe non mariés et les couples de sexe différent non mariés doivent généralement bénéficier des mêmes droits et obligations.

Cependant la Cour a souligné que la Convention n'obligeait pas les Etats à étendre l'adoption co-parentale aux couples non mariés¹⁰¹. En outre, elle a distingué la présente affaire de *Gas et Dubois c. France* dans laquelle elle avait conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit française l'interdiction de l'adoption co-parentale frappe tant les premiers que les seconds¹⁰².

L'affaire *P.V c. Espagne* concernait une transsexuelle passée du sexe masculin au sexe féminin qui, avant son changement de sexe, avait eu un fils avec son épouse¹⁰³. A la suite de leur séparation, la requérante se plaignait des restrictions décidées par le juge à son droit de visite, au motif que son instabilité émotionnelle, suite à son changement de sexe, risquait de perturber l'enfant¹⁰⁴. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention¹⁰⁵. Elle a estimé que la restriction du régime de visites n'avait pas été le résultat d'une discrimination fondée sur la transsexualité de la requérante¹⁰⁶. Les juridictions espagnols avaient en effet privilégié, au vu de l'instabilité émotionnelle conjoncturelle détectée chez la requérante, l'intérêt de l'enfant en adoptant un régime de visite plus restrictif, lui permettant de s'habituer progressivement au changement de sexe de son géniteur¹⁰⁷.

E. Article 8 – Droits patrimoniaux et orientation sexuelle

La Cour a également été amenée à se prononcer sur les droits patrimoniaux et ce paradoxalement, sous le spectre de l'article 8.

Ainsi sur les renvois de l'armée en vertu d'une politique contre la participation d'homosexuels aux forces armées, la Cour a conclu dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* à la violation de l'article 8 de la Convention au nom de la sauvegarde de la vie privée, même dans le contexte singulier de l'armée¹⁰⁸. Selon elle, les mesures prises contre les

¹⁰¹ *Ibid.*, §§ 105-110.

¹⁰² *Ibid.*, § 131.

¹⁰³ CourEDH, *P.V. c. Espagne*, n° 35159/09, §§ 5-16, 30 novembre 2010.

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 37.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 36.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ CourEDH, *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, n°s 31417/96 et 32377/96, §§ 104-105, 27 septembre 1999.

requérants avaient constitué des ingérences particulièrement graves dans leur droit au respect de leur vie privée, et ce sans « raison convainquantes et solides », ni d'atteinte à la puissance de combat et l'efficacité opérationnelle¹⁰⁹.

La question des pensions alimentaires a été soulevée dans l'affaire *J.M. c. Royaume-Uni*¹¹⁰. Divorcée, la requérante était mère de deux enfants qui vivaient la majeure partie du temps avec leur père, et vivait une relation stable avec une autre femme¹¹¹. Au regard de la législation britannique sur les pensions alimentaires, l'intéressée était tenue, en qualité de parent non-gardien, de contribuer financièrement à l'éducation de ses enfants¹¹². Constatant qu'il existait une importante différence entre le montant de la pension alimentaire dont elle était débitrice et la somme qu'elle aurait dû payer si elle avait vécu avec un homme, la requérante alléguait que la fixation de la pension alimentaire dont elle était débitrice par les autorités opérant à son égard une discrimination fondée sur son orientation sexuelle¹¹³. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention¹¹⁴. Elle a jugé en particulier que la législation britannique sur les pensions alimentaires applicable avant l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat civil était discriminatoire à l'égard des partenaires de même sexe¹¹⁵.

L'affaire *Mata Estevez c. Espagne* portait sur le refus de l'octroi au survivant d'un couple homosexuel d'une pension, destinée par la loi au survivant d'un couple marié¹¹⁶. Le requérant se plaignait en particulier de la différence de traitement existant en matière d'ouverture du droit à pension de survivant entre les unions de fait d'homosexuels et les couples mariés, ou même pour les couples non mariés d'hétérosexuels qui, lorsqu'ils avaient été dans l'impossibilité légale de se marier avant la légalisation du divorce en 1981, avaient droit à la pension de survivant¹¹⁷. Il estimait que cette différence de traitement constituait une discrimination injustifiée qui portait atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale¹¹⁸. La Cour a déclaré la requête irrecevable pour défaut manifeste de fondement, jugeant que la législation espagnole en matière de droit aux prestations de survivants avait un but légitime (la protection de la famille fondée sur les liens du

¹⁰⁹ *Ibid.*, § 92.

¹¹⁰ CourEDH, *J.M. c. Royaume-Uni*, n° 37060/06, 28 septembre 2010.

¹¹¹ *Ibid.*, § 5.

¹¹² *Ibid.*, § 6.

¹¹³ *Ibid.*, § 32.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 58.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 55.

¹¹⁶ CourEDH, *Mata Estevez c. Espagne* (déc.), n° 56501/00, 10 mai 2001.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

mariage) et que la différence de traitement constatée pouvait être considérée comme relevant de la marge d'appréciation de l'Etat¹¹⁹.

En matière de bail, l'affaire *Karner c. Autriche* portait sur le refus de reconnaître à un homosexuel le droit à la transmission d'un bail après le décès de son compagnon¹²⁰. Le requérant alléguait en particulier que la décision par laquelle la Cour suprême autrichienne avait refusé de lui reconnaître le droit à la transmission d'un bail après le décès de son compagnon avait constitué une discrimination fondée sur son orientation sexuelle¹²¹. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention estimant que le gouvernement autrichien n'avait 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 privait le partenaire survivant d'un couple composé de personnes du même sexe de la possibilité d'invoquer cette disposition¹²².

Enfin dans *P.B et J.S c. Autriche* la Cour a abordé le refus d'accorder une couverture d'assurance en qualité de personne à charge d'un fonctionnaire à quelqu'un entretenant une relation homosexuelle¹²³. Avant un amendement législatif, la loi autrichienne disposait que seuls un proche parent du titulaire de l'assurance maladie ou une personne du sexe opposé cohabitant avec celui-ci pouvaient être considérée comme personnes à charge¹²⁴. La Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention s'agissant de la période antérieure à l'amendement ayant rendu la loi concernée neutre s'agissant de l'orientation sexuelle des concubins, et mettant ainsi fin à la violation selon la Cour¹²⁵.

F. Article 8 – Mariage

La position de principe de la Cour a été formulée dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* dans lequel elle a affirmé que la Convention ne consacre pas le droit au mariage homosexuel, et n'oblige donc pas un Etat à ouvrir le droit au mariage homosexuel, le mariage ayant des connotations sociales et culturelles ancrées qui diffèrent largement d'une société à l'autre, les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier les besoins sociaux en la matière et pour y répondre¹²⁶.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ CourEDH, *Karner c. Autriche*, précité.

¹²¹ *Ibid.*, § 29.

¹²² *Ibid.*, §§ 41-43.

¹²³ CourEDH, *P.B. et J.S. c. Autriche*, n° 18984/02, 22 juillet 2010.

¹²⁴ *Ibid.*, § 17.

¹²⁵ *Ibid.*, § 42.

¹²⁶ CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, § 62, 24 juin 2010 ; confirmé récemment dans CourEDH, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07, 9 juin 2016.

Cette position a été réitérée à plusieurs reprises, notamment dans le contexte d'affaires portant sur l'adoption telle que *Gas et Dubois* où la Cour a répondu à l'argumentation des requérantes selon laquelle les couples hétérosexuels passés peuvent échapper à l'interdiction d'adoption en se mariant¹²⁷.

Sa position a cependant évolué sur la question des partenariats enregistrés. Dans un premier temps, tout comme l'adoption, la Cour s'était exclusivement fondée sur le principe de non-discrimination. Dans l'affaire *Vallianatos et autres c. Grèce* précitée, la Cour a conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention par l'exclusion des couples de mêmes sexe aux pactes de vie commune¹²⁸. Elle a notamment observé que parmi les dix-neuf Etats parties à la Convention qui autorisaient des formes de partenariat enregistrés autres que le mariage, la Lituanie et la Grèce étaient les seuls qui les réservaient uniquement aux couples de sexe opposé¹²⁹. En l'espèce la Cour a jugé que l'Etat grec n'avait pas démontré que la poursuite des buts légitimes invoqués par la loi instituant ce pacte de vie commune commandait d'en interdire l'accès aux couples homosexuels¹³⁰.

La récente affaire *Oliari c. Italie* marque un tournant dans sa jurisprudence¹³¹. Cette affaire concernait le grief de trois couples homosexuels qui se plaignaient que la législation italienne ne leur permette pas de se marier ni de contracter une autre forme d'union civile¹³². Il n'y avait dans la législation italienne pas de traitement différent entre couples homosexuels et hétérosexuels, la législation italienne ne prévoyant qu'un « contrat de cohabitation » pour « des individus cohabitant » donc aussi bien les couples de même sexe et couples hétérosexuels mais aussi pour des amis ou simples colocataires¹³³. Certaines villes avaient également mis en place l'enregistrement d'unions civiles pour couples de même sexe et de sexe opposé que la Cour a jugé comme symbolique¹³⁴. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention¹³⁵. Elle a jugé, comme le montrait la situation des requérants, que la protection prévue par la loi italienne pour les couples homosexuels non seulement ne répondait pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable, mais aussi qu'elle manquait de fiabilité¹³⁶. Une union civile ou un partenariat enregistré constituerait le moyen le plus approprié pour les couples

¹²⁷ CourEDH, *Gas et Dubois*, n° 25951/07, §§ 66-70, 15 mars 2012.

¹²⁸ *Vallianatos et autres c. Grèce*, précité, § 92.

¹²⁹ *Ibid.*, § 91.

¹³⁰ *Ibid.*, § 92.

¹³¹ CourEDH, *Oliari et autres c. Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015.

¹³² *Ibid.*, § 99.

¹³³ *Ibid.*, §§ 41-42.

¹³⁴ *Ibid.*, § 44.

¹³⁵ *Ibid.*, § 187.

¹³⁶ *Ibid.*, § 169.

homosexuels de voir leur relation reconnue par la loi¹³⁷. La Cour a notamment souligné qu'il existait au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples homosexuels puisque 24 des 47 Etats membres avaient adopté une législation permettant pareille reconnaissance, et que la Cour constitutionnelle italienne avait appelé à maintes reprises à garantir pareille protection et reconnaissance¹³⁸. En outre, selon des études récentes, la majorité de la population italienne était favorable à la reconnaissance juridique des couples homosexuels¹³⁹.

Cette évolution de la jurisprudence fondée sur un consensus européen et l'opinion publique, soulève des questions à la fois sur la détermination d'un consensus fondée sur une courte majorité des Etats membres par la Cour, mais aussi sur le poids de l'opinion publique. La Cour sera sans doute amenée à préciser son approche dans l'examen des affaires pendantes contre la Russie soulevant la même problématique dans un contexte où l'opinion publique semble être moins favorable à la reconnaissance des couples de même sexe que celle relevée par la Cour en Italie¹⁴⁰.

Les questions de mariage et d'unions civiles se sont également croisées aux questions d'identité de genre.

Ainsi dans l'affaire *Hämäläinen c. Finlande*, de sexe masculin à la naissance, la requérante épousa une femme avec qui elle eut un enfant¹⁴¹. Elle subit par la suite une opération de conversion sexuelle¹⁴². Elle changea de prénom mais ne put faire modifier son numéro d'identité sur ses documents officiels de manière à ce qu'ils correspondent à son nouveau sexe féminin, cette modification étant soumise à la condition que sa femme consente à ce que leur mariage soit converti en partenariat enregistré, ce qu'elle refusa de faire, ou que le couple divorce¹⁴³. La demande de modification du registre d'état civil qu'elle introduisit fut donc rejetée¹⁴⁴. La requérante se plaignait de ne pouvoir obtenir la pleine reconnaissance de son nouveau genre qu'en faisant convertir son mariage en un partenariat enregistré¹⁴⁵. La Cour conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention¹⁴⁶. Elle a considéré qu'il n'était pas disproportionné de poser comme condition préalable à la reconnaissance juridique d'un changement

¹³⁷ *Ibid.*, § 174.

¹³⁸ *Ibid.*, § 178.

¹³⁹ *Ibid.*, §§ 180-181.

¹⁴⁰ Voir les affaires CourEDH, *Fedotova et Shipitko c. Russie*, *Chunosov et Yevtushenko c. Russie* et *Shaykhrznova et Yakovleva c. Russie*.

¹⁴¹ CourEDH [GC], *Hämäläinen c. Finlande*, n° 37359/09, §§ 9-12, 16 juillet 2014.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Ibid.*, §§ 12-14.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*, § 34.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §§ 88-89.

de sexe que le mariage soit transformé en partenariat enregistré, ce dernier représentant une option sérieuse offrant aux couples de même sexe une protection juridique pratiquement identique à celle du mariage¹⁴⁷. On ne pouvait donc pas dire que, du fait des différences mineures qui existent entre ces deux formes juridiques, le système en vigueur ne permet pas à l'Etat finlandais de remplir les obligations positives qui lui incombent en vertu de l'article 8 de la Convention¹⁴⁸.

Dans le même sens, l'affaire *Parry c. Royaume-Uni* portait sur l'impossibilité légale pour le requérant ayant subi une opération de conversion sexuelle après son mariage d'obtenir une reconnaissance pleine et entière de son nouveau sexe en raison de son refus de divorce¹⁴⁹. Le requérant se plaignait en particulier sur le terrain des articles 8 et 12 de la Convention d'être obligé de divorcer pour obtenir la reconnaissance juridique de son nouveau sexe¹⁵⁰. La Cour a déclaré cette requête irrecevable¹⁵¹. Le requérant était tenu de divorcer car le mariage entre deux personnes du même sexe n'est pas autorisé en droit anglais¹⁵².

Cette position sur la reconnaissance juridique de l'identité de transsexuels déjà mariés s'inscrit donc dans la ligne adoptée par la Cour concernant l'ouverture du mariage aux couples de même sexe et la marge d'appréciation réservée aux Etats en ce domaine.

G. Article 10 – Liberté d'expression

Les affaires portant sur l'orientation sexuelle ont également été l'occasion de préciser certaines limites à la liberté d'expression.

La liberté d'expression a été abordée dans l'affaire *Vejdeland c. Suède* sur la condamnation pour distribution de tracts homophobes dans un lycée¹⁵³. Les requérants alléguaient notamment que leur condamnation par la Cour suprême suédoise pour agitation contre un groupe national ou ethnique avait emporté violation de leur droit à la liberté d'expression¹⁵⁴. La Cour a conclu à la non-violation de l'article 10 de la Convention, l'ingérence dans l'exercice par les requérants du droit à la liberté d'expression ayant été nécessaire dans une société démocratique à la protection de la réputation et des droits d'autrui¹⁵⁵. La Cour a estimé que, sans constituer un appel direct à

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 87.

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ CourEDH, *Parry c. Royaume-Uni* (déc.), n° 42971/05, 28 novembre 2006.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ CourEDH, *Vejdeland c. Suède*, n° 1813/07, 9 février 2012.

¹⁵⁴ *Ibid.*, § 21.

¹⁵⁵ *Ibid.*, §§ 59-60.

des actes haineux, ces déclarations avaient un caractère grave et préjudiciable et a souligné que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est tout aussi grave que la discrimination fondée sur la race, l'origine ou la couleur¹⁵⁶.

L'affaire *Mladina d.d Ljubljana c. Slovénie* portait sur un éditeur condamné au versement de dommages-intérêts pour avoir publié un article extrêmement critique à l'égard des remarques et de la conduite qu'avait eues un député pendant un débat parlementaire relatif à un texte sur les relations homosexuelles. La Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention¹⁵⁷. Elle a souligné que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique que d'un simple particulier, surtout si celui-ci a lui-même fait des déclarations publiques controversées¹⁵⁸. Dès lors, l'article n'avait pas constitué une attaque personnelle gratuite contre le parlementaire, mais une réplique aux propres remarques publiques et, en particulier, au comportement de celui-ci, dont on peut dire qu'il visait à tourner les homosexuels en ridicule et à promouvoir des stéréotypes négatifs¹⁵⁹. La Cour conclut que les tribunaux internes n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu, à savoir la protection de la réputation ou des droits du parlementaire et le droit à la liberté d'expression de l'éditeur¹⁶⁰.

H. Article 11 – Liberté de réunion et d'association

Les manifestations et défilés en faveur des droits des homosexuels et autres minorités ont également fait l'objet d'arrêts de la Cour.

La Cour a conclu à la violation de l'article 11, 13 combinés à l'article 11 et à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 de la Convention dans *Bączkowski et autres c. Pologne* portant sur le refus d'autoriser une manifestation et des réunions contre l'homophobie probablement du fait des thèses homophobes du maire¹⁶¹. Elle a souligné notamment que, certes, la manifestation s'était finalement tenue, mais que les requérants avaient pris un risque puisqu'elle n'avait alors pas été officiellement autorisée¹⁶². En outre, les requérants n'avaient disposé que de recours *a posteriori* contre les décisions de refus¹⁶³. Il était enfin raisonnable de supposer que les

¹⁵⁶ *Ibid.*, §§ 54-55.

¹⁵⁷ CourEDH, *Mladina d.d Ljubljana c. Slovénie*, n° 20981/10, § 49, 17 avril 2014.

¹⁵⁸ *Ibid.*, § 40.

¹⁵⁹ *Ibid.*, §§ 43-44.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 47.

¹⁶¹ CourEDH, *Bączkowski et autres c. Pologne*, n° 1543/06, §§ 73, 84, 101, 3 mai 2007.

¹⁶² *Ibid.*, § 67.

¹⁶³ *Ibid.*, § 83.

motivations réelle du refus avaient été une opposition des autorités locales à l'homosexualité¹⁶⁴.

Dans l'affaire *Alekseyev c. Russie* étaient en cause les refus répétés d'autoriser les défilés de la Gay Pride, la Cour a conclu à la violation des articles 11 et 13 et à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 de la Convention¹⁶⁵. Elle a jugé notamment que les interdictions d'organiser les manifestations litigieuses n'avaient pas été nécessaire dans une société démocratique¹⁶⁶. De plus, le requérant n'avait pas disposé d'un recours effectif pour contester ces interdictions, et avait été victime d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle¹⁶⁷.

De même, dans l'arrêt *Genderdoc-M c. Moldova* sur l'interdiction d'une manifestation organisée par une ONG, la Cour a conclu à la violation de l'article 11, à la violation de l'article 13 combiné avec l'article 11 et à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 11 de la Convention¹⁶⁸. Elle a jugé en particulier que l'association requérante n'avait pas disposé d'un recours effectif en droit interne pour faire valoir la violation alléguée du droit à la liberté de réunion¹⁶⁹. La Cour a par ailleurs estimé que, lorsqu'elles limitent le droit à la liberté de réunion, les autorités nationales devraient en expliquer clairement les raisons¹⁷⁰. Or, en l'espèce, chacune des autorités qui avaient eu à traiter la demande de l'association requérante de tenir une manifestation l'avait rejetée pour une raison différente¹⁷¹.

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 100.

¹⁶⁵ CourEDH, *Alekseyev c. Russie*, n°s 4916/07, 25924/08 et 14599/09, §§ 88, 100, 110, 21 octobre 2010.

¹⁶⁶ *Ibid.*, § 87.

¹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 99, 109.

¹⁶⁸ CourEDH, *Genderdoc-M c. Moldova*, n° 9106/06, 12 juin 2012.

¹⁶⁹ *Ibid.*, §§ 27, 38, 55.

¹⁷⁰ *Ibid.*, §§ 54-55.

¹⁷¹ *Idem.*